



POR CÉSAR ARESE
PRESIDENTE
A.A.D.T. Y S.S. CORDOBA

Cambio de época

Las transformaciones de contexto en la vida institucional del país, han significado, a juzgar por ciertos síntomas firmes, un cambio de época laboral.

Se habla de reformas en la Ley sobre Riesgos de Trabajo para liquidar una “industria del juicio”, en realidad, la existencia de un conjunto importante de reclamos judicializado por accidentes y enfermedades laborales. La fuente de las controversias, son las condiciones de trabajo siniestranes; el acotamiento en materia de patologías con causa laboral del sistema muy contrario a los convenios Nro. 155 y 187 de la Organización Internacional del Trabajo y la falta de atención completa y eficaz de los trabajadores que padecen y reclaman por dolencias laborales. El sistema se niega a reconocer enfermedades accidentes y, en consecuencia, obliga a iniciar un litigio. Las reglas sobre condiciones y medio ambiente de trabajo siguen siendo regidas centralmente por la Ley 19.587 de 1972. No son los abogados ni los médicos los que obligan a los trabajadores a litigar, ni los capitanes de una supuesta producción de juicio, sino el régimen legal vigente y quienes se benefician con sus deficiencias que, ciertamente, no son sus víctimas.

Han comenzado a rumorearse proyectos desreguladores y eficientistas en las relaciones de trabajo y se ha paralizado el avance normativo que caracterizaba, a cuenta a gotas, eso sí, el sistema de relaciones laborales al menos en la etapa política reciente. La negociación colectiva se ha ralentizado y perdido su tonicidad progresiva.

El proceso laboral agravó su tradicional mora e inadecuación de trámites al crecimiento poblacional, económico y controversial. La Justicia Laboral, particularmente la de Córdoba, priva, desregula u obliga a la pérdida de derechos de los trabajadores de manera, para algunos nada más, oculta en el retardo de los litigios. Los que no quieren ver esto, es porque saben que todo segundo de demora en el ejercicio de las acciones de defensa de derechos sociales, favorece al más fuerte en esas relaciones sociales. Es un problema viejo, que necesita una respuesta urgente, la Reforma Laboral Procesal ya lograda en muchos países latinoamericanos como Uruguay, Brasil, o Chile. Y lo más importante: digitalización, abreviación y oralidad en serio y sentencias en tiempo razonable (no más de seis meses para la primera instancia).

Finalmente, sin agotar el stock de temas en debate, se ha dormido una necesaria reforma administrativa en materia de inspección de cumplimiento de normas de trabajo y de condiciones y medio ambiente de trabajo. La dispersión y hasta contradicciones entre las jurisdicciones nacional y provinciales, abre una margen sustancial para la subsistencia de la fuerte irregularidad registral (se habla de casi un cuarto de la masa salarial). Es necesario un fuerte pacto federal en la materia para incorporar definitivamente al Derecho del Trabajo efectivo a esta masa de trabajadores.

Se habla, y se nota, un cambio de época. Sin embargo, los problemas esenciales del mundo del trabajo son permanentes. Es cierto que los fundamentos profundos del Derecho del Trabajo están fuertemente implantados, el rumbo esencial de la materia está marcado y sólo un sismo ideológico podría conmoverlos. Allí están la protección del más débil de la relación de trabajo, los principios de interpretación a favor de la persona que trabaja o la progresividad incesante del crecimiento de derechos laborales. Ninguna nueva época podrá cambiar ese rumbo o se enfrentará con el alma del Derecho del Trabajo.

Andrea E. García Vior¹

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN



Los “Nuevos” Contratos
Interempresarios y la
Reedición de Antiguos
Debates

¹ Jueza Nacional del Trabajo. Profesora de grado y postgrado de la UBA.

ACLARACIONES PREVIAS -ENFOQUES Y DESLINDES CONCEPTUALES.

En esta ocasión abordaré el tema que nos convoca desde la problemática que deriva de la conformación de grupos empresariales de configuración “atípica” y para ello, creo necesario dejar expuestos los basamentos teóricos que considero esenciales en la materia, para luego ceñirme al análisis de los conflictos reales y aparentes que vinculan a ciertos contratos comerciales con distintas figuras laborales que prevén la extensión de responsabilidad a sujetos que, en principio, pueden considerarse ajenos al contrato individual de trabajo.

En consecuencia, sólo haré algunas aisladas referencias tangenciales a aquellos otros aspectos de las nuevas figuras contractuales previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación que podrían incidir en el Derecho del Trabajo (como ser los vinculados a la tipificación de la relación existente entre los contratantes¹, a la relación interna entre los sujetos obligados o a las dificultades para agredir el patrimonio de afectación vinculado a algún emprendimiento²) y ello no porque tales problemáticas carezcan de interés³ sino por elementales razones de tiempo, espacio y método.

La situación en que se encuentra el trabajador ante una pluralidad de sujetos vinculados a un mismo proyecto empresarial desde siempre ha dado lugar a un sinfín de planteos y debates y éstos han sido aún más profundos y complejos cuando, para su análisis, se ha tornado necesario dar tratamiento al modo en que las unidades productoras de bienes y servicios se relacionan en el marco de un negocio u organización económica común.

Sin embargo, cabe aclarar desde el principio que, en realidad, no son los vínculos empresarios (societarios o contractuales) los que habrán de delimitar la órbita de responsabilidad de los sujetos intervinientes en materia laboral, sino las normas atributivas de responsabilidad específicamente previstas en el marco regulatorio de la relación individual de trabajo.

Son en realidad estas disposiciones (contenidas, entre otros, en los arts. 26, 29, 30 y 31 LCT) las que podrían ser sometidas a un nuevo examen crítico frente a lo normado -ahora a texto expreso- en

torno a los contratos asociativos, los consorcios de cooperación, las uniones transitorias o el contrato de franquicia, puesto que -como veremos- la ley laboral basa sus presupuestos de atribución de responsabilidad en condicionantes diversos y específicos, propios de esta rama del derecho y sólo invocables en el marco de una relación de trabajo dependiente, lo que impone analizar la temática desde el sistema de fuentes específico que caracteriza al derecho del trabajo como rama autónoma, sin desmedro de admitir la influencia que impone el diálogo de fuentes que el propio Código Civil y Comercial de la Nación delinea en su Título Preliminar al establecer las pautas de interpretación y aplicación general aplicables al derecho privado bajo el prisma del cambio de paradigma producido con la reforma constitucional del año 1994 y que en materia laboral viene aplicándose sin mayores embates ni conflictos al menos desde la “primavera del 2004”⁴

BREVE PANORAMA DE LAS TENDENCIAS ACTUALES EN MATERIA DE SOLIDARIDAD LABORAL (De dónde partimos y hacia dónde vamos)

Desde la perspectiva expuesta, corresponde referir que los condicionamientos a que eventualmente se sujete el vínculo particular entre el trabajador y la empresa para la cual trabaja, no pueden desentenderse del tipo de conglomerado empresario al que nos enfrentemos puesto que, según sea el modo en que los sujetos se relacionen, será el ámbito de responsabilidad que pueda atribuírseles, lo que a su vez, podrá impactar en el encuadre legal y convencional aplicable a la relación de empleo o -en su caso- dar lugar a la conflictividad atípica que se deriva en los casos en que confluyen ámbitos de representación sindical y negocial diversos.

En materia de contrataciones indirectas de personal -tema al que también se alude tanto al analizar el fenómeno de la descentralización productiva como al abordar la temática vinculada a las nuevas formas de relacionamiento entre empresas y al re-evaluar las distintas figuras laborales, como la subcontratación de actividades y la intermediación laboral-, se han producido una serie de cambios en la doctrina y la jurisprudencia que imponen dejar formuladas algunas otras reflexiones previas.

En las últimas décadas se ha producido por un lado, un importante redimensionamiento de las pautas de interpretación de las figuras clásicas de contratación, subcontratación e intermediación y,

1 Como acontece en el contrato de agencia en relación a la figura del viajante de comercio o a la debatida relación que une al franquiciante con sus franquiciados en cuanto a priori parecería descartarse la posibilidad de una relación de dependencia laboral.

2 Como podría acontecer en el caso del fideicomiso.

3 Muy por el contrario, ver análisis efectuados por David Duarte “El Derecho del Trabajo y los contratos especiales en el nuevo Código Civil”; por Silvia Pinto Varela “El contrato de agencia y los viajantes de comercio a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”; por Sebastián Coppoletta “La regulación del contrato de franquicia comercial en el Código Civil y comercial y sus áreas de conflicto con el Derecho del Trabajo” en RDL 2015-2 El Código civil y comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, octubre 2015. Ver también trabajo de Hugo R. Mansueti, de Daniel G. Pérez y de Mario L. Gambacorta en DT. Noviembre 2015., entre muchos otros y ponencias presentadas en el anterior encuentro realizado en el marco de estas mismas jornadas.

4 A partir de las pautas sobre interpretación y aplicación de normas internacionales del trabajo que delineó la Corte en los conocidos fallos Vizzoti, Aquino, ATE, ATEII y Pinturerías y Revestimientos

por el otro, un replanteo crítico de la capacidad de la personalidad jurídica para actuar como obstáculo para imputar responsabilidad a terceros (en principio, no empleadores formales). De este modo la ampliación de la órbita de responsabilidad de las empresas en relación a los trabajadores indirectamente afectados al mismo proyecto económico parecería ser la regla.

Como lo he expuesto en anteriores ocasiones⁵, a las clásicas –y no exentas de reparos– figuras de intermediación y subcontratación, se adicionaron las vinculadas a los grupos económicos de coordinación o colaboración, la figura del empleador plural o complejo, la de la intermediación sobreviniente y la llamada subcontratación aparente. A su vez, mucho se ha avanzado en el análisis y encuadre de ciertos contratos comerciales en los supuestos de responsabilidad solidaria previstos en la legislación laboral (como el de Unión Transitoria, el de franquicia comercial, los consorcios de cooperación, las agrupaciones de colaboración, etc.).

Todos estos desarrollos han sido posibles en gran parte mediante una nueva recomposición dogmática de la noción de “empleador” sobre la base del concepto de empresa.

La estructura económica en la que se dan los vínculos de trabajo actualmente poco tienen que ver con la personalidad jurídica de los sujetos contratantes y esto parece haberse internalizado en los criterios de análisis imperantes en la materia durante la década pasada⁶. Sin embargo ello podría considerarse puesto en cuestión a partir de la decisión legislativa de negarle entidad jurídica diferenciada a los grupos de configuración atípica que derivan de vínculos de carácter contractual (no societario), por lo que habré de detenerme en forma previa en el tratamiento de esta cuestión.

SOBRE EL EMPLEADOR, LA EMPRESA Y LOS NUEVOS CONGLOMERADOS EMPRESARIOS

Estamos acostumbrados a iniciar el tratamiento de los conceptos y categorías jurídicas básicas de la relación de trabajo partiendo del presupuesto de la tesis contractualista que nuestra legislación receptó a los fines de regular el “contrato” de trabajo pero, como veremos, los sujetos de la “relación” de trabajo se vinculan entre sí y con terceros desde una subjetividad distinta que escapa al sinalagma estrictamente contractual o de cambio, por lo que

definir al empleador simplemente como co-contratante en el marco de un vínculo claramente bilateral, no parece adecuarse a las particularidades de las modernas relaciones de trabajo.

Debe reconocerse que la relación de trabajo tiende a independizarse de la fuente contractual, su reglamentación no se explica ya por la lógica del cambio, sino que se completa por una serie de situaciones jurídicas que derivan de la participación del trabajador en la organización de trabajo que dirige el empresario (individual o plural).

Como lo ha sostenido desde antiguo Antonio Vázquez Vialard⁷ la realidad social que genera la celebración del contrato supera ampliamente sus contornos. El trabajador pasa a ocupar “una posición” dentro de una organización en la que desempeña un



papel y mantiene relaciones no sólo con la dirección sino también con el resto del personal con el que integra una comunidad. Su participación en la empresa es la que explica a su vez su inclusión en los regímenes tributarios, previsionales, de obra social y de cobertura de riesgos del trabajo, por lo que, al decir del autor citado no resulta exagerado admitir un cierto grado de personalización de la empresa⁸ en la configuración de las relaciones de trabajo.

Si bien se requiere ser “persona” para ser “empleador” y la empresa como concepto teórico no es un sujeto de derecho y por lo tanto no podría ser ella, sino quien la dirige y organiza (el empresario –individual o plural–) el titular de los derechos y deberes derivados de la relación de trabajo, lo cierto es que es la “empresa” la que cobra primordial relevancia en la configuración de los vínculos que la

⁵ Ver ponencia Tercerización. Algunos “particularismos” en el enfoque del problema presentada en el XIV Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional- Fundación Altos Estudios Sociales (FAES)-Salta 29, 30 y 31 de marzo 2012-. Publicado en Internet: www.faes.com.ar/ponencias.htm

⁶ Ver desarrollo del tema puntual en “¿Hacia la “personificación” de la empresa?” D.T. Noviembre 2011 pág. 2861 a 2881 (DT LXXI, N° 11, 2861)

⁷ En *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Bs.As., 4° edición 1989, T. I p. 183.

⁸ Ver Vázquez Vialard, Antonio, “Empresa y transferencia del contrato en la nueva ley de contrato de trabajo”, publ DT XXXV, p. 75 y ss y su voto in re “Donnellyu, Jerónimo c/Italmar SRL” como integrante de la Sala III CNAT (sentencia del 7/6/84 publicada en DT 1984-B, pág. 1607 con comentario de Miguel Ángel Maza: “Hacia la personalización de la empresa en el Derecho del Trabajo”.

unen al personal que —a su vez— la integra, puesto que tal concepto resulta esencial para la delimitación de la responsabilidad, tanto de quien asume en las formas la titularidad de los contratos, como la de los restantes sujetos que según las normas laborales pueden, eventualmente, concurrir con aquél como responsables solidarios en su calidad de beneficiarios de los servicios prestados o como meros intermediarios en la contratación (conf. arg. arts. 14, 29, 30, 31 y 225 a 228 de la LCT).

Así, en nuestra legislación el *contrato* generalmente subsiste pese a las variaciones producidas en la persona del empleador (conf. art. 225 y concordantes LCT), éste puede hacerse reemplazar —en tanto puede actuar mediante delegación de funciones (por ejemplo, a través de personal jerárquico o con facultades de representación)— e incluso fenecer (art.



249 LCT) sin afectar la subsistencia del contrato. La modificación de la razón social, la transferencia del establecimiento a favor de un tercero e, incluso, la muerte del empleador (persona física), en principio, sólo producen una modificación (transformación subjetiva) del contrato de trabajo.

Generalmente, en nuestra materia se asocia la figura del empleador con la del empresario⁹ Tal postura se encuentra avalada por el hecho de que la dependencia, desde el punto de vista económico, se vincula con la “inserción” o “incorporación” del prestador del servicio (del trabajador) a una estructura empresarial ajena y a que, la propia ley de contrato de trabajo se refiere en forma indistinta al empresario y al empleador, observándose en este ámbito una notable preocupación legislativa en definir conceptos tales como empresa y establecimiento (arts. 5 y 6 L.C.T.) — ambos referidos a una estructura organizativa de cierta complejidad—. Ello constituye una nota diferencial con el derecho civil y comercial donde, pese a las últimas reformas, el legislador ha decidido no

otorgarle entidad conceptual a la empresa, la que es delineada en forma genérica y abstracta solo como una actividad económica organizada.

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no contiene una definición cerrada de empresa que permita apartarnos de los conceptos contenidos en los arts. 5 y 6 de la L.C.T. como centros objetivos de imputación normativa que claramente prescinden del número de personas o sociedades que participan en esa organización de medios (materiales, inmateriales y personales) para determinar el alcance de su responsabilidad.

Según Favier Dubois en “Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”¹⁰ no hay en la ley comercial una definición legal de empresa y la organización empresarial suele asumir distintos roles que pueden o no coincidir en una misma persona: a) el empresario “de título” que es el sujeto titular de la empresa y el responsable por sus obligaciones, b) el empresario “de gestión” que es quien dirige la empresa (concepto receptado en el art. 5 LCT), y c) el empresario “de riesgo” que es el accionista o socio de la sociedad. A su vez, también desde el ámbito comercial se admite la existencia de empresarios “indirectos” como son las personas físicas o jurídicas controlantes de la sociedad titular de la empresa, sujetas a las responsabilidades societarias (art. 54 Ley 19550) y concursales (art. 161.2 LCQ) pertinentes. En suma, es a la ley laboral a la que le corresponde establecer quién es empleador o co-obligado y quién no.

Frente a ello puede sostenerse que no se ha producido un cambio sustancial en la materia que nos obligue a abandonar los criterios y posicionamientos hasta hoy vigentes en materia de responsabilidad empresarial en el ámbito del derecho del trabajo. Los conceptos de empresa, establecimiento y explotación siguen gravitando de manera central en la configuración de los principales supuestos atributivos de responsabilidad previstos en la norma laboral.

También, cuestionando la importancia atribuida a la personalidad jurídica que define al empleador como contraparte en el contrato, se considera que, si bien resulta necesaria la personalidad para atribuir responsabilidad (ya que aquella es indispensable para adquirir derechos y contraer obligaciones), ella no puede erigirse en una valla infranqueable al momento de identificar a los sujetos llamados a responder. Quienes componen los entes ideales, aún sin ser técnicamente empleadores, en ciertas ocasiones, concurren con el titular del contrato (persona de existencia ideal) en la responsabilidad que se deriva de los incumplimientos de las normas laborales y de la seguridad social (conf. arts. 54, 59, 274 y concs. LSC y nuevo art. 144 del CCCN)

Estos replanteos imponen recordar que la personalidad atribuida a entes que no son personas humanas es una ficción del ordenamiento jurídico que se desarrolló para facilitar el desarrollo económico (concentración de capital y trabajo). Es una construc-

9 Salvo en el caso del empleador del régimen jurídico aplicable al personal de casas particulares (ley 26844).

10 en notas introductorias al Código Civil y Comercial de la Nación, Erreius, 2014, p. 35 y ss.



ción del pensamiento y del lenguaje de los juristas y no de otra cosa, es decir que es en definitiva una creación del hombre¹¹ que no puede ser utilizada para evitar la aplicación de la ley mediante la simulación o el fraude.

Por ello, la personalidad jurídica como pantalla del actuar de sus integrantes y su utilización para diferenciar una entidad de otra (accionista, contratante, proveedora, controlante o vinculada) ha sido puesta en cuestión cuando se intentó oponer como un escollo infranqueable para definir la órbita de responsabilidad del “empleador” y hasta para lograr su adecuada individualización o reconocimiento. Los modos de organizar el trabajo y las nuevas formas de producir han provocado un cambio sustancial en la concepción de la empresa y de su titular o titulares.

Hace ya muchos años Manuel Alonso Olea¹² se refería al “empresario sin personalidad” para explicar la situación que se planteaba respecto a las “comunidades de bienes” a las que alude el art. 1º del estatuto de los trabajadores de España. Dicho concepto involucra a las uniones o agrupaciones sin personalidad de personas naturales o jurídicas, temporales o permanentes (como aconteciera antiguamente respecto de los copropietarios de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal).

Al decir de Sanguinetti Raymond “del empleador se ha tenido siempre una visión *exquisitamente* contractual” y no se le otorgó nunca mayor relevancia a su configuración jurídica o al modo en que organizaba su actividad. Lo único que importaba era su “subjetividad”: capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Actualmente, a despecho de la diversidad creada por la pluralidad subjetiva, objetivamente se mantiene la unidad operativa representada en el proyecto empresarial y es este dato el que ha permitido afianzar en la conciencia jurídica ciertas figuras particulares de atribución de responsabilidad frente a las personas empleadas en un proyecto u organización económica común.

Sin embargo, estimo necesario puntualizar que esa unidad económica u operativa no permite por sí sola superar el escollo de la personalidad jurídica diferenciada ante la situación de autonomía de gestión que se le asigna a las unidades que integran la red organizada bajo la coordinación del grupo o su representante. Este es el problema para los iuslaboralistas actualmente porque ni la empresa de grupo ni la empresa en red son sujetos de derecho en la legislación positiva, mientras que sí lo son los sujetos que asumen cada parte o sección de actividad.

He postulado antes de ahora que la empresa y sus componentes (el establecimiento o la explotación) aunque no son sujetos de derecho pueden ser categorizados válidamente como *centros objetivos de imputación normativa*¹³.

Tales elementos aportan a la relación el marco de desenvolvimiento tanto de unos como de otros y es en función de ellos que —en principio— se trabaja y se emplea. La pertenencia a la “empresa” en forma inmediata o mediata es la que define el estatus jurídico de los sujetos que en ella intervienen. Podría plantearse incluso que constituye entonces casi una contingencia la personalidad que posean quienes eventualmente asuman de manera individual o colectiva la titularidad de esa organización puesto que ésta, como tal, los trasciende.

¹¹ Borda, Guillermo Julio, *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 11

¹² en *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad e Derecho Sección publicaciones, 9ª edición 1985, Madrid, p. 127 yss.

¹³ Ver desarrollo del tema in extenso en el trabajo referido en nota 2.

En suma, podemos considerar que los elementos no subjetivos de la relación de trabajo (la empresa, la explotación y el establecimiento) son los que permiten identificar a los sujetos responsables cuando los entramados empresarios son más o menos complejos (a modo de cadenas o redes en los que los contratos inter-empresarios se multiplican y diversifican presentándose muchas veces de manera yuxtapuesta distintos supuestos atributivos de responsabilidad). Es por ello que a los conceptos referidos los hemos calificado como **CENTROS OBJETIVOS DE IMPUTACIÓN NORMATIVA**¹⁴ pues ellos nos permiten la identificación del o los sujetos responsables (empleadores o no) a través del análisis de los vínculos que las personas –físicas o jurídicas– tienen con los conceptos de empresa, explotación y/o establecimiento¹⁵.

No obstante tales elementos conceptuales, el escollo de la personalidad jurídica persiste, salvo que se redefine o redimensione el concepto de sujeto empleador.¹⁶

Al respecto, Baylos Grau propuso la reconstrucción del concepto de sujeto empresario a través de sus determinaciones organizativas concretas para así crear una *unidad de imputación jurídica* sobre el esquema organizativo complejo que, a su vez pueda reconducirse a una unidad, una *subjetividad*, a la que pueda acordársele las características de una persona –física o jurídica–¹⁷.

Podríamos afirmar siguiendo a una importante opinión doctrinaria que efectivamente existen empresas sin personalidad, como las asumidas por las uniones transitorias, por las sociedades vinculadas a través de contratos de colaboración empresarial, por los grupos económicos y por los llamados “consorcios de cooperación”. Sin embargo, las entidades empresarias que así se conforman no pueden considerarse personas distintas de sus miembros aunque tengan un patrimonio común. La titularidad del proyecto y sus frutos sigue perteneciendo a los distintos integrantes de la unión individualmente considerados y de tal modo ha sido reglamentada su actuación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Los modelos de articulación en varios centros de imputación jurídica puede reconocer estrategias de defensa oportunistas y objetivos implícitos de desregulación, no sólo en casos patológicos de grupos ficticios o pseudo-grupos, sino también en casos fisiológicos, en los cuales el que da trabajo adicional –aun sin perseguirlo– los beneficios de una flexibilidad interna (movilidad dentro del grupo-utilización común de recursos) a los de una flexibilidad externa (facilitación de los despidos y obstaculización de la acción sindical).

¹⁴ Cfr. García Vior, Andrea E., “La nueva fisonomía del empleador y de la empresa: otro reto en materia de representación sindical”, *DT* 2010 (diciembre), págs. 3217 a 3235.

¹⁵ Ver también en este sentido capítulo I, Tomo I –Estructura y marco institucional– de la obra *Relación de trabajo*, Héctor O. García –dir., Claudio S. Virgili –coord., Ediar, Bs. As., 2013, págs. 84 y ss.

¹⁶ Ver conclusiones y citas doctrinarias en Molero Marañón, Ma. Luisa, “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”, *Revista Relaciones Laborales-I*, 2001, págs. 589 yss.

¹⁷ criterio de Baylós Grau, A. en “Prólogo” a Desdentado Daroca Elena, “La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales”, Ed. Lex Nova, Valladolid, España, 2006 págs. 19 a 23. Para dicho autor se ha producido una escisión entre la organización de la empresa y su personificación.

Las actuales tendencias interpretativas se inclinan por identificar en el grupo un centro de imputación jurídica pero se enfrentan con la dificultad de definir la organización interna del grupo con esquemas predefinidos, que no muestran la pérdida completa de autonomía de la sociedad conjuntada, ni tampoco la supercentralización de los procesos de decisión. Si dentro del grupo los centros de poder pueden ser múltiples, especialmente en grupos diversificados y multinacionales, la flexibilidad que deriva, impone al jurista calibrar la elección de los centros de imputación y de las reglas aplicables no de manera abstracta sino de manera concreta con arreglo a cada problema y a la legislación vigente.

Coincidimos con De Luca-Tamajo y Perulli en que no debe sobrevalorarse el dato de la personalidad jurídica que no constituye la razón de ser de la disciplina como si lo es la empresa o la unidad de producción. Con ello no intentamos subjetivizar al conjunto o grupo –idea anteriormente expuesta– sino individualizar hipótesis específicas de comunicación de responsabilidad correlativa a la estructura económica de la empresa. La idea es entonces imputar relevancia jurídica a una entidad que si bien puede carecer de personalidad jurídica, es protagonista activa de las relaciones del trabajo: la empresa.

Ante las dificultades e inconvenientes que plantea una reformulación como la expuesta anteriormente en cuanto en cierto modo implicaría la personificación de contratos y/o estructuras organizacionales a los que no puede imputárseles responsabilidad con prescindencia de la personalidad jurídica de los sujetos a ellos vinculados y, teniendo asimismo en consideración que una noción diversa o ampliada de “sujeto empleador” podría arrojar resultados disvaliosos y contrarios a la economía de las relaciones de trabajo, coincidimos con aquellos autores que postulan que, ante las transformaciones operadas, debe agudizarse la metodología de análisis.

LOS GRUPOS ECONOMICOS DE COORDINACIÓN U HORIZONTALES

- LOS GRUPOS ECONÓMICOS DE CONFIGURACIÓN ATÍPICA.

La concentración empresarial puede lograrse a través de diferentes procesos (societarios, unos; contractuales, otros) en los que la idea de control, dirección o conducción del grupo tradicionalmente se ha instaurado como elemento distintivo¹⁸.

Así, empresas que existían y actuaban en forma autónoma y separada unas de las otras, aparecen luego relacionadas por algún tipo de vínculo (eco-

¹⁸ MANÓVIL, Rafael M., *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 66.

nómico o jurídico) con características de duración e intensidad, de naturaleza y contenido distintos a la mera relación contractual que pudieran haber establecido ocasionalmente entre ellas en el mercado (como proveedoras, clientes o contratistas). No es necesario que exista participación accionaria o transferencia de la propiedad, lo que se advierte claramente es un traspaso de poder hacia un *centro* de decisión, dirección o coordinación.

Ante ello, con el objeto de tutelar a los trabajadores dependientes de ese grupo concentrado, se buscan mecanismos e instrumentos para involucrar patrimonialmente a todas las empresas que conforman el grupo por las deudas laborales de cualquiera de sus miembros pero a ello se opone un desplazamiento entre el concepto tradicional de empresa y el de empleador. Difícilmente la relación laboral se trabe formalmente con todas las empresas que lo integran; lo usual es que el contrato laboral se perfeccione con una sola de las unidades económicas.

Muchas veces el verdadero centro de decisión y dirección se ubica fuera del empleador formal, lo que provoca que muchas decisiones que puedan perjudicar al trabajador sean sustancialmente atribuibles a un tercero, ajeno formalmente a la relación laboral y que por ende se discuta si no debería sostenerse que el verdadero empleador (real y sustancial) es el propio grupo.

Como lo explica Castello, la concentración empresarial ha sido históricamente el resultado de dos grandes instrumentos: por un lado, la *fusión y absorción* de empresas, mecanismo clásico de concentración (**concentración primaria**); por otro lado, la creación de *grupos de empresas*, instrumento más moderno que adquiere formas, estructuras y mecanismos sumamente diversos y complejos y supone necesariamente la existencia de una pluralidad de empresas, formalmente autónomas entre sí (**concentración secundaria**).

Dentro de estos fenómenos de “concentración secundaria” podemos ubicar tanto a las uniones transitorias, como a las franquicias comerciales. Como se advierte con facilidad, cada vez es más frecuente que la dominación de una empresa sobre otra sea más bien de tipo **económico, externo e inorgánico**. Ello sucede cuando una empresa impone a otra los datos económicos que la someten a una cierta conducta en su actividad empresarial. Esto se da generalmente a través de contratos comerciales de exclusividad en el suministro, comercialización (franchising) o distribución, los negocios en participación, las agrupaciones de colaboración, los consorcios y otras figuras asociativas similares. Según Martorell, este tipo de contrato puede dar lugar a una situación de *influencia dominante* cuando detrás de una fachada de aparente igualdad jurídica entre las partes, se oculta una relación hegemónica de una de ellas¹⁹, lo que hace que estas modalidades de contratación se alejen de la noción de colaboración o cooperación.

Cuando las unidades del grupo carecen de poder para imponer sus propios objetivos y el poder lo

19 MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad laboral*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996., pág. 73.



ejerce una sola de las empresas, se configura una **relación de control -dependencia** que se traduce en la constitución de un *grupo por subordinación*. Situación que puede advertirse en las franquicias.

En cambio, cuando el poder de negociación de las unidades del grupo es suficiente para imponer, o al menos influir, sobre los objetivos y las estrategias globales del conjunto, se instituye una **relación horizontal, paritaria o de igualdad**, que en ciertos casos puede derivar en la constitución de un *grupo de coordinación o colaboración empresarial*²⁰. Este sería el caso de las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias.

En los *grupos de coordinación o colaboración empresarial* las empresas se encuentran situadas (al menos teóricamente) en un plano de igualdad, con equivalentes poderes de influencia sobre la dirección del conjunto, por lo que no existe dependencia o control de ninguna clase. En todo caso, la estrategia común que sigue el grupo, que podría identificarse con la noción de *dirección económica unificada*, no es consecuencia del ejercicio de un poder de control o dominación, sino de la voluntad propia de cada empresa que ha resuelto libremente trasladar parte de su poder decisorio empresarial a favor de la estructura grupal.

Son este tipo de grupos (que hemos llamado “de configuración atípica”) los que habrán de emerger en muchos casos a través de la utilización de los contratos regulados en el Título IV del libro Tercero del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los que nos enfrentan, nuevamente, a viejos debates.

En el análisis que hemos de abordar, primero habría que discriminar entre grupos de subordinación y grupos paritarios o de coordinación puesto que el abordaje en la materia, según las distintas figuras de atribución de responsabilidad previstas en la ley laboral, admite en gran medida dar un tratamiento diferenciado según se advierta o no la subordinación real de una empresa a otra (conf. doctrina en torno a lo dispuesto en los arts. 29, 30 y 31 L.C.T.).

Al respecto, creo de utilidad recurrir a las pautas o indicadores de dominación económica puntualizados por Juan Raso Delgue²¹ a fin de diferenciar la situación según el tipo de agrupamiento que se configure. En tal sentido dicho autor consideró como elementos reveladores de dominación a los siguientes: a) expresiones de control y dirección por parte de la empresa principal sobre el establecimiento que ocupa la dependiente; b) la organización por parte de la empresa dominante de cursos de formación y capacitación de trabajadores de la dominada; c) la posibilidad por parte de la empresa principal de intervenir en las decisiones relativas a la contratación, suspensión, despido, modificaciones de las condiciones de trabajo de los empleados de la dependiente; d) la duración y permanencia de la relación contractual; e) la elección por parte de

la empresa controlante del lugar de trabajo de la empresa subordinada; f) el hecho que la empresa principal provea transporte, hospedaje, herramientas, equipos y/o recursos humanos a la empresa auxiliar; g) el uso de logos o marcas de la empresa principal en vehículos o uniformes de la empresa dependiente; h) la realización en forma continua y permanente por parte de la empresa dominada de las operaciones de carga y descarga de los productos de la empresa principal e i) profesionales comunes, administrador contable común, pago de la franquicia a través de ganancias compartidas.

Tales indicadores permiten detectar lo que hemos llamado “influencia dominante” pero ello no basta para extender la responsabilidad de una sociedad en particular –empleadora– al resto de las empresas que conforman el grupo porque para ello se han previsto distintos supuestos que no siempre se verifican en todos los entramados empresarios que suponen subordinación entre las unidades que los conforman.

En principio, solo podrá hablarse de la existencia de un *grupo de empresas* –o *empresa de grupo*– si esa influencia, dominación o control es estable, continua y permanente y en grado suficiente como para lograr que se le impongan a la empresa sus principales datos económicos (conf. arg. art. 31 LCT). Las asociaciones ocasionales, los negocios puntuales o las uniones transitorias, en principio carecerían de esas notas tipificantes. No así los contratos de franquicia en los que podrían darse tales elementos permitiendo su encuadre tanto en las disposiciones del art. 31 de la LCT como en el art. 30 de la LCT.

Sin embargo, dicha conclusión no implica descartar de manera automática toda posibilidad de que los *grupos de coordinación o colaboración empresarial* sean responsables patrimonialmente en el plano del Derecho del trabajo, ya que en determinados casos las empresas que forman dicho grupo pueden dar lugar a la constitución de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “*empleador plural*” “*empleador pluripersonal*” o “*empleador complejo*” (art. 26 LCT).

APUNTES SOBRE LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS (bajada práctica)

-LAS UNIONES TRANSITORIAS Y LAS AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su libro Tercero (Derechos personales), título IV (contratos en particular), y más precisamente en su capítulo 16 da tratamiento expreso a los contratos asociativos diferenciándolos a texto expreso de cualquier figura societaria.

²⁰ Según Alejandro Castello en “Contratos de Colaboración empresarial”... CTDL N°5, Errepar, Bs. As., 2009, p. 239 y ss con cita de ARCE ORTIZ, Elmer (La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, Sevilla, 2003, pág. 61.)

²¹ RASO DELGUE, Juan, “Las nuevas formas de organización empresarial y la determinación del empleador” en Libro de Ponencia de XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. FCU, Montevideo, 2004, pág. 78.

Surge de sus previsiones en forma clara que los contratos asociativos son vínculos de colaboración plurilateral o de participación, con comunidad de fines pero no constituyen una sociedad ni poseen personalidad jurídica²².

El art. 1445 establece como principio general que *"cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedoras o deudoras respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato o las normas de las secciones siguientes de este Capítulo"*

Parece ser que la no solidaridad de los sujetos unidos por este tipo de contratos es la regla, salvo que se disponga de otra manera en la regulación particular (por ejemplo en el caso de los consorcios de cooperación donde el art. 1477 establece que en caso de silencio, todos los miembros son solidariamente responsables o en el de las agrupaciones de colaboración –conf. art. 1459-).²³

impone dar por superados los planteos que pretendían considerar a tales conglomerados como sociedades atípicas o irregulares.

Para entender la evolución de este tipo de entramado empresario cabe recordar que hacia fines de la década de 1970, y a raíz del desarrollo en dicha época de diversas obras de infraestructura de elevada envergadura, la dificultad que suponía el art. 30 de la LSC que impedía la libre conformación de sociedades por sociedades –en caso de sociedades por acciones- se hizo tangible. Grandes compañías decidían presentarse a una licitación, en la que cotizarían una obra compleja y completa ("llave en mano"), más cada una se limitaría a cumplir con una o varias de las prestaciones comprendidas en el contrato, sin involucrarse en la obra o servicio que prestarían las restantes.

Para la consecución de estos fines, la creación de una nueva sociedad anónima se presentaba como inadecuada pues, el grado de actuación conjunta e interdependencia, sería en el caso inferior a aquél



En este sentido en poco se ha modificado el viejo panorama puesto que hace ya muchos años las empresas han recurrido a las uniones transitorias y a las agrupaciones de colaboración, habiendo recibido estas figuras recepción legislativa en el año 1983 a través de la modificación a la ley de sociedades comerciales dispuesta por ley 22903, sin que con ello se alteren sustancialmente los criterios de aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 26, 29, 30 y 31 de la L.C.T.-

La principal modificación se advierte en su inclusión en el derecho de los contratos puesto que ello

que normalmente se verifica en el seno de una sociedad anónima. Nuestro derecho positivo no ofrecía una figura típica que sirviera para encarrilar un negocio de estas características.

Con igual valla se toparon aquellas sociedades anónimas que, identificando necesidades en común con sus competidores, buscaron la creación de organizaciones que sirvieran al beneficio mutuo de sus integrantes, posibilitando la reducción de sus costos o la optimización del rendimiento económico de sus operaciones ordinarias y así nacieron las agrupaciones de colaboración empresaria que no eran otra cosa que organizaciones empresariales subsidiarias o conexas carentes de personalidad.

En tal contexto, con el propósito de salvar los escollos que le imponía la ley de sociedades, se crearon figuras tales como la unión transitoria de empresas, la agrupación de colaboración y, mucho después, el consorcio de cooperación (tipificado

22 Conf. art. 1442 CCCN -ver Zannoni, E- Mariani de Vidal, M., Zunino, Jore, China, F. y Ramos, Gloria en "Código Civil y Comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente", ed. Astrea, Bs. As. 2015 p. 398 entre muchos otros

23 Ver tratamiento del tema por Daniel G. Pérez en "El derecho laboral a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial. La solidaridad en materia laboral", Revista Temas de Derecho Laboral -Carlos A. Toselli, dir., Erreius, septiembre 2015, p. 17 y ss.

en la ley 26005 y actualmente en los arts. 1470 y siguientes del CCCN), a los que hoy se han sumado los “negocios en participación”²⁴.

Al plantearse los primeros debates se advertía que la unión transitoria de empresas podía ser entendida como una sociedad nula por atipicidad (art. 17 LSC) o una sociedad irregular (art. 21 y sigs. LSC). Una u otra consideración presentaban consecuencias de suma gravedad para los intervinientes (entre ellas, en su hora, la solidaridad en las obligaciones frente a terceros), por lo que se decidió adoptar el modelo europeo de las agrupaciones de colaboración o las uniones transitorias de empresas que ubicaban a tales figuras sólo como un contrato. La idea ha sido claramente otorgarle suficiente flexibilidad o “plasticidad” a las agrupaciones para su mejor desarrollo desde el punto de vista económico.

La ley restringe el objeto de la UT a una “obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República”, habilitando también al

ente a “desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.” (conf. art. 1463 del CCCN). Consecuentemente de extralimitarse la figura contractual en cuestión estableciéndose una figura societaria en los términos del art. 1° de la Ley General de Sociedades (conf. modificaciones de la ley 26994), las disposiciones a aplicar ya no serían las del contrato regulado en el CCCN sino las previstas en la Sección IV del Capítulo I de la LGS.-

No obstante la privación de personalidad jurídica, nos encontramos frente a un instituto legal que comprende a una verdadera empresa.

Las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias en muchos casos poseen -al menos en apariencia- todos los atributos de la personalidad: nombre, domicilio, capacidad y una suerte de patrimonio llamado “*fondo común operativo*” (confr. arts. 372, 375, 378 y concs. LSC -texto derogado- y arts. 1442, 1455, 1464 y concordantes del nuevo CCCN). A su vez, tales entidades son consideradas sujetos de derecho para ciertos y determinados fines, por ejemplo como agentes de retención o contribuyentes tributarios.

Como lo ha puntualizado, entre otros Francisco Sánchez Pagano²⁵, no obstante negarle la legislación de fondo personalidad jurídica al contrato de UTE, en ciertos casos es considerado como sujeto de derecho. Así, en materia tributaria se la considera un sujeto y no meramente un contrato.

A fin de justificar tal situación -para algunos, excepcional o anómala- se señala que ello es así por cuanto el concepto de “sujeto pasivo del impuesto” no coincide plenamente con el de “persona” del Derecho Civil. Al respecto, cabe citar la opinión de Dino Jarach, cuando expresa que “La capacidad de ser contribuyente o sea la capacidad jurídica tributaria no se identifica con la capacidad jurídica del derecho privado, sino que consiste en la posibilidad de hecho de ser titular de las relaciones económicas que constituyen los hechos imposables”²⁶. En tal sentido, la ley 11.683 en su art. 15 inc. c, califica como contribuyentes a las empresas que no revisitan la calidad de sujeto de derecho (aludiendo a los contratos de colaboración empresarial) y a los patrimonios de afectación (por ejemplo el fideicomiso, Cap. 30 del Título IV del libro III del nuevo CCCN -arts. 1666 a 1707-), en tanto sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible. Por lo tanto, cuando las leyes que reglamentan los distintos tributos nacionales expresamente lo disponen, la UTE, la agrupación de colaboración o el fideicomiso habrán de ser considerados contribuyentes.

Al surgir de una ley especial la posibilidad de responsabilizar solidariamente a los miembros de una unión²⁷, ningún reparo cabe efectuar al respecto (conf. art. 963 del nuevo CCCN -prelación normativa en materia de contratos-), por lo que estimamos que igual temperamento debería adoptarse al analizarse la responsabilidad de los sujetos de dichos contratos en el marco de lo dispuesto en la LCT.

La configuración de una empresa diversa de la desarrollada por cada uno de los miembros de la unión fue reconocida incluso en la Exposición de Motivos de la ley 22903, cap. III, secc. I, 4 al indicarse que “*Cierto es que existen referencias a datos que podrían en alguna medida ser soporte para la configuración de un sujeto de derecho, pero en vista de que la personalidad jurídica es un recurso técnico que el legislador adopta o no según pautas de conveniencia o de política legislativa, se optó en el caso, como en*

24 Conf. el art. 1448 del CCCN es aquél que tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma ni se inscribe en el registro. Es el gestor el responsable ante terceros y éstos no tienen acción contra los partícipes -no gestores-, salvo que se exteriorice la apariencia de una actuación común (art. 1450)

25 En “La responsabilidad de los miembros de uniones transitorias de empresas” en Cuestiones societarias y fideicomiso en el Derecho del Trabajo, CTDL N° 5, Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 203 y ss.

26 Jarach, Dino, El hecho imponible, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 189.

27 Ver considerando del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 4/3/2003 in re “IBM c/DGI”

el régimen italiano, por excluir la calidad aludida". En consecuencia, cabe dejar aquí aclarado que la circunstancia de no reconocérsele en el CCCN al precipitado de tales agrupaciones una personalidad jurídica diferenciada parte exclusivamente de un arbitrio del legislador civil y no de una realidad incontestable que impida su encuadre en las disposiciones de los arts. 26 o 31 de la LCT según los casos en tanto dichas normas prevén supuestos atributivos de responsabilidad especiales en el marco de un régimen jurídico también especial y que en materia de prelación normativa cuenta con un sistema de fuentes diverso al delineado por el CCCN.

Similar reflexión ha efectuado David Duarte²⁸ al referir a la Exposición de Motivos del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) y a la justificación del estudio de estas figuras en el título IV (de los contratos en particular) señalando que en el nuevo CCyC con el nombre contratos asociativos se integran en un cuerpo sistémico realidades económicas que pretenden prescindir de la noción de empresa y de toda referencia a las sociedades comerciales a fin de lograr la "unificación".

Para explicar la finalidad perseguida por la reforma Duarte alude a los propios términos de uno de sus principales redactores y al respecto puntualiza que, según lo indicó Lorenzetti "son estos agrupamientos los que se manifiestan idóneos para impulsar el crecimiento, en economías de baja concentración de capital. Por otra parte y debido a su riesgo limitado, constituyen una ruta de fácil recorrido en el camino de la integración económica"²⁹. Evidentemente se profundizó la opción por negar entidad en el campo de las relaciones civiles y comerciales al concepto de "empresa" por considerar a este concepto carente de contenido jurídico específico.

Respecto a los contratos asociativos, en especial de las uniones transitorias de empresas y las agrupaciones de colaboración se ha dicho que se basan en la integración de recursos complementarios para la adquisición inmediata y a título originario de beneficios derivados de dicha integración³⁰. Sin embargo prestigiosos autores sostienen que no parece que se hubieran incorporado nuevas figuras en detrimento del derecho de los trabajadores, puesto que simplemente se regulan los vínculos asociativos, estableciendo precisiones a fin de distinguirlos del modelo societario. De esta manera sólo se habrían establecido normas generales para todos los contratos asociativos pero en nada debería considerarse alterada la visión "laboralista" de tales fenómenos³¹.

A esta altura del relato cabe aclarar que la situación de las agrupaciones de colaboración no es idéntica a la de las Uniones Transitorias, aunque se le parece. Los integrantes de la AC persiguen, a tenor de lo prescripto en el art. 1453 CCCN, facilitar o desarrollar determinadas fases de su actividad empresarial, o bien, perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. No aluden al desarrollo de una actividad, obra o negocio que puede ser totalmente distinto al propio de sus componentes (como acontece en las UT) sino a actividades claramente conexas e integrativas del giro de las sociedades que integran el conjunto.

A diferencia de lo que acontece con la UT, en esta figura el art. 1459 CCCN prevé que los participantes responderán ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación, pero condicionando la acción de responsabilidad a que se hubiere interpelado primero infructuosamente al administrador de la agrupación y estableciendo una salvedad que podría generar

28 En CD de ponencias de las XIV Jornadas del Centro de la República, ver también trabajo del mismo autor citado en nota anterior.

29 Ver también cita a la que recurre el autor citado: Lorenzetti, Ricardo Tratado de Los Contratos -T3 ver <https://es.scribd.com/doc/.../Tratado-de-Los-Contratos-Lorenzetti-T3>

30 Recalde, Héctor Pedro, Ciampa, Gustavo Adrián, Recalde, Leandro, "Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el Derecho Laboral, Revista LL, 2014-F, del 10/11/2014.

31 Conf. Recalde, Ciampa y L. Recalde en el trabajo antes citado.



algunos reparos. En efecto en su segundo párrafo el art. 1459 establece que “el participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse”

Con relación a esta figura en primer término debe puntualizarse que al introducirse la noción de “fase” en lo que al objeto de la agrupación se refiere, se quiere significar que la actividad de ésta no puede confundirse con la actividad de uno o algunos de sus miembros, ni suplirla totalmente, aunque sí debería integrarla, “completarla” o “complementarla” (al decir de la Corte en el conocido fallo “Rodríguez c/Compañía Embotelladora”)

Así se ha sostenido³² que la agrupación debe tener por finalidad facilitar o desarrollar alguna de las partes en que idealmente puede dividirse el proceso de producción o la actividad empresarial que cada integrante despliega (como la elaboración de la materia prima o semielaborada, el transporte, el almacenamiento, los servicios técnicos, administrativos o contables), lo que cabría en muchos casos encuadrar en la figura de contratación o subcontratación empresarial prevista en el art. 30 LCT sobre la base del concepto de “actividad normal, específica y propia”, situación que no se advierte con claridad en el caso de las Uniones Transitorias.

-SOBRE LA RESPONSABILIDAD LABORAL DE LOS INTEGRANTES DE LAS UNIONES TRANSITORIAS LUEGO DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES Y A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN LA LEY LABORAL (ART. 26 LCT).

LAS UNIONES TRANSITORIAS COMO SOCIEDADES IRREGULARES

Hasta la sanción de la ley 26994, para imputar responsabilidad a los sujetos integrantes de las UT en muchos casos se efectuaba una primera diferenciación. Si la actividad, obra o negocio afrontado por el

grupo era realmente transitorio y podía sostenerse que claramente la unión no conformaba una sociedad de carácter permanente (unión de una o más personas que en forma organizada se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas-conf. actual art. 1 LGS-), la situación se analizaba a través de los distintos supuestos de atribución de responsabilidad establecidos en la ley laboral en caso de pluralidad de sujetos (generalmente a la luz de lo dispuesto en los art. 26 y 31 LCT) y sorteando las limitaciones contenidas en el derogado art. 381 de la LSC.

En cambio en aquellos casos en que se habían exorbitado los límites del contrato, se entendía que estábamos en presencia de una sociedad. Se consideraba así que en los supuestos en que las partes extralimitaban la figura contractual de la UTE, el conglomerado debía ser considerado una sociedad irregular y por tanto sujeto de derecho.

Como en tales casos las partes no asumían su conformación societaria de conformidad con los tipos previstos en la ley de sociedades comerciales, se las consideraba sociedades irregulares y sus socios respondían solidaria e ilimitadamente por las obligaciones incumplidas respecto de terceros (ver texto derogado del art. 23 de la LSC). No se entendía necesario o útil recurrir a las normas atributivas de responsabilidad prevista para los casos de sujeto empleador plural o complejo en la LCT.

Tal como lo refiriera Sánchez Pagano con cita de prestigiosos comercialistas, la actuación desviada de la UTE permitía recalificar al contrato como una sociedad atípica, lo que implicaba la imputación del negocio a un nuevo sujeto de derecho: la sociedad de hecho y a los supuestos socios, imponiéndoles responsabilidad solidaria a todos los partícipes.

La ley 26994 ha modificado la ley de sociedades (ahora LEY GENERAL DE SOCIEDADES –LGS–) alterando groseramente las pautas de imputación de responsabilidad a los integrantes de las sociedades irregulares. Es más ya no se habla de sociedades irregulares o de hecho sino de las polémicas Sociedades “de la Sección IV” (relativa a las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos)³³.

En lo que aquí interesa, el nuevo texto del art. 24 de la LGS establece que “Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”

32 Romero, Miguel Álvaro en “Acerca de cómo opera la responsabilidad laboral en ciertos contratos de colaboración empresarial”, en Cuestiones societarias y fideicomiso en el Derecho del Trabajo, CTDL N° 5, Errepar, Buenos Aires, 2009, págs. 265 y ss.

33 Ver comentarios de Pablo Carlos Barbieri en “Apuntes sobre la reforma al régimen societario por el Código Civil y Comercial: más allá de las sociedades unipersonales” publicación del 16/6/15 www.infojus.gov.ar/IdSAJF/DACFI50700; de Daniel Roque Vítolo en Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550. Ley 26.994 comentada. Código Civil y Comercial de la Nación, T. I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2015 y trabajo de Soledad Richard en “La sociedad simple en la Ley General de Sociedades”, revista UNC file:///C:/Users/Usuario/Downloads/10939-28731-1-SM%20(1).pdf;



La regla de la simple mancomunación se aplica respecto de las sociedades que según el art. 21 de la LGS se encuentran reguladas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19550 –reformada por ley 28994– y que son aquellas que a) no se hubieren constituido con sujeción a los tipos del Capítulo II (sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, sociedad en comandita por acciones), b) que omita requisitos esenciales o c) que incumpla con las formalidades exigidas por la ley.

Consecuentemente, ya no podrá invocarse lisa y llanamente la responsabilidad solidaria e ilimitada que antes rigiera en el marco de las sociedades irregulares o de hecho para extender la responsabilidad por las obligaciones laborales incumplidas a todos los integrantes de la Unión Transitoria que se extralimite en su actuación.

LAS UNIONES TRANSITORIAS COMO SUJETO EMPLEADOR PLURAL O COMPLEJO

Analizada la responsabilidad de los integrantes de una Unión Transitoria frente a los trabajadores afectados a la empresa común desde la óptica del derecho del trabajo corresponde hacer una primera diferenciación:

En el desarrollo de la actividad del conglomerado empresario se pueden dar por lo menos dos situaciones: a) que los trabajadores sean contratados por un integrante de la unión individualmente considerado; o b) que los trabajadores hayan sido

contratados –generalmente a través del representante de la UTE– a fin de que atiendan a las necesidades de trabajo que demande el proyecto común objeto de la agrupación.

En la primera situación, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden que en principio sólo debe responder por las obligaciones laborales y previsionales eventualmente incumplidas el sujeto empleador y no los demás integrantes de la agrupación.³⁴ En tales casos el trabajador se encuentra vinculado a uno de los miembros de la UTE –incluso por un vínculo anterior a la celebración del contrato–, que lo proporciona a la organización común pero para que desarrolle las tareas que hagan al cometido a que se obligó dicho integrante.

En cambio, en el segundo de los supuestos mencionados, es decir cuando los trabajadores son contratados –generalmente por el representante de la UTE– para realizar las tareas que hacen a la utilidad común de la agrupación (tareas de tipo comercial, contable o administrativo, que benefician al conjunto en general), lo que generalmente se advierte es la conformación de un sujeto pluripersonal o complejo en los términos del art. 26 de la LCT, en la medida que la entidad conformada en base al contrato de UT, ha asumido la calidad de empleador conjunto frente al dependiente tanto en el marco de la relación individual de trabajo como frente a los organismos tributarios y de la seguridad social.

No obstante ello, algunos autores aplicaron normas del derecho societario (ahora “unificado” en el CCCN) para determinar la responsabilidad en el ámbito del derecho del trabajo y, con total prescindencia de los supuestos atributivos de responsabilidad previstos en la LCT, se atuvieron a la letra del art. 381 LSC (hoy, art. 1467 CCCN) declarando la responsabilidad simplemente mancomunada³⁵.

34 Ver, C. Nac. Trab., sala IV, 24/02/2003, “Caruso, María del C. v. Lime S.S. UTE y otros”, RDLSS 2003-B-714.

35 Martorell, Ernesto E., *Conflictos de trabajo en las sociedades comerciales*, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 177.



Así Esper señaló que como la UTE no es un sujeto de derecho, no ostenta la posibilidad de titularizar ninguno de los derechos ni de las obligaciones del art. 62 LCT, y por lo tanto no puede ser considerada, ella misma, como sujeto empleador. En consecuencia, la regla de no solidaridad entre los miembros de la UTE debe aplicarse sin hesitación frente a las obligaciones laborales contraídas por el representante. En ese sentido el mencionado autor expresamente manifestó que: *“Ciertas líneas jurisprudenciales en el fuero laboral, que instalan la responsabilidad solidaria entre quienes componen una agrupación transitoria, por todas las obligaciones del trabajo y de la seguridad social, constituyen la antesala del marchamiento y desuso de esta útil figura jurídico-empresarial, y por ello deben desalentarse, siendo menester pregonar que constituyan la excepción de la regla”*³⁶.

A su vez, Vázquez Vialard entendió que “... cada uno de los miembros del grupo, asume la responsabilidad que surge según el contrato de formación de la UTE, o sea una de carácter mancomunada simple, a menos que los mismos hubieran resuelto que fuera de carácter solidaria”³⁷. Este ha sido también el criterio con que se han expedido en su hora algunas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo³⁸.

El criterio expuesto no se compadece con las elaboraciones jurisprudenciales y doctrinarias más actuales y a las que nos refiriéramos en apartados anteriores al aludir al sujeto empleador plural o complejo y a la necesidad de adoptar a la “empresa” –y no ya al empleador formal– como eje para la aplicación de los contenidos normativos. Advertidas las nuevas realidades económicas y su importante

proyección en el mercado, se han ido elaborando en los últimos tiempos diversos criterios doctrinarios y jurisprudenciales tendientes a sostener la responsabilidad solidaria de los miembros de la UTE por las obligaciones laborales³⁹.

En algunos supuestos se entendió aplicable el presupuesto contenido en el art. 31 LCT en atención a las relaciones económicas y de control que pueden establecerse y en tal sentido se indicó que el análisis no debe sujetarse a esquemas rígidos con exigencias taxativas de encuadramiento en figuras específicas de la LSC, para identificarlo⁴⁰. Sin embargo, de acuerdo con la redacción actual del art. 31 LCT no todo conjunto económico determina, en principio, la responsabilidad solidaria, sino que la norma exige que dichos grupos sean de carácter permanente, extremo que salvo extralimitación del tipo contractual, no habrá de verificarse en una Unión Transitoria⁴¹.

No obstante ello, e incluso desde el ámbito comercial, se sostuvo que, tal como lo señalara Fussaro⁴²

39 Ver, además de la profusa jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, CNCOM, Sala III, 26/7/2005 “Varone, Daniel Nestor c/Cinarsa S.A. y otros”; comentarios de Marcelo L. Percivalle y Alejandro Yódice en “Ley de Sociedades Comerciales comentada”, Errepar, Bs. As. 2009 p. 576 y consideraciones de Francisco Sánchez Pagano –“La responsabilidad de los miembros de uniones transitorias de empresas”, de Leonardo G. Bloise –“Las uniones transitorias de empresas y las obligaciones emergentes del contrato de trabajo”, de Miguel Álvaro Romero –“Acerca de cómo opera la responsabilidad laboral en ciertos contratos de colaboración empresarial”– y de Alejandro Castello –“Grupos de coordinación y colaboración empresarial y responsabilidad laboral”, publicadas en Cuestiones Societarias y fideicomiso en el Derecho del Trabajo, Colección Temas de Derecho Laboral N° 5, Errepar, Bs. As., 2009.

Ver Alonso, Juan- Gatti, Gustavo en “Codigo Civil y Comercial de la Nación comentado” –Rivera y Medina –directores–, La Ley, Buenos Aires, 2014 T. I, p. 404 y en especial trabajo desarrollado por Formaro, Juan en “La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el Código Civil y comercial. Su incidencia en el derecho del Trabajo”, DT, noviembre 2015, p. 48 y ss.

40 Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, t. II, p. 1082.

41 Martorell, Ernesto E., “Los agrupamientos y uniones empresarias de la ley 22.903 y su problemática laboral”, T. y S.S., t. 1985, p. 3.- Ver también CNAT, sala VI, 30/11/94, “Grillo, Norberto y otro v. Saúl Menem e Hijos S.A. y otro”, D. Trib., t. 1995-A, 1037.

42 Fussaro, Bertelio, Los contratos de colaboración empresarial, Ed. Depalma, 1987, p. 77.

36 Esper, Mariano, “Estudio sobre la responsabilidad de los miembros de una unión transitoria de empresas”, JA, 2006-IV, p. 1216.

37 Vázquez Vialard, Antonio, “Aspectos laborales de las UTE”, LL, 2004-B, p. 2578.-

38 CNAT, sala III, sent. 74.787, 23/09/1997, “Díaz, Francisco E. v. Huarte S.A. y otro s/accidente 9688”; id, sala IX, 31/10/2000, “E., E. A. v. Huarte S.A. y otros U.T.E.”. Publicado en: LL, 2003-B, 654; id, sala IX, 31/10/2000, “Echelechea, Emilio A. v. Huarte S.A. y otros UTE”; CNAT, sala I, 28/02/2003, “Martín, Marcelo F. y otros v. Dota S.A. y otros” y CNAT, Sala II, 09/06/1999, “Sánchez Amuchástegui, Gustavo G. v. Empresa Diteco S.A. y otros”.

debe realizarse una distinción en relación al principio general que establece la ley de sociedades respecto de la responsabilidad frente a terceros cuando no se trata simplemente de las obligaciones contraídas y surgidas en cumplimiento del objeto de la UTE, sino de las contraídas para la creación y mantenimiento de la infraestructura de la UTE; debiendo aplicarse la no solidaridad exclusivamente respecto de las primeras obligaciones, pero no respecto de las segundas, en tanto a su respecto es el ente económico que se conforma en base al contrato el que asume como tal la titularidad de tales vínculos obligacionales.

En la línea argumental por nosotros propuesta se ha señalado que dado que la UT no es un sujeto de derecho, y por ende no puede contratar, los trabajadores contratados por el administrador de la UTE para tareas propias de la organización, obra o negocio común deben considerarse en relación de dependencia con cada uno de los integrantes de la agrupación (conforme art. 26 LCT).

En efecto, como lo refiriéramos anteriormente, las normas y principios del derecho del trabajo no se encuentran subordinados a las disposiciones genéricas de otra disciplina y si bien no existe una norma expresa que imponga la solidaridad entre los miembros del conjunto, teniendo en cuenta que la LCT impone que determinadas personas -pese a no revestir la calidad de empleadores- deben responder en forma solidaria, los miembros-empleadores de la UTE deben -al menos- responder en esos mismos términos, es decir, por la totalidad de las obligaciones contraídas por la pluralidad de sujetos⁴³.

Al respecto se señaló que, de lo contrario llegaríamos al absurdo de que frente a una pluralidad de empleadores contratistas integrantes de una UTE, éstos deberían responder sólo por la parte que les corresponde, mientras que el contratante, que no es empleador en la figura de la subcontratación empresaria, debería responder en forma solidaria por la totalidad del crédito del trabajador. Dicho en otros términos, sería el único caso en que una persona que no es empleador estaría en peores condiciones que aquél que sí lo es, debiendo responder por la totalidad de la deuda, mientras que de estarse a los lineamientos de la ley común, cada uno de los empleadores sólo debería hacerlo por la parte, circunstancia que no resiste mayor análisis y se contrapone con los principios tutelares que rigen en la materia.

En este sentido la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostuvo que: *"La limitación de la responsabilidad a que alude la Ley de Sociedades no puede ser oponible a acreedores protegidos como son los trabajadores, correspondiendo al juez aplicar el derecho al caso concreto. Uno de los principios rectores del derecho del trabajo es el principio protectorio, al que se contrapone toda limitación en materia de solidaridad que puedan pactar los interesados en desmedro de los derechos de los trabajadores, a quienes les resultará inoponible,*

43 Ferreirós, Estela M. – Hierrezuelo, Ricardo, "La responsabilidad laboral de la unión transitoria de empresas", RDLSS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006-A, p. 4 y ss. – En idéntico sentido CNAT, Sala VII, S.D. N° 41.128, del 27/8/08," Montero Flores Bazan Marcela Beatriz c/ Agrupación de Colaboración Grupo Paramedic s/ despido".



sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudieran existir. En consecuencia, los contratos de colaboración empresaria y las uniones transitorias de empresas (que no son sociedades ni sujetos de derecho. Art. 377 LSC) no pueden ser empleadores en los términos del art. 26 LCT, por lo que serán sus integrantes quienes respondan frente al dependiente solidariamente⁴⁴.

A su vez, la sala III de la misma Cámara indicó que cuando el trabajador formó parte de los medios personales de la unión transitoria de empresas y los servicios que prestaba estaban encaminados a la concreción del objeto que determinó ese contrato de colaboración empresaria, aún cuando una sola de las empresas apareciera formalmente como empleadora, debía considerarse que ambas sociedades actuaron como sujeto empleador en los términos del art. 5 y 26 LCT y que, en atención a las particularidades del caso, ambas debían responder en forma solidaria, resultando inoponible al trabajador el contrato de colaboración celebrado⁴⁵.

La experiencia nos enseña que ha sido frecuente que los empresarios excedan -en su funcionalidad y organización- el marco legal previsto para el contrato de UTE, actuando como verdaderos sujetos de derecho y dando lugar a numerosos abusos, que obviamente escapan a las obligaciones laborales. Cuando las partes organizan sus actividades empresarias comunes a nombre colectivo, con riesgo y gestión compartida, nos encontramos frente a un vínculo de tipo asociativo que válidamente puede encuadrarse en lo que hace a la empresa o establecimiento común en las previsiones del art. 26 de la LCT⁴⁶.

Si bien con la pauta de no solidaridad establecida en la ley común se buscó facilitar y difundir una práctica que logró agilizar las relaciones económicas en numerosos sectores de la actividad, tal expansión de la economía no debe lograrse a expensas del derecho de las personas afectadas al trabajo en el marco de la empresa o negocio común.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, fundándose en el principio de realidad económica, le atribuyó carácter de sujeto de derecho en materia tributaria al conglomerado empresario derivado de una UTE considerando que *"Constituida entonces la unión transitoria de empresas con la específica finalidad de cumplir el objeto de ese contrato, resulta evidente que las prestaciones realizadas en el marco de dicha contratación son atribuibles impositivamente a dicho agrupamiento. No pueden las empresas proceder como si aquél no existiere, atribuyéndose cada una la realización de los hechos gravados, y computando a las retenciones efectuadas a la UTE, como propias en una determinada proporción cuando ellas mismas constituyeron ese agrupamiento para poder obtener la contratación"*⁴⁷.

44 C. Nac. Trab., sala X, 12/12/2003, "Fitz Maurice, Mario v. Coconor s.A. UTE y otros".

45 C. Nac. Trab., sala III, 26/07/2005, "Varone, Daniel N. v. Cinarsa s.A. y otros".

46 Con igual sentido, Fernández Madrid, Juan Carlos – Caubet, Amanda – Rosón de Planells, María Elvira, Manual práctico de contratación laboral, Ed. Errepar, Buenos Aires, p. 114.

47 CSJN, 04/03/2003, "IBM Argentina S.A. v. DQI s/ Dirección General Impositiva".

Por otra parte, la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), en su condición de entidad recaudadora de impuestos y de aportes y contribuciones de la seguridad social, exige la inscripción de las UTE como entidades distintas de las empresas que la integran, a cuyo efecto están obligadas a registrarse como empleadores de todo el personal que para ellas se desempeña. Nótese que en la práctica, las UTE cuentan con clave única de identificación tributaria (C.U.I.T.) y ellas mismas emiten recibos de haberes respecto del personal contratado como una entidad conjuntada diversa de cada una de las personas –físicas o jurídicas– que la integran.

Así también lo ha entendido la doctrina especializada al puntualizar que: *"En este marco, el empleador plural o múltiple constituido por un grupo de personas jurídicas no es un sujeto de derecho sino ante todo una praxis gestional de la mano de obra. Es una metodología de organización jurídica y gestional de la actividad empresarial desarrollada; por una pluralidad de sujetos de algún modo vinculados..."*⁴⁸.

Como lo sostuvo la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo *"En el marco del art. 26 de la LCT (t.o.) el empleador múltiple o plural aparece como una estructura compleja, de carácter transitorio o permanente, formada por un conjunto de personas sometidas a una dirección unitaria, a través de vínculos contractuales o no, y con arreglo a criterios de coordinación, de subordinación o fórmulas intermedias y más descentralizadas de centros de decisión..."*⁴⁹.

Análogo criterio parece haber seguido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al decidir que *"... aún cuando la responsabilidad emergente de tal relación no sea solidaria sino simplemente mancomunada (...), lo cierto es que ante el hecho de haber una administración centralizada y mantenerse a través de ésta relaciones jurídicas comerciales comunes e indivisibles con los terceros con quienes contrata, no parece posible que cada integrante pueda ser demandado independientemente de los restantes, dada la unidad de gestión de los negocios comunes"*⁵⁰.

La propia naturaleza de la calidad de empleador hace que se deba instaurar la solidaridad entre los miembros de la UTE por las obligaciones laborales contraídas en el cumplimiento del objetivo común, dado que en tales supuestos el aprovechamiento del trabajo humano beneficia a los integrantes en su conjunto. Así lo señalan Rodríguez Mancini y Juan Raso Delgue⁵¹, cuando entienden que en los supuestos en que la prestación del trabajador no

48 conf. Monereo Pérez, José, Teoría Jurídica de los grupos de empresa y el derecho del trabajo, Comares, Granada, 1997, p. 260/1, con cita del Dr. Oscar Zas en C. Nac. Trab., sala V, 14/08/2006, "Páez, Mario César y otros v. UTE Dota S.A., Sargento Cabral SAT, Transporte ideal San Justo S.A. y otros s/ Diferencia de salarios" con cita

49 C. Nac. Trab., sala V, sent. 68.196, 28/02/1996, "Pizanez, Manuel Eduardo v. Transnoa S.A. y otros s/ Despido".

50 C. Nac. Com., sala C, 22/08/1996, "Clínica Bazterrica S.A. v. Sanatorio Anchorena S.A. s/ ordinario".

51 Rodríguez Mancini, Jorge en "La solidaridad en el derecho del trabajo", p. 107, Quórum, Bs. As., 2006, y Raso Delgue, Juan en "las nuevas formas de organización empresarial y la determinación del empleador" – Libro de ponencias de las XV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. FCU, Montevideo, 2004.

está dirigida exclusivamente a uno de los componentes del grupo, sino que se desarrolla simultáneamente para más de una de las sociedades que lo componen, no se está frente a una sanción de solidaridad, sino simplemente ante la figura del empleador colectivo y, en consecuencia, todas las sociedades que han recibido esas prestaciones directas deberán ser sometidas a los deberes propios del sujeto empleador.

Es interesante destacar al respecto el voto del Dr. Oscar Zas al resolver la causa “Páez, Mario César y otros v. UTE Dota S.A., Sargento Cabral SAT, Transporte Ideal San Justo y otros s/ Diferencia de salarios”⁵², cuando expresa: “Esa apropiación conjunta de la fuerza de trabajo conlleva como correlato inexorable la responsabilidad solidaria de las sociedades integrantes de la UTE frente a sus trabajadores, por aplicación del principio de protección del trabajo humano (conf. art. 14 bis, C.N.)”.

Haciendo referencia a la opinión de la Corte Suprema en el caso “Vizzoti”⁵⁴ prosigue: “Importar criterios valorativos propios del derecho societario, para desactivar implícitamente la norma laboral imperativa vigente (art. 26 LCT), vulnera el principio constitucional de protección del trabajo humano, teniendo en cuenta que los trabajadores son personas que gozan de preferente tutela constitucional”.

Finalmente, concluye que: “El contrato de trabajo celebrado entre un trabajador y un empleador es un contrato legalmente intervenido y regulado, entre otras fuentes, por normas legales del orden público de protección, entre las cuales se encuentra en el precitado art. 26 de la L.C.T. (t.o.)”.

En síntesis, podemos concluir que las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas en torno a los conceptos de “empresa” y “empleador” en el ámbito del Derecho del Trabajo permiten erigir a la previsión contenida en el art. 26 de



Citando a Cornaglia⁵³, continúa diciendo: “... Las reglas de la primacía de la realidad y de ajenidad del riesgo empresario al trabajador, juegan en relación sistemática, sin que pueda eludirlas, y se potencian en el texto del art 26 LCT que se constituye en el filtro protectorio para el derecho societario...”.

la L.C.T –interpretada a la luz de lo dispuesto en el art. 14 bis CN y en el art. 5 de la L.C.T y en el marco del sistema de fuentes que rige en el ámbito laboral.- en un supuesto atributivo de responsabilidad específico cuando nos enfrentamos a una pluralidad de sujetos a cargo de una misma organización empresaria.

⁵² C. Nac. Trab., sala V, 14/08/2006. “Páez, Mario César y otros v. UTE Dota S.A., Sargento Cabral SAT, Transporte ideal San Justo S.A. y otros s/ Diferencia de salarios”.

⁵³ Cornaglia, Ricardo J., “La confusión de los conceptos empleador y empresa y sus consecuencias”, *Doctrina Laboral*, Errepar, noviembre 2005, p. 1015.

⁵⁴ CSJN, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos A. v. AMSA S.A.”.

EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

LAS PREVISIONES DEL NUEVO CCCN Y LO DISPUESTO EN LA LCT (ARTS 30 Y 31)

Como lo señalara Coppoleta⁵⁵, lo que se ha perseguido al regular los contratos comerciales que hasta ahora se consideraban “atípicos” en el Código unificado ha sido básicamente potenciar sus efectos económicos al otorgarles garantías de ejecutabilidad estableciendo las normas supletorias para el caso que el acuerdo presente dificultades en su etapa de cumplimiento. En lo demás, la regulación contenida en el nuevo CCCN no aporta mayores novedades en lo que a nuestra materia se refiere.

El art. 1512 CCCN define al contrato en los siguientes términos: *Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.*

Se reconocen como características típicas: 1) la independencia de los sujetos contratantes, 2) la existencia de una relación estable que requiere la cooperación de ambos contratantes., 3) la transferencia del know how sobre el desarrollo del negocio y 4) la existencia de control por parte del franquiciante respecto de la forma en que se desempeña en el mercado su franquiciado.

Siguiendo el orden antes expuesto, cabe referir que el primer punto de conflicto que puede presentar la nueva regulación normativa se vincula a la índole de la relación existente entre el franquiciante y el franquiciado (conf. art. 1520 CCCN). Sin embargo, sabido es que una ley no puede imponer la inexistencia de relación de trabajo si en la práctica ella se verifica, por lo que tal como aconteciera respecto de la ley que intentara restar siempre carácter dependiente a la prestación de servicios de fleteros y transportistas (ley 24635), lo establecido como principio en el CCCN puede ser controvertido en los hechos al amparo de lo dispuesto en los arts. 21 a 23 de la L.C.T. y por aplicación del principio de “primacía de la realidad”, encuadrándose simplemente el contrato en un supuesto de simulación o fraude que, obviamente, la ley no puede regular ni presuponer por fuera de las notas específicas de cada vínculo particular⁵⁶.

Las otras tres notas caracterizantes antes expuestas (permanencia o estabilidad en la relación, control o dominación y transferencia del know how) son las que permitirían en ciertos casos encuadrar a la figura en los supuestos de solidaridad previstos en los arts. 31 o 30 de la L.C.T.

En efecto las notas de permanencia y control son en principio configurativas del concepto de grupo económico al que alude el art. 31 L.C.T., por lo que si mediaran maniobras fraudulentas o conducción temeraria la responsabilización del franquiciante por las obligaciones laborales y previsionales incumbidas por el franquiciado respecto de su personal resultaría posible.

A su vez, la transferencia del know how vinculado a la explotación de una misma actividad económica y en la que se mantiene el flujo en el intercambio de bienes y servicios, permitiría encuadrar a dicho contrato si no en los supuestos de contratación y subcontratación empresarial (vinculados al desarrollo de la actividad normal, específica y propia del franquiciante), en el supuesto de cesión total o parcial del establecimiento establecido en el art. 30 de la L.C.T.⁵⁷

Conforme lo puntualizara Copoletta con cita de César Carballo⁵⁸, el contrato de franquicia supone la licencia o autorización conferida por el franquiciante al franquiciado para recrear —en una suerte de clonación— una empresa —en el sentido que a este término atribuye el Derecho del trabajo— preexistente o, por lo menos concebida con base en determinados criterios directrices (plan negocial o *blueprint*), es decir el sistema completo de creación y conducción de un negocio que permitirá el aprovechamiento y explotación de tal fórmula en los distintos establecimientos donde se convenga su aplicación.

Entiende así que este primer rasgo —que considera “genético”— del contrato es el que determina el control e interés permanente del franquiciante sobre el negocio del franquiciado e impide predicar la total independencia de unos y otros al menos frente a los trabajadores afectados a la explotación.

Se configura una unidad económica y funcional atípica sustentada en una comunidad de intereses que, aunque no siempre permita su total identificación (como entidad empleadora compleja o plural), podrá dar lugar a supuestos de extensión de responsabilidad por solidaridad, no sólo en caso de advertirse que el franquiciado no opera con autonomía de gestión o que lo hace como mero intermediario fraudulento (supuestos aprehendidos en los arts. 14 y/o 29 de la L.C.T. - configurativos de fraude—)⁵⁹, sino también por integrarse las unidades negociales de los contratantes en un mismo proyecto empresarial vinculado o a una misma unidad técnica de ejecución (conf. arg. art. 6 LCT) o a una delegación o cesión de la actividad habilitada, inscrita o registrada a nombre del principal.

⁵⁵ Sebastián Coppoleta “La regulación del contrato de franquicia comercial en el Código Civil y comercial y sus áreas de conflicto con el Derecho del Trabajo” en RDL 2015-2 El Código civil y comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, octubre 2015

⁵⁶ CNAT, Sala X, SD 17.406 26/04/2010, “Galván, Sergio Claudio José c/ Juegos y Juguetes S.R.L. y otro s/despido; Sala II SD 102779 del 26/2/14 “Castro, Oscar Alberto c/CTL S.A.” y en SD °101598 del 26/3/13 “Desimone, Juan Carlos c/Inversora Alimenticia”

⁵⁷ Ver desarrollo del tema por Laura D’Arruda en “Cesión del establecimiento sin cambio de titularidad” en CTDL N° 1 Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios, Errepar, Buenos Aires, 2008.

⁵⁸ Ver obra citada anteriormente.

⁵⁹ Ver, entre otros CNAT, Sala VIII “Farias, Alicia Cristina c/Dieta Club S.A.” del 17/6/08



Este es el criterio que, actualmente se ha impuesto a nivel jurisprudencial sin que a él se le opongan mayores reparos⁶⁰.

ANOTACIONES FINALES

A mi entender el Código Civil y Comercial se ha dedicado a reforzar la seguridad jurídica en las relaciones mercantiles y a receptar las construcciones que sobre tales contrataciones y vínculos elaboraran la doctrina y jurisprudencia comercial pero no ha regulado en particular sobre las relaciones de trabajo que se anudan en el marco de tales agrupaciones (como tampoco lo hiciera en relación a las obligaciones tributarias).

En esa línea debe señalarse que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su título preliminar establece directivas específicas en cuanto al modo en que deben ser interpretadas y aplicadas las leyes en su conjunto. Tales directrices impiden dejar de lado las normas y principios del derecho del trabajo cuyo carácter tutelar goza de las más altas garantías a nivel constitucional y suprallegal⁶¹.

Desde siempre las previsiones de los códigos civiles y comerciales en torno a los contratos entre comerciantes o empresarios han contenido diversas regulaciones al interior de los vínculos reglamentados. Sin embargo, en el ámbito laboral, la modalidad contractual elegida para la organización de la empresa en cualquiera de sus facetas resulta totalmente irrelevante en tanto específicamente la ley especial aclara que habrá solidaridad laboral (es decir frente a la persona del trabajador) si se dan determinados presupuestos de hecho que, en concreto no se vinculan con el modo en que se encuentren reguladas las relaciones entre las empresas intervinientes.

En tal sentido, el derecho laboral en sus diversas disposiciones aclara a texto expreso que habrá solidaridad *“cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten”* (art. 29 LCT) o *“cualquiera sea el acto que le dé origen”* (art. 30 LCT) o *“siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico.....”* (art. 31 LCT) o en caso de *“transferencia por cualquier título”* (art. 225 LCT), centrándose por tanto la imputación de responsabilidad frente a los trabajadores directa o indirectamente contratados en la existencia o no de un mismo proyecto económico o en la verificación de los presupuestos de hecho particularmente considerados en las diversas figuras (por ejemplo, si se trató o no de la contratación o subcontratación de servicios que hagan a la actividad normal y específica del establecimiento de la principal o se produjo una cesión total o parcial del establecimiento, etc).

En suma, a mi criterio, la referencia genérica a *“terceros”* que se formula en las distintas regulaciones de los nuevos contratos civiles y comerciales, no involucra puntualmente a quienes se desempeñen en tales contextos en relación de dependencia y aunque así quisiera interpretarse, ello a más de no corresponderse con el principio de especialidad (basado en la existencia de una rama especial del derecho sustentada en un sistema de fuentes

60 Ver, entre muchos otros, CNAT, Sala I Expte. Nº 15.143/09 Sent. Def. Nº 86.804 del 66/7/2011 “Sosa, Julieta Mariel c/Café Alda SRL y otro s/despido”; Sala II Expte. Nº 15.820/09 Sent. Def. Nº 100.069 del 30/12/2011 “Bellorini, Alberto Alejandro c/ Mostovoy, Valeria Mabel y otro s/ Despido y en Expte. Nº 25.497/05 Sent. Def. Nº 96.075 del 30/9/2008 “Blanco, Ismael c/ Zapico SRL y otro s/ despido”; Sala III Expte. Nº 17.043/08 Sent. Def. Nº 93.335 del 31/08/2012 “Rodríguez Varas, Cristian Martín c/Go For It SRL y otros s/despido”; Sala IV Expte. Nº 9827/06 Sent. Def. Nº 93.972 del 20/3/2009 “Chinchay Alhuquipoma, José c/ Menas SRL y otros s/ despido y en Expte. Nº 28.469/2010 Sent. Def. Nº 97.633 del 18/02/2014 “Núñez, Sergio Hernán c/Madejo SA y otros s/despido”; Sala VI Expte. Nº 35.537/08 Sent. Def. Nº 63.994 del 22/05/2012 “Franco, Edgardo Ariel c/Umpierrez, Patricia Beatriz y otro s/despido”; Sala VII Expte. Nº 2849/03 Sent. Def. Nº 38.771 del 21/9/2005 “Pereyra, Liliana c/ Arista, Marcelo y otro s/ despido” y en Expte. Nº 15.163/06 Sent. Def. Nº 40.115 del 17/05/2007 “Serantes, Milagros Josefina Inés c/Quiriones, Julio Héctor y otro s/despido”; Sala VIII Expte. Nº 18.798/09 Sent. Def. Nº 40.082 del 14/3/2014 “Suárez, Jorge Antonio c/ Food & Service Consulting SA y otro s/despido”; Sala IX Expte. Nº 18.564/08 Sent. Def. Nº 17.690 del 23/03/2012 “González, German Luis c/Castro, Damián Marcelo y otros s/ despido” y Sala X Expte. Nº 19.595/09 Sent. Def. Nº 19.034 del 30/09/2011 “Escurrea, María José c/Mostovoy, Valeria Mabel y otro s/despido”

61 ver elaboraciones y reflexiones de Palacio de Caeiro, Silvia B. en “El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos” en El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-I” RDL 2015-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Octubre 2015, págs. 11 a 46.

diverso), se opondría abiertamente a principios vertebrales del Derecho del Trabajo como lo son el protectorio, el de justicia social, el de equidad, el de buena fe (art. 11 LCT) y particularmente, el de primacía de la realidad que, en forma similar al de “realidad económica” que rige en materia comercial y tributaria impide fragmentar la responsabilidad del grupo –CSJN, 4/3/2003 “IBM c/DGI s/ Dirección General Impositiva”-.

En consecuencia no entiendo que las regulaciones contenidas en el capítulo 16 del título IV del Libro III del CCCN representen claros obstáculos para la aplicación de las pautas interpretativas antes delineadas. Por el contrario, creo que el nuevo CCCN lejos de atentar contra la amplitud que se operara de los distintos supuestos de extensión de responsabilidad a terceros por solidaridad en el ámbito de las relaciones laborales, le aporta elementos de la mayor relevancia.

A modo de ejemplo cabe referir que, en materia de responsabilidad de socios, administradores y gerentes se amplía el espectro de sujetos responsables (asociaciones civiles y fundaciones) y se alude en el nuevo art. 144 del CCCN a la “actuación” que persiga fines extrasocietarios, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar los derechos de cualquier persona. Se refiere a su vez no solo a socios, sino también a asociados, miembros y CONTROLANTES DIRECTOS O INDIRECTOS. A mi entender la redacción del art. 144 del CCCN permite sortear los escollos delineados en torno a la interpretación del art. 54 de la LGS (descorrimento del velo societario) que imponía la demostración de que la persona jurídica ha sido ella misma creada con el fin de violar la ley o defraudar a terceros (cfr. “Palomeque” y “Carballo” –CSJN-) ⁶².

62 Ver Alonso, Juan- Gatti, Gustavo en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” –Rivera y Medina –directores-, La Ley, Buenos Aires, 2014 T. I, p. 404 y en especial trabajo desarrollado por Formaro, Juan en “La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el Código Civil y comercial. Su incidencia en el derecho del Trabajo”, DT, noviembre 2015, p. 48 y ss.

Por otra parte, el nuevo CCCN reconoce y regula en forma particular al “SUBCONTRATO” en el art. 1069 al que define como “un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene con el contrato principal”. Ello nos brinda argumentos adicionales a nuestra tesis en torno al carácter derivado o dependiente de la actividad subcontratada (art. 30 LCT).

A su vez en el Capítulo 12 del título II (contratos en general) del Libro III (Derechos Personales) regula a los CONTRATOS CONEXOS a los que define del siguiente modo “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido..” . Al respecto en el art. 1074 el CCCN establece que “los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”.

Estas nuevas regulaciones lejos de apartarme del camino recorrido cuando comencé a desarrollar la idea de la empresa como centro objetivo de imputación normativa y a predicar la pérdida de capacidad definitoria de la personalidad jurídica en materia de responsabilidad laboral ⁶³, me brindan nuevos elementos interpretativos en los que los conceptos de contratos conexos o derivados aportan mayor solvencia a la idea de proyecto económico común como elemento determinante de la responsabilidad de los sujetos intervinientes.

63 “La nueva fisonomía del empleador y de la empresa: otro reto en materia de representación sindical” –ponencia no oficial presentada en el XVIII Congreso y XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Tucumán, octubre 2010) publ. En D.T. –dic. 2010-, pags. 3217 a 3235



Eugenio C. Sigifredo¹

RIESGOS DEL TRABAJO:

Necesidad de reforma de régimen procedimental de la LRT.

Pautas para un rediseño de un procedimiento constitucional y eficaz para calificar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.



¹ Abogado laboralista. Profesor de Derecho del Trabajo de la UNC.

I. UNA RÁPIDA REVISTA DEL ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA:

Desde el 1º de julio de 1996 rige en Argentina el Sistema de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557 en adelante LRT) como respuesta del ordenamiento jurídico a la compleja cuestión de los infortunios del trabajo, entendido estos, como los accidentes y enfermedades relacionados o vinculados por “el hecho o en ocasión del trabajo” (art. 6.1 Ley 24.557).

Se debe recordar que este sistema sancionado en el año 1995, en un marco de profundas reformas laborales y en un contexto socio-económico de plena política neoliberal, fue presentado como un subsistema de seguridad social, con capacidad de articulación con el sistema previsional, y con la ley de higiene y seguridad en el trabajo, que vendría a dar respuesta al complicado problema de los infortunios del trabajo.

De este intento de articulación, se citan dos ejemplos, ambos con igual resultado negativo.

Primero, las Comisiones Médicas, provenientes del sistema previsional (art. 51 Ley 24.241), fueron readecuadas por la Ley 24.557 (art. 50) y serán encargadas desde entonces, de calificar la naturaleza laboral del accidente de trabajo o profesional de la enfermedad (art. 21 Ley 24.557) con marcada resistencia de doctrina, jurisprudencia, y usuarios del sistema.

Un segundo ejemplo, se verifica en materia de pago de prestaciones dinerarias. Desoyendo el Convenio 17 de la O.I.T., ratificado por nuestro país, el legislador establece como regla y sin excepción, el pago en renta de la mayoría de las prestaciones dinerarias, lo que fue articulado con las entonces vigentes Administradoras de Fondos de Jubilación y Pensiones (Ley 24.241) o con compañías de seguros de retiro. Esta forma de pago, es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Milone” (2004). Posteriormente la Ley 26.773, modifica la situación, y establece como regla, el pago único. (art. 2 “in fine” Ley 26.773). En ese interregno, se generaron numerosos reclamos judiciales, donde el objeto central del juicio, es la discusión sobre la forma de pago de una prestación, reconocida por su deudor.

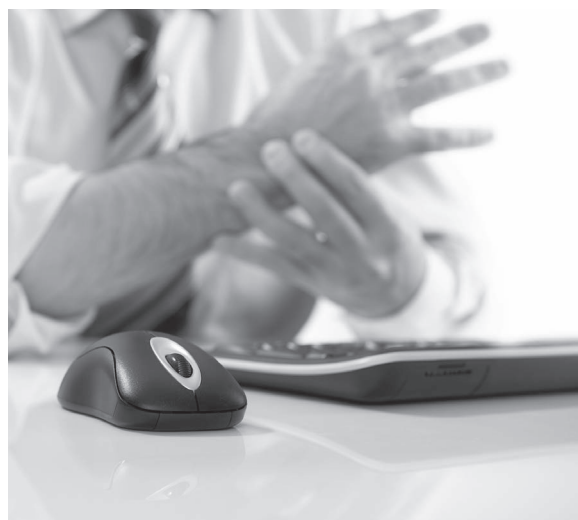
El funcionamiento del sistema, mostró rápidamente, que las prestaciones dinerarias eran cuantitativamente insuficientes (se inicia con un tope máximo de \$ 55.000 y proporcional al grado de incapacidad).

Por esta razón, a escasos cinco años de vigencia, será necesaria una primera reforma (Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1278/2000), que incorpora al sistema, los pagos adicionales únicos (art. 11.4 incisos a), b), y c) Ley 24.557) para mejorar las prestaciones dinerarias. También modifica el modo de respuesta a las enfermedades profesionales no listadas, introduciendo la posibilidad de que frente a una enfermedad no listada, se pueda demostrar su relación causal con el trabajo, y pue-

da ser declarada resarcible. Amplia la lista de legitimados activos para el reclamo de las prestaciones en caso de fallecimiento del trabajador (v.gr. padre del trabajador soltero). Y eleva el multiplicador de la fórmula de cálculo (de 43 a 53).

La importancia de esta reforma (D.N.U. N° 1278/2000) en el tema que nos ocupa, es que la legislación argentina, a partir de ese momento, adopta el sistema de lista mixta o abierta (art. 6.2) LRT texto DNU 1278/2000) para la calificación de las enfermedades profesionales, el que se considera en el Derecho Comparado, el más apto y eficaz para estos menesteres, frente a los dos restantes (lista taxativa o cerrada y protección total) que fueron oportunamente experimentados por el sistema de riesgos del trabajo argentino en su larga trayectoria (1915-1995) con diversos resultados.

No obstante ello, la adopción del mejor método para definir, que es enfermedad profesional, en un sistema de riesgos del trabajo, debe ir acompañado de un procedimiento apto y eficaz para tal calificación, lo que no se encuentra garantizado por el



sistema de Comisión Médica Jurisdiccional, y Comisión Médica Central, actualmente vigente, por las razones que se desarrollan más adelante.

A partir de setiembre del año 2004, el sistema tendrá una suerte de segunda reforma. Pero esta vez será producto de la actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último custodio de la Constitución Nacional, declarando inconstitucionales determinadas normas de la Ley 24.557, que impactará al sistema de riesgos del trabajo, en cuestiones esenciales, como el régimen recursivo de los dictámenes de las Comisiones Médicas (“Castillo c/ Cerámica Alberdi”), como la limitación en el acceso del trabajador o sus derecho-habientes al derecho común, declarando la inconstitucionalidad del art. 39.1) de la ley 24.557 (“Aquino c/Cargo”) con la inconstitucionalidad del pago en renta (“Milone c/Asociart”), para señalar sólo los tres pronunciamientos más emblemáticos. Es relevante señalar, que a partir de este momento, se produce un rediseño del sistema, que tiene como



guía, los distintos fallos que seguirá dictando la Corte, sobre los más diversos aspectos del sistema de riesgos del trabajo.

En el año 2009, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto 1694, incorpora una importante novedad para la vida del sistema, como es la eliminación de los topes (máximo totales y proporcionales) y su conversión en pisos de las prestaciones dinerarias, lo que sumado al ajuste de los pagos adicionales y del piso, produce un claro mejoramiento económico de las prestaciones dinerarias, que se estima, no se encuentra suficientemente dimensionado.

En el último tramo, se sanciona la ley 26.773, llamada por el legislador “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” que sin llegar a ser la reforma que esperaban los sectores involucrados en la problemática, introduce algunas interesantes mejoras.

Así la regla en materia de prestaciones dinerarias, será el pago único. Se incorpora una nueva prestación de pago adicional (20% sobre la fórmula de cálculo y del pago adicional que corresponda por la situación del damnificado). Se deroga el art. 39.1 de la Ley 24.557, y se establece la posibilidad de acceso al derecho común a través de una opción renunciativa (art. 4 Ley 26.773) similar a la que establecía el art. 17 de la histórica Ley 9688. Se incorpora un mecanismo de ajuste automático y semestral, de los pisos y pagos adicionales del sistema (art. 8 Ley 26.773), que para cierta doctrina judicial y autoral, se trata de un mecanismo de indexación de los créditos de los damnificados.

Así las cosas, a veinte años vista, prácticamente no es posible reconocer el sistema original de 1995. Del proclamado subsistema de seguridad social, sólo parece quedar un sistema de responsabilidad individual del empleador con aseguramiento obligatorio, tal como sostiene mayoritaria doctrina (Ackerman-Maza).

La declarada pretensión de articular el sistema con la Ley de Higiene y Seguridad N° 19.587, que se positiviza en el art. 4 de la Ley 24.557 (ref. D.N.U. 1278/2000), si bien contribuyó a una reducción de los

sinistros fatales, según estadísticas del organismo de contralor (SRT) a la fecha, la actividad de prevención no está suficientemente internalizada y extendida, particularmente, en la pequeña y mediana empresa, y se advierte ciertos déficit en acciones preventivas, como por ejemplo, en las visitas periódicas a los establecimientos por parte de las ART, o en la realización de exámenes médicos periódicos o de post-egreso, a cargo (obligatoriamente) de las mismas ART.

En suma, estamos frente a un sistema de riesgos del trabajo, que en veinte años, ha sufrido una suerte de re-diseño, salvo en el aspecto que se focaliza nuestra intervención.

II. EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LRT. COMISIONES MÉDICAS. INCONSTITUCIONALIDAD. CRÍTICAS A SU ACTUACIÓN. EL PATROCINIO LETRADO OBLIGATORIO:

Los ideólogos de la LRT, diseñaron una sistema de procesamiento de las contingencias que contempla la LRT (art. 6.1 y 6.2) que se sustenta en un procedimiento a cargo de organismos administrativos de “orden federal”, en tanto dependen de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) como son las Comisiones Médicas Jurisdiccionales, reglado en el Decreto PEN N° 717/96, que actúan en una “jurisdicción” administrativa.

En este procedimiento, se emite un primer dictamen, o acto administrativo, con capacidad (art. 21 LRT) entre otras cosas, de calificar como “laboral” al accidente, o “profesional” a la enfermedad, y, eventualmente, determinar el “grado de incapacidad”.

El dictamen de Comisión Médica Jurisdiccional, en el régimen legal vigente, es susceptible de apelación por una doble vía, ante la Comisión Médica Central (trámite administrativo) o ante el Juez Federal con jurisdicción en la Comisión Médica Jurisdiccional, para finalizar en la Cámara Federal de la Seguridad Social (arts. 23 y siguientes Dec. 717/96 y CPCCN).

Se trata de una pieza fundamental del sistema, que pretendió “desjudializar” el tratamiento de las contingencias o situaciones cubiertas y definidas por la LRT en tanto la cuestión se trata de manera inmediata o en un primer nivel, por organismos administrativos (Comisión Médica Jurisdiccional) con serias limitaciones o restricciones en el derecho de defensa del trabajador damnificado, y luego se contempla una intervención judicial, limitada o restringida en la Justicia Federal con competencia en el domicilio de la Comisión Médica Jurisdiccional, que culmina con un recurso ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Como todos ya conocemos, este aspecto del diseño, tuvo una severa descalificación constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia, en el

De esta manera, el art. 46.1) LRT queda vacío de contenido y las distintas jurisdicciones provinciales, van a tener que construir el modo en que van a ser revisados los dictámenes de las Comisiones Médicas ante la jurisdicción laboral ordinaria.

En el caso de la Provincia de Córdoba, luego de algunas marchas y contramarchas, se arribó a la conclusión de que el único modo de “apelar” en los términos del Dec. 717/96, el contenido del dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional, es mediante una demanda (art. 46 LPT) que tramita por el procedimiento común, sujeto a la más amplia prueba, y a la obtención de una sentencia, revisable en nuestro sistema procesal por un recurso extraordinario como la casación (art. 99 LPT), que a su vez, provocará una sentencia del tribunal de casación, susceptible esta última del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la Ley 48.-

A su vez, la Jurisprudencia, fue allanando los obstáculos formales a esta acción, como por ejemplo respecto a los plazos para la interposición (no se aplican los 10 días del art. 26 Dec. 717/96 previsto para la “apelación”) o a la inaplicabilidad de la teoría



caso “**Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.**” (Sent. del 7/9/2004) extensamente analizado por la doctrina, y automáticamente acatado por los Tribunales Federales, que se declararon incompetentes de oficio para seguir entendiendo en los procesos que tramitaban antes sus tribunales.

Para señalar su contundencia y claridad, basta señalar que a partir de la conclusión de Corte, de que la LRT es derecho común, la decisión del legislador en el art. 46.1) “...ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla su misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado del fuero común... para terminar señalando, “...que la competencia federal, no encuentra otro basamento que el mero arbitrio del legislador...” (ver considerando 7 y 8 del fallo).

Se trata según mayoritaria doctrina, de una inconstitucionalidad de carácter absoluto, en el sentido que es susceptible de ser declarada en todos los casos, sin que la petición pueda quedar condicionada a circunstancias concretas del caso.

de los actos propios, cuando se pretendía debilitar la posición del trabajador damnificado por haber recurrido a esa “jurisdicción administrativa” para luego cuestionar la constitucionalidad de la misma.

El fallo “Castillo” produce además una corriente doctrinaria y jurisprudencial, que interpreta que la inconstitucionalidad que declara la Corte del art. 46.1) LRT, alcanza a los arts. 21 y 22 de la LRT, lo que pone en tela de juicio a todo el trámite diseñado por la LRT para el procesamiento de las contingencias definidas por el sistema.

A nuestro modo de ver, no existe en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una declaración en tal sentido, conclusión que se extrae de las propias palabras de la Corte.

En efecto, la Corte Nacional volvió sobre el tema entre otros fallos, en “**Obregón Francisco Víctor c/ Liberty ART**” (Sent. 17.04.2012) para comenzar por recordar, primero que el máximo Tribunal, “...no se pronunció sobre la validez intrínseca del varias veces mentado trámite...”.

Para luego señalar, que no obstante ello, "...fue del todo explícito en cuanto a que la habilitación de los estrados provinciales a que su aplicación dé lugar no puede quedar condicionado o supeditado al previo cumplimiento de una vía administrativa ante organismos de orden federal como son las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT...".

Se entiende que es poco probable que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expida sobre la validez "intrínseca del trámite", porque ello implica descalificar la actuación de hoy (ver Resolución 3085/2014 SRT) cincuenta y dos (52) comisiones médicas jurisdiccionales diseminadas por todo el territorio de la república y una Comisión Médica Central (C.A.B.A.) con capacidad para intervenir en diez (10) trámites de la LRT (denuncia de la contingencia, rechazo de enfermedad profesional no listada, silencio de la ART, divergencia en la alta médica, divergencia en las prestaciones, reintegro al tratamiento, determinación de incapacidades, divergencia en la transitoriedad, abandono del tratamiento, divergencia en la determinación de la incapacidad) y en cinco (5) trámites de naturaleza previsional (determinación de incapacidad para obtener retiro por invalidez, régimen especial para ciegos Ley 20.888, prestación por edad avanzada Ley 24.347, pensión por incapacidad de derecho laboral).

A su turno, se debe recordar que la última reforma importante del sistema (Ley 26.773) sin avanzar mucho en el tema, convalida implícitamente el sistema de Comisiones Médicas, primero, con su total silencio sobre el punto, y luego, al disponer elípticamente, en su art. 9, que "...los organismos administrativos y tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos a los Decretos 658/96 (Listado de Enfermedades Profesionales) y Decretos 659/96 (Tablas de Evaluación de Incapacidades).

Pero a veinte años vista, esta cuestión se presenta como el punto más débil del sistema, el que tiene más cuestionamientos, y el que produce más perturbaciones en su funcionamiento.

Ello ocurre de esta manera, en la medida en que la idea de desjudicializar el sistema de procesamiento de los infortunios del trabajo que tuvieron en mira los ideólogos de la LRT, se encuentra frustrado, primero por la declaración de inconstitucionalidad del art. 46.I LRT, pero más aún, por la creciente desconfianza de los operadores jurídicos en someter las controversias de sus clientes (trabajadores damnificados) a organismos administrativos cuya imparcialidad esta puesta en duda porque a pesar de que sus integrantes son funcionarios públicos, están sometidos a un régimen laboral de estabilidad relativa (art. 38.3 LRT) y los gastos de funcionamiento de las Comisiones Médicas, se financian con el aporte de las ART (art. 37 LRT).

Estas causas, y seguramente otras más que escapan a esta intervención, provoca una importante derivación judicial, de manera indirecta (revisión de los dictámenes de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales) o directa (acción judicial directa sin transitar por ante la Comisión Médica Jurisdiccional) que ha ido en aumento desde el año 2003 (3.012 juicios) en adelante según estadísticas de



la Unión de Aseguradores de Riesgos del Trabajo (UART) con una importante concentración de juicios en las principales jurisdicciones del país (Santa Fe, Mendoza, Córdoba, C.A.B.A y Bs. As.).

Pero la cantidad de juicios que se inician por año en el sistema (se proyectan 122.491 para el año 2016 según la UART), no es lo que preocupa.

Lo que debe preocupar, desde un abordaje estrictamente técnico jurídico, es que el ámbito judicial no se presenta como el apto y eficaz para el procesamiento de las contingencias que se verifican o denuncian en un sistema de riesgos del trabajo, (659.041 casos notificados en el año 2015, según estadísticas SRT).

Esta cantidad de siniestros, necesitan, en forma necesaria de un tratamiento inmediato, objetivo, sencillo, económico, transparente, apegado a la legalidad y satisfactorio para el trabajador damnificado, y este tratamiento, sólo se lo puede dispensar en un ámbito administrativo, tal como se observa en forma pacífica en el derecho comparado (España, Brasil, Uruguay, Chile).

Porque el sistema judicial, según muestra la experiencia, en la mayoría de los casos, brinda una respuesta mediata en tanto, se verifica un importante diferimiento temporal entre la ocurrencia de la contingencia y su cobertura.

También se advierte un disímil tratamiento o resultado en esa cobertura, por razones ajenas al trabajador damnificado, que pasan por la elección del profesional para su caso, el perito médico oficial que resulte sorteado en su juicio, el juez que se avoque al conocimiento de la causa, los recursos que afecten a la sentencia, todo lo que, en definitiva, se traduce en un sistema marcadamente lento, costoso, pero particularmente inequitativo para trabajadores que frente a una misma situación, reciben coberturas distintas.

Por lo demás, aparece claro, al menos desde nuestra perspectiva, que es impropio, y un despropósito funcional, un proceso judicial para dirimir una controversia en casos en que por ejemplo se discute un porcentaje de incapacidad, cuando la patología o diagnóstico no está controvertido. De igual manera, cuando el hecho está reconocido, y se controvierte la calificación legal.

Todo lo que venimos refiriendo, pone de manifiesto, que el diseño de un procedimiento para la calificación laboral de los siniestros, es un tema central de cualquier sistema de riesgos del trabajo.

En el caso de Argentina, está por demás claro que el diseño original del legislador fracasó, y no se advierte una intención de mejorar o corregir las causas de ese fracaso.

Porque como se ha señalado, se han revertido algunos problemas serios del sistema, tales como la insuficiencia económica de las prestaciones dinerarias (D.N.U. 1278/2000, Decreto 1694/2009, Ley 26.773) la forma de pago de las prestaciones (de pago en renta a pago único Ley 26.773), o la opción por el derecho común (art. 4 Ley 26.773)

aún cuando se puede discrepar o disentir con la calidad de las soluciones adoptadas, pero existe una decisión de política legislativa para avanzar en el mejoramiento del sistema, que no se advierte en el aspecto procedimental.

Se podría decir en ese sentido, que el Dec. 1475/2015 (B.O.31.07.2015) que modifica el art. 12 del Dec. 717/96, e introduce la necesidad de patrocinio letrado obligatorio en el trámite por ante la Comisión Médica Jurisdiccional se direcciona en ese sentido.

Sin embargo, aparece como una medida débil, precaria e insuficiente a los efectos de garantizar el derecho de defensa del trabajador damnificado, y acercarse a las garantías del debido proceso adjetivo (art. 18 Const. Nacional) en tanto ello no se acompañe con otras reformas que se relacionan con la integración del organismo y con las garantías de independencia y transparencia del mismo.

Se trata de una señal muy precaria, en la medida en que no ha sido instrumentado o implementado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, fundamentalmente, en la cuestión anexa que conlleva la intervención de un profesional, como es el devengamiento de honorarios.

Se reconoce que no es una cuestión de sencilla implementación. Así se debe tener presente, que el art. 21. 4) LRT determina que el procedimiento ante las Comisiones Médicas "...será gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios...". Pero ya conocemos, que una cosa es la gratuidad del procedimiento, y otra distinta, son las costas u honorarios, que inclusive, en un proceso judicial, pueden ser impuestas o cargadas al trabajador perdidoso.

A su turno el art. 18 del Decreto N° 717/96, dispone que las partes podrán designar peritos de parte, y que sus honorarios serán a cargo de los proponentes, siguiendo en este aspecto, el criterio de la mayoría de las normas rituales para el proceso judicial. Pero esta última norma no es de utilidad para resolver la cuestión, porque en el caso del perito de parte, es facultativo para el trabajador, mientras que el patrocinio letrado, es impuesto por la norma en forma obligatoria.

Como se advierte, se trata de una cuestión con muchas aristas, donde el legislador tendrá que ser muy preciso y manejarse con mucho criterio, para regular una cuestión que se refiere a quién paga los honorarios, la pautas necesarias para su cuantificación, con los cuidados necesarios para no menoscabar o invadir las autonomías provinciales, ya que la materia arancelaria, es propia de las legislaciones provinciales.

Por lo demás, nos parece sumamente objetable que la introducción del patrocinio letrado, haya sido por la reforma del Decreto 717/96. Se interpreta que se trata de un aspecto sustancial, que debe ser regulado en la LRT, mediante la reforma legislativa pertinente.



III. PAUTAS PARA UN REDISEÑO DE UN PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL Y EFICAZ PARA CALIFICAR LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES.

Por las razones expuestas, a lo que se suma la experiencia del Derecho Comparado, conducen a la necesidad de rediseñar un procedimiento administrativo a los efectos de la calificación médico-legal de los siniestros laborales.

Se puede cuestionar la decisión política de atribuir a órganos administrativos, la capacidad de decidir controversias vinculadas a los riesgos del trabajo.

Pero lo que no se puede sostener, es que la justicia laboral ordinaria, es la indicada para procesar no ya la totalidad de los casos que se denuncian en el sistema de la LRT, sino, ni siquiera una parte importante de los mismos.

El diferimiento temporal en la resolución de los casos que se verifica en distintas jurisdicciones, está demostrando cierto colapso del sistema judicial, por que los juicios que se derivan de la ley de riesgos del trabajo, ya ocupan, en las principales jurisdicciones, aproximadamente el cincuenta por ciento (50%) de los casos que tramitan en la justicia laboral.

Somos de la idea, que en un sistema de riesgos del trabajo, se debe reservar la actuación de la justicia laboral ordinaria, para la revisión judicial de una actuación administrativa, o para casos, que presenten ciertas complejidades, o sean extraordinarios o de difícil resolución.

Por otra parte, se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha convalidado mediante sus fallos ("Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José.

Set., De fecha 19.9.1960 y "Ángel Estrada y Cía S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos s/ res.71/96 entre otros) la existencia de actividad jurisdiccional en la administración, admitiendo inclusive, que órganos especiales, asuman funciones jurisdiccionales, con el recaudo de una revisión judicial ulterior.

Es por todo ello, que el legislador deberá ser muy cuidadoso en el diseño de una jurisdicción administrativa, con la aptitud de calificar médico-legalmente a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Deberá ser un procedimiento, respetuoso de las garantías del debido proceso adjetivo. Podrá ser un organismo administrativo de "orden federal", pero necesariamente su funcionamiento se deberá articular con las administraciones provinciales, mediante un pacto federal, para no herir sus autonomías.

Se deberá tener especial cuidado en su composición. A modo de ejemplo, se cita la integración de la Comisión Médica de Reclamos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley chilena N° 16.744 (art. 78) que se compone de dos médicos en representación del Servicio Nacional de Salud, un médico en representación de las organizaciones más representativas de los trabajadores, un médico en representación de las organizaciones más representativa de las entidades de empleadores y un abogado, que es designado por el Presidente de la República (art. 83 Dec. 101/68).

Se deberá garantizar la imparcialidad y transparencia de estos organismos, garantizando la independencia funcional de sus integrantes, para lo cual es necesario, que por una parte, se garantice la estabilidad en sus cargos, y el acceso al mismo por concursos públicos de antecedentes y oposición. Además, no deberán tener dependencia económica directa o indirecta de los entes gestores del sistema (ART).

En forma necesaria, uno de sus integrantes, debe ser un profesional del derecho, porque en las controversias que se suscitan en ese ámbito, el componente jurídico, aparece con demasiada frecuencia.

Hemos leído (Maza, Miguel Ángel y otros "Comentarios sobre el Régimen de Riesgos del Trabajo" Ed. Errepar) una propuesta de tres integrantes abogados en la Comisión Médica, lo que nos parece excesivo. Se debe tratar de adoptar mecanismos, sencillos, ágiles, y expeditivos.

El integrante abogado, debe necesariamente ser parte (integrante) del órgano administrativo, con capacidad profesional y legal plena para decidir el punto jurídico controvertido, lo que no ocurre en la actualidad, a pesar de la incorporación del apartado 5 al art. 21 LRT (D.N.U. N° 1278/2000) en cuanto contempla la necesidad de un dictamen jurídico previo, para decidir la divergencia planteada en torno a la determinación de la naturaleza laboral del accidente, insuficiencia que se hace evidente, en cuanto a que el profesional del derecho, no integra la Comisión Médica, y su intervención está limitada a un “dictamen jurídico previo” y sólo para el caso de accidentes.

Las garantías de defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional) hacen necesario que el trabajador damnificado, tenga asistencia letrada en todo momento del procedimiento, y derecho a producir toda la prueba que consideren hace a su derecho, sin limitación o condicionamiento alguno, con el más amplio derecho a recursos (reconsideración y jerárquico) hasta agotar una etapa administrativa, que deberá funcionar como optativa para el damnificado, pero que una vez iniciada y concluida, deberá contemplar un plazo de caducidad, no muy extenso (v.gr. 90 días) para acceder a la revisión judicial, ello a los efectos de dar certeza y garantías al proceso administrativo.

En este sentido, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA) N° 19.549 y su decreto reglamentario (RLNPA) puede aportar la experiencia de décadas, para el diseño de un procedimiento de esta naturaleza, ágil, sencillo, donde las partes intervinientes (trabajador y ART) se sientan seguros y convencidos de que, lo que allí se resuelve o decide, tiene sustento o contenido técnico-jurídico suficiente, y que por ello mismo, se presente a las partes, como el medio natural para dirimir sus controversias. Que además, por su simpleza y justicia se lo perciba como auto-aplicable, y que como consecuencia, genere una natural aceptación en los operadores.

Para concluir, creo que se debe tener presente una vez más, que la compleja problemática que encierran los riesgos del trabajo, hace que se deba enfrentar su solución, con el aporte multidisciplinario, (médicos, abogados, ingenieros, psicólogos, actuarios, economistas, etc.).

Desde otro costado, también se deberá tener presente que subyace en el tema que no ocupa, una puja de intereses de contenido económico, en la que están involucrados, empresarios, trabajadores, estado, y en definitiva la sociedad toda, porque la suma de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, por una parte, termina por impactar en el estado sanitario de parte importante de su población (los trabajadores dependientes amparado por el sistema) y por otra lado, porque esta sociedad, termina soportando el costo del sistema, por una segura traslación indirecta que hace el empresario del costo del aseguramiento a los precios.

Pero lo que no se debe perder de vista en esta mirada global, es que cualquier sistema de riesgos del trabajo, debe brindar básicamente dos respuestas.

Primero: trabajar activamente en la **prevención** de los riesgos del trabajo, porque en la medida en que se extremen estas acciones las contingencias accidentes de trabajo o enfermedad profesional, tenderán a desaparecer o a reducirse en su número.

Segundo, cuando estos riesgos se verifican (sinietros), por las causas que fueren, el sistema debe poner todo el acento en la **reparación** de las consecuencias del mismo, y a partir de este momento, el trabajador damnificado, tiene que ser el eje del sistema, para lo cual se le debe brindar un procedimiento que le permita obtener las mayores y mejores prestaciones que un sistema le puede brindar, en el menor tiempo posible, y con las garantías del debido proceso.



Daniela Favier¹

LOS DAÑOS PUNITIVOS Y LAS PRESTACIONES DE SALUD



¹ Abogada. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza (UM); Secretaria Relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza- Sala II(laboral). Profesora de grado y posgrado de diversas Universidades Nacionales. Expositora en numerosos congresos y jornadas nacionales e internacional; ha dictado cursos y talleres de capacitación, ha publicado numerosos artículos, es autora y co-autora de libros de la especialidad, y recientemente ha sido admitida por un comité científico para cursar en la Universidad de Castilla La Mancha (Toledo-España) la Especialización de expertos en derecho del trabajo y de la seguridad social. Septiembre de 2016.

I. LOS DAÑOS PUNITIVOS O SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA.

Los daños punitivos -como se los conoce comúnmente-, no son otra cosa que una sanción disuasiva gravosa aplicada a determinadas conductas dirigida por la desidia y la especulación, causadora de daños injustificados.

Es un instituto del derecho anglosajón muy controversial, que se ha trasladado al continente generando, tanto simpatía por su aplicación como detractores decididos a oponerse a su aplicación.

Lo cierto es, que todos coinciden en que este instituto se refiere a un importe de dinero, un plus que se suma al daño efectivamente sufrido por la víctima; es decir, el daño punitivo no compensa ni el daño patrimonial ni el moral; se suma a ellos para punir o sancionar.

Podríamos afirmar que es una sanción que busca por un lado reeducar conductas, haciendo que el incumplidor no repita la conducta, disuadirlo o desalentarlo en la reiteración de conductas intolerables para el ordenamiento jurídico y por el otro un espejo, de manera tal que los demás no se procedan de la misma manera; es decir, desalienta la imitación de esa conducta especulativa y desidiosa que causa daño.

Sus características más salientes son: suma de dinero desproporcionada con el daño efectivamente ocasionado, autónoma, independiente de otras sanciones que pueden concurrir por el mismo hecho y no asegurable.

La idea o finalidad es justamente reeducar conductas por medio del bolsillo, se cumple por temor a la sanción y luego -como expresión de máxima o de deseo- se cumple porque corresponde hacerlo.

La idea de que no sea asegurable, como una de sus características salientes, es para evitar la especulación y dar margen para dañar pagando un seguro que la cubra.

Lo que se busca no es en realidad otorgar una suma de dinero más a la víctima, sino lograr que esa conducta no vuelva a repetirse por parte del dañador y menos aún ser imitada por otros.

Por ello, es más adecuado hablar de “sanción pecuniaria disuasiva” en vez de daños punitivos, toda vez que aquella denominación encierra adecuadamente la visión que persigue este tipo de punición.

II. ¿DÓNDE SE UBICA ESTE TIPO DE SANCIÓN?

En la función tripartita de la responsabilidad nos encontramos con la función de prevención, la de reparación y la punitiva o sancionatoria.

En esa última función, encontramos al daño punitivo o sanción pecuniaria disuasiva.

Se podría ejemplificar las funciones como estamentos que conforman un triángulo, en la base (ancha) y principal debe estar la prevención luego más (angosto) la reparación, es decir, cuando la prevención no funcionó o no lo hizo de manera suficiente y luego en menor medida (cúspide) la sanción o punición.

El temor a la sanción y la falta de previsibilidad de su importe, lleva a considerar un análisis económico virtuoso ya que lo que sí es previsible y calculable será la prevención, aún cuando la reparación también se pueda saber su cálculo por la tarificación de las indemnizaciones.

Pero, también puede colaborar para poner énfasis en la prevención y en la seguridad para evitar los daños frutos de la desidia y la especulación.





III. LA LLEGADA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS AL DERECHO ARGENTINO.

Más allá de los intentos fallidos de incorporación de estos daños, finalmente se encuentran previstos en la Ley de Defensa del consumidor.

En efecto, la Ley 26361 introdujo una importante modificación en la ley 24.240 Ley de Defensa del Consumidor, al regularlos expresamente en el art. 52 bis¹, denominándolos también multa civil, consagrando un texto que ha sido objetado por sus defectos técnicos, pero superados en parte mediante la interpretación de la doctrina.

El texto dice:

“Art. 52 bis. Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b de esta ley”.

Ahora bien, sujeto a múltiples críticas como ya anticipé, destaco que la discrecionalidad que plasma tiene límites – tiene tope porque la norma fija para esta sanción que su importe “no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b” de la misma ley².

Esa discrecionalidad limitada desnaturaliza la multa civil o “daño punitivo”, justamente el tope va en contra de la característica tipificante del instituto que es la imprevisibilidad-para evitar especulación³ y la asegurabilidad.

¹ Artículo, que intentó ser modificado pero fue eliminado al silenciarse la figura de los daños punitivos proyectada en el código civil y comercial (año 2011).

² Son cinco millones el importe máximo que se puede condenar.

³ López Herrera, Edgardo, Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198. En análogo sentido: Stiglitz, Rubén S.

IV. LA SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA Y LAS PRESTACIONES DE SALUD POR SINIESTRALIDAD LABORAL

No está previsto tanto en el orden de la Ley de Riesgo del Trabajo como en las disposiciones aplicables a la acción civil, la posibilidad de una sanción civil disuasiva de la conducta deliberada y desaprensiva que provocó o agravó la situación de salud del trabajador.

Pero se hace necesario preguntarse si podría ser extensiva la condena a la Aseguradora de Riesgo del Trabajo contratada; quien es la encargada –conforme a las disposiciones que la regulan en el sistema de prevención de riesgo del trabajo- de actuar activamente en materia de prevención y que sucedido el infortunio se presenta como la prestadora de salud del trabajador siniestrado, con la particularidad que en el caso de fallecimiento se encuentra obligada no a dar salud evidentemente- sino a otorgar prestaciones dinerarias a sus derechohabientes.

Cabe recordar que las ART son aseguradoras en el marco de la Ley de Riesgo del Trabajo, son verdaderas compañías de seguros dedicadas a un ámbito específico, el de los daños ocasionados en el mundo del trabajo.

Tienen características específicas o peculiares, ya que son parte o sujetos activos de la prevención y luego de la reparación sea otorgando prestaciones de salud y/o dinerarias a la víctima o sus derechohabientes.

Esta multifusión, implica que se vean afectadas por otras normas legales de importancia como la LDC y la Ley del paciente.

Respecto a esta última, la norma legal dice que frente al paciente o enfermo están como sujetos obligados: “...el o los profesionales de salud o el o los agentes de la salud y cualquier efector que se trate...”(art. 2 de la Ley 26529).



En consecuencia sus disposiciones son aplicables en la relación paciente-trabajador/ prestador de salud –ART.

Como dije, también se encuentra afectado por la ley de Defensa del Consumidor la que también resulta aplicable, desde otro vínculo el de trabajador-consumidor y prestador de seguro de salud-ART.

La reforma de la Ley 26.361, modificó entre otros artículos, el art. 1 de la Ley de Consumo, incorporando expresamente a los llamados consumidores indirectos, y en relación al “consumidor” de servicios de seguro, se ha dicho: “ Es consumidor la víctima de un accidente de tránsito, por lo que la ley de defensa del consumidor adquiere aplicabilidad preeminente frente a los restantes órdenes normativos, en virtud de lo normado por el artículo.

En consecuencia, la extensión del concepto de consumidor ha borrado la distinción entre relaciones contractuales y extracontractuales lo que se condice con el nuevo Código Civil y Comercial Unificado en principio, por lo cual, la víctima de un accidente de tránsito no puede ser considerado como un tercero, atento su calidad de beneficiario del seguro de responsabilidad civil (art. 68, de la ley 24.449)⁴debiendo ser tenido- por imperio legal- como consumidor de seguros, dado que sin ser parte del contrato, se encuentra expuesto a una relación de consumo.”⁵

Se produce una colisión virtuosa de normas, una superposición que daría en ciertos casos una más amplia tutela de los derechos del asegurado consumidor.

Como refiere Piedecabras, cuando señala que no hay contradicción entre las normas de la Ley de la Ley de Defensa al Consumidor y la regulación de los distintos contratos en particular.

Y agrega que esa normativa nació por la necesidad de dar mayor protección a los usuarios, consumidores, ciudadanos.⁶

Volviendo al tema de la salud del trabajador, nos encontramos que también es un paciente beneficiario del sistema de salud que la LRT pone en cabeza

de las ART por el hecho de que sus dolencias son como consecuencia de un accidente de trabajo (por el hecho o en ocasión), enfermedad profesional o una enfermedad del trabajo.⁷

Las dolencias e incapacidades que sean la consecuencia del trabajo o del modo en que la tarea es realizada o exigida al trabajador, o por el hecho o en ocasión del mismo de alguna manera sellan el destino de tal situación de salud.

El trabajador queda sometido a lo que la ART proponga como tratamiento o solución de su situación de enfermedad, siendo muy dificultoso poder acceder fuera del sistema a una interconsulta o tratamiento alternativo al encontrarse- lógicamente- con la resistencia de la obra social de solventar gastos que el sistema pone en cabeza de la ART, más allá de las posibilidades de accionar por repetición.

El trabajador-en general- no está en condiciones económicas de afrontar los gastos en forma privada o particular, por lo tanto el tiempo que pierde en tratar de que ambos prestadores de salud atiendan en debida forma sus necesidades, el tiempo le juega en contra para lograr el restablecimiento de su salud.

Todo lo cual repercutirá de manera negativa en su propio proyecto de vida y el de su grupo familiar si lo tiene y en sus posibilidades de reinserción laboral si además pierde el trabajo en el transcurso de su proceso de minusvalía, cuestión ésta que suele darse con frecuencia.

Y de darse esa última circunstancia, el obrero se verá sin salario y luego en un tiempo más sin cobertura médica de ningún tipo.

Es decir, la naturaleza laboral de la enfermedad o del accidente juegan en forma nefasta para el obrero; porque si bien en principio vemos que el trabajador cuenta con obra social por un lado y ART por el otro y que ambos deben velar por la salud del trabajador, lo cierto es que termina siendo una verdadera trampa como nos ilustran innumerables casos jurisprudenciales.

Y ni hablar, cuando la ART da un alta médica intempestiva (porque no se encuentra en condiciones reales de ser dado de alta), tal actitud inclusive puede ser calificada como de mala praxis.

4 Ver CSJN “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, 06/03/2007 publicado en LL 12/03/2007.

5 Cordeiro Pinto (h), Horacio J., El tercero expuesto a la relación de consumo, 27/6/2011, Editorial Fundamento, Puntal. (<http://www.puntal.com.ar/noticia>); entre otros

6 Piedecabras, Miguel A., El Consumidor de Seguros”, publicado en “Defensa del Consumidor”, bajo la Dirección de Ricardo Luis Lorenzetti y Gustavo Juan Schotz, página. 349.

7 Favier, Daniela, Mala Praxis de la ART (el outlet de la salud?), Revista de derecho Laboral Rubinzal-Culzoni Editores, RDL Actualidad. 2013.

El alta dada en esas condiciones, implica en los hechos un impeditivo para que sea atendido por la ART, quien resistirá en tomar nuevamente el caso, mientras tanto el tiempo jugará negativamente consolidando incapacidad, eliminando toda chance de mejoramiento o recuperación y alejando toda posibilidad de reinserción laboral, progresos, etc.

De lo expuesto podemos relacionar al trabajador como paciente pero también como consumidor o usuario.

Es clave recordar que el sistema de salud cuenta con prestadores que se ponen al servicio de satisfacer esta necesidad, y allí nos encontramos tanto con las obras sociales, las prepagas como así también las propias ART que cuentan con efectores propios o contratados para dar respuesta cada una en su ámbito frente a la situación de enfermedad o incapacidad.

forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. ...”

2. “...Se considera asimismo *consumidor o usuario* a quien, *sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final*, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo...”.⁹

Ahora bien, **ese mismo sentido se respeta, pero con una redacción más concreta en el texto que propone el nuevo Código Civil y Comercial unificado para esa norma.**

En efecto, el artículo 1 de la LDC es modificado por la Ley 26994, cuyo texto comenzó a regir a partir de agosto del 2015.



Pero la situación del trabajador siniestrado presenta un matiz particular y es que es un verdadero paciente cautivo de la ART y por lo tanto se encuentra atado a las prestaciones en especie que la aseguradora disponga para él o más bien imponga, e inclusive el alta médica o los escasos porcentajes de incapacidad que asigna en muchos casos por debajo de la realidad que el paciente presenta y que terminan repercutiendo económicamente ya que de esas consideraciones dependen los importes de las prestaciones dinerarias que le puedan corresponder.

En este aspecto la ART está incumpliendo con una función social trascendental junto con la de evitar, prevenir, mitigar las situaciones de riesgo para el trabajador.

Como paciente es eje del sistema sanitario y por lo tanto consumidor de productos y servicios de salud.

Lo dicho se reafirma aún más, si observamos la propia Ley 24240 y sus modif., sobre lo que entiende o define como usuario o consumidor.⁸

En el Art. 1 en la redacción de la Ley 26.361 podemos observar dos partes:

1. “consumidor o usuario... toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en

El artículo vigente dice:

“La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor o usuario toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de la relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Es decir, se mantienen las dos partes que hemos señalado y en consecuencia la interpretación que se propone no se ve afectada, la nueva redacción no cambia lo sustancial.

Leyendo estos términos podemos ver perfectamente que el empleador contrata el seguro de la ART como un destinatario final ya que lo hace para cubrir la siniestralidad de sus trabajadores, no sirven para producir lo que hace a la propia actividad comercial, aunque sea útil para los fines de la empresa (primera parte del art. 1 LDC).

⁸ en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 el consumidor y la relación de consumo se regula en sus arts. 1092 y 1093.

⁹ Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008.

Y por otro lado el trabajador que si bien no es parte de la relación de consumo, se encuentra afectado por ella ya que es su empleador el que contrató el seguro que luego utilizará el trabajador como destinatario final frente a un accidente o enfermedad laboral (art. 2 LDC segunda parte).

Nótese que la calidad de consumidor o usuario es muy amplia ya que la ley dice: *“a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”*

El hecho de que el nuevo texto quite la frase *“... a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”*¹⁰, no cambia la interpretación analizada.

De lo que se sigue un interrogante muy importante, que siendo el trabajador un paciente y consumidor o usuario del sistema del derecho de consumo, ¿podría solicitar la condena a daños punitivos¹¹ sin necesidad de esperar una norma legal que los establezca expresamente a favor de los trabajadores?

La respuesta es afirmativa.

En consecuencia, ante una conducta intolerable por parte de la ART, un desinterés, desprecio por la salud del obrero; una actitud desaprensiva que afecta la salud o poniéndola en grave riesgo en algunos casos y en otros directamente ocasionando mayores daños que los sufridos por el trabajo; ameritan una condena disuasiva para evitar futuros comportamientos en este sentido.

Por lo tanto, la situación del trabajador enfermo o accidentado es atravesada transversalmente por distintas normas protectorias que no pueden ser dejadas de lado por la ART aún cuando pretenda desobligarse o limitar sus responsabilidades en los “términos del seguro en el marco de la LRT”.

¹⁰ El bystander o consumidor expuesto del derecho del consumidor, quedó fuera del ámbito del consumo como se puede ver de la quita de la frase que lo contenía, lo que de alguna manera representa un retroceso de los derechos protectorios del consumo alcanzados hasta la llegada del nuevo texto introducido por el Código Civil y Comercial Unificado.

¹¹ Art. 52 de LDC.

Y que visto de esta forma no requieren de declaraciones de inconstitucionalidad o recurrir a la analogía ya que como vemos la situación del trabajador se encuentra perfectamente incluida en el art. 1 de la Ley de defensa del Consumidor tanto en la versión dada por la Ley 26.361 como la dada por el nuevo Código Civil y Comercial.

El trabajador en su calidad de paciente y consumidor está en una situación de hiposuficiencia en cuanto ignora cómo se llevan a cabo la organización del servicio, y desconoce por lo común costos, tipos y variables.

Por su parte la ART hace de la prestación su profesión, sabe cómo actuar, qué se debe ofrecer, cómo hacer con conocimiento de los costos y la posible ganancia¹², que es tenida en cuenta a la hora de ofrecer las prestaciones de salud a las empresas contratantes con el pago de alícuotas convenientes siendo la variable de ajuste el paciente cautivo.

Este paciente cautivo tiene pocas posibilidades – en los hechos – de elegir prestador o médico tratante toda vez que es la ART la que lo impone ya sea con los efectores propios o contratando prestadores de salud, e indicando en forma directa o a través de sus prestadores la terapéutica a seguir, el alta y el grado de incapacidad.

Por estas particulares circunstancias se hace necesario que se cumplan – con mayor rigor – con las condiciones de calidad, efectividad y jerarquía que ofrece una aseguradora en el ámbito del derecho del trabajo.

De hecho la atención médica requiere de parte del profesional o de la empresa de servicios médicos, asumir la responsabilidad de sus actos frente al paciente, que como usuario y trabajador requeriría una mayor protección, sobre todo si partimos de la realidad de que el obrero enfermo (por el hecho o en ocasión del trabajo) es un paciente cautivo de la ART.

En consecuencia resulta justificado hacer uso del art. 52bis de la LDC (sanción punitiva) ya que es el propio texto el que lo autoriza expresamente y los bienes jurídicos en juego lo justifica.

¹² Funcionan bajo la forma de S.A. y por lo tanto no se dedican a la beneficencia.



Itati Demarchi¹

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD

Y EL RETIRO TRANSITORIO POR INVALIDEZ:

¿Colisión entre el Derecho Laboral
y el Sistema de Seguridad Social?



¹ Abogada laboralista. Especialista en Derecho del Trabajo. AADTSSCba Sureste.

I. INTRODUCCION

I. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL TEMA.

El título de éste ensayo intenta poner de manifiesto que las reglas planteadas por cada legislación y referidas a la incapacidad del trabajador son, a mi criterio, por lo menos disímiles en su consideración pero yuxtapuestas en sus consecuencias, lo que trae consigo el mar de fondo que a lo largo de este trabajo intentaré desarrollar.

La legislación previsional, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones 24.241 en sus Arts. 48,49 y sgtes. recepta el beneficio previsional de “*retiro transitorio por invalidez*”, prestación que condiciona su otorgamiento, entre otros requisitos, a la demostración de una incapacidad psicofísica total, la que se presume cuando dicha invalidez produce una disminución en la capacidad laborativa del sesenta y seis (66%) o más.

Una vez que el solicitante de beneficio previsional por invalidez obtiene la incapacidad requerida, la Administración Nacional de la Seguridad Social solicita al beneficiario la presentación de documentación relativa al “*cese de servicios*” lo que en el caso de los trabajadores dependientes se traduce en la renuncia a los servicios prestados hasta el momento.

Cumplido dicho requisito se otorga el beneficio de retiro por invalidez de carácter transitorio y por el plazo de tres años.¹ Una vez vencidos, la administración pública citará al afiliado y resolverá si transforma el beneficio en definitivo, o, en caso de considerar que existe rehabilitación en el afiliado, dará de baja la prestación oportunamente acordada, pese al cese de servicios solicitado oportunamente que desvinculó al trabajador de los servicios prestados en relación de dependencia.

El trabajo que iniciaré estará atravesado de principio a fin, por la *comparación inevitable* entre dos sistemas que se autodefinen como tuitivos y que irónicamente, al enfrentarse en una hipótesis común no hacen más que poner en duda el rol protectorio que motiva su existencia.

Detectada la contradicción entre ambos ordenamientos, este trabajo se enfocará en la búsqueda de diversas soluciones que permitan encontrar una respuesta al trabajador totalmente incapacitado.

Así las cosas, para llegar a una conclusión que satisfaga las expectativas, analizaré cuál es el tratamiento que le da cada ordenamiento a la invalidez del trabajador dependiente, análisis del que surgirá la colisión entre ambos sistemas.

2. EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS.

Es Rolando E. Gialdino, quien apela al Método Comparativo, para otorgar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos el poder de último ratio en la solución de conflictos jurídicos como el que en este ensayo planteo, y que muchas veces no le es reconocido, pese a haber sido llamado a sacudir las raíces de un sinfín de estructuras jurídicas que se creen afirmadas sobre bases poco menos que improbables.²

Existe prolífera legislación internacional, referida puntualmente a los ordenamientos en conflicto en el tema que nos ocupa. En efecto, es la Observación número 19, la que desarrolla lo que se ha dado en llamar “Derecho Internacional de la Seguridad Social” y tiene por objeto, dar pautas que aseguren las bases mínimas de protección a cargo de la seguridad social “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto...”³

Por su parte, se instaura como principio básico en materia previsional el deber de **Conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición**,⁴. En relación a esto último, si bien la Observación General n° 19, no ha pretendido *expressis verbis*, enunciar los caracteres de la Seguridad Social, es Gialdino quien, a partir de su lectura infiere que el instrumento compromete a los Estados a la Progresividad de los derechos en los siguientes términos “... asegurar que el sistema resulte sostenible... lo cual importa una verificación periódica...”. Agrega el autor que, aun cuando la responsabilidad de hacer efectivo el derecho a la seguridad social se hubiese delegado en organismos regionales (vgr; Comisiones Médicas), “...el estado seguirá siendo responsable y deberá tratar que esos organismos tengan a su disposición suficientes recursos para **mantener, ampliar y controlar** los servicios de seguridad social, así como vigilar el funcionamiento efectivo del sistema...”⁵ (el resaltado me pertenece), máxima que resultará de gran importancia en el tema que nos ocupa, tal como se verá.

2 GIALDINO, Rolando. “El Derecho Social y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en “Doctrina laboral”, Tº XIV, año 2000, pág. 857/858

3 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 39º período de sesiones Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007. Art. 9

4 Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (núm. 157) (Entrada en vigor: 11 septiembre 1986) Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (21 junio 1982) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos) - Recomendación n° 167 - Resolución de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo Adopción: Ginebra, 69ª reunión CIT (20 de junio de 1983)

5 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 39º período de sesiones Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007. OBSERVACION N° 19 Párr. 67 y 73

1 El plazo puede prorrogarse dos años más si la comisión considera que en ese lapso se puede rehabilitar el afiliado.



Por su parte la “**Noma Mínima de Seguridad Social**” – **Convenio n° 102**⁶ adoptada por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1952 detalla las contingencias cubiertas, prestaciones y personas protegidas por la Seguridad Social. El Convenio referido no ha sido ratificado por nuestro país, sin embargo reviste gran importancia como texto de referencia en el conflicto que nos ocupa.

Finalmente, son los llamados **Convenios Internacionales de Reciprocidad**, los que, fruto de las negociaciones internacionales, fijan su ámbito de aplicación a los países signatarios e imponen la tendencia a la internacionalización de los derechos de la seguridad social y la conservación de los derechos adquiridos o en vías de adquisición.

En esa línea, siguiendo a Rolando E. Gialdino, el Derecho Internacional deja al margen la discusión acerca del carácter prioritario de los Principios en cada materia, relegándolos a la posición de herramientas o instrumentos al servicio del principio que considera **causa de los derechos humanos: el Derecho a la Dignidad Humana**, el que instaure como fundamento del rechazo de la divisiones y fraccionamientos de los derechos que de ella se desprenden, so riesgo de dividir, fraccionar, peor aún desgarrar a su titular.⁷

De lo dicho se desprende que quien sea que se arroge la titularidad de los principios en conflicto, éstos sólo confirmarán su carácter de Mandatos Jurídicos, si acreditan el respeto, protección y realización del Principio al servicio del que justifica su existencia: **la Dignidad Humana**“... núcleo solar del cual emanan rayos que devienen esenciales...”⁸

II. DESARROLLO DEL TEMA

Quizás, lo primero que debe meritarse es el tratamiento que cada uno de los ordenamientos ha dado al instituto referido al *trabajador totalmente incapacitado* (en términos del derecho laboral)⁹, o *prestación por invalidez*¹⁰ (conforme denominación del vigente régimen previsional, a partir de la sanción de la ley 26.245 referida al Sistema Integrado Previsional Argentino - SIPA). Esta peculiar terminología previsional es, a mi juicio, el primer disparador de la problemática. Es que el Derecho Previsional históricamente ha planteado el problema de su dispersión normativa, generando una variedad de complicaciones en el manejo de la misma y grandes dificultades provocadas por la cambiante legislación, lo que dificulta la detección de los elementos constituyentes del beneficio previsional. La gran variedad de temas e institutos propios que la integran complica el conocimiento de una legislación abrumadora. Si a ello se suma que la terminología utilizada por la Seguridad Social es por lo menos extraña a la modalidad utilizada por el sistema jurídico todo, habré explicado alguno de los motivos de las desinteligenacias que intentaré abordar a lo largo de este trabajo.

A los fines metodológicos y organizativos, considero importante tratar el instituto que nos ocupa a partir de sus conceptos generales para luego adentrarme en un análisis concreto de su aplicación práctica, la que nos llevará a su conexión y problemática con el derecho laboral.

Considero importante trazar una especie de paralelismo en el tratamiento del instituto en análisis, comenzando por los principios rectores recitados por la doctrina y jurisprudencia a propósito de la

6 Principio del formulario C102 - Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social (Entrada en vigor: 27 abril 1955)Adopción: Ginebra. 35ª reunión. CIT (28 junio 1952) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos)Final del formulario

7 GIALDINO, Rolando “Dignidad y Derechos Humanos” cit. n° 24 págs. 564/566

8 GIALDINO, Rolando “Dignidad, justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos. Al derecho del trabajo y al de la seguridad social” Revista VISTA DE CAUSA

9 Art. 212 4to Párrafo: . Cuando de la enfermedad o accidente se derivara una incapacidad absoluta para el trabajador...” Ley de Contratos de Trabajo. Pág. 151

10 Art. 48 a) “Tendrán derecho al retiro por invalidez, los afiliados que: Se incapaciten física o intelectualmente en forma total por cualquier causa. Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66 %) o más.” Ley 24.241 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

esencia tuitiva de los dos ordenamientos jurídicos específicamente en torno al tema que nos ocupa: el trabajador dependiente incapacitado.

I. LA PRIMERA PROBLEMÁTICA: EL TIPO DE INCAPACIDAD REQUERIDO POR CADA ORDENAMIENTO.

Entrando de lleno en el conflicto que me trajo hasta aquí, comenzaré por analizar el tratamiento que cada uno de los ordenamientos en conflicto otorga a la invalidez o incapacidad del trabajador, que es, sin duda “la puerta de ingreso al atolladero”, lo que se explica a partir de que la incapacidad resulta, el requisito *sine qua non* para la activación del instituto en ambos ordenamientos en análisis.

La legislación previsional, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones 24.241 (con su última modificación por ley 26.245 - SIPA) en sus Arts. 48,49 y sgtes. recepta el beneficio previsional de “*Retiro transitorio por Invalidez*”.

Esta prestación condiciona su otorgamiento a tres requisitos que se resumen; en la demostración de una incapacidad psicofísica total, la que se presume cuando dicha invalidez produce una disminución en la capacidad laborativa del sesenta y seis (66%) o más. Además, el beneficio requiere para su otorgamiento que el solicitante no haya alcanzado la edad establecida para acceder a la jubilación ordinaria ni se encuentre percibiendo una jubilación en forma anticipada. Finalmente, la legislación requiere la acreditación ante la Administración Nacional de la Seguridad Social de los aportes necesarios para la adquisición del beneficio.

Una vez acreditada la condición de *aportante regular*, la ANSES deriva al solicitante a junta médica, representada por las Comisiones Médicas Nacionales, las que proceden a la revisión de antecedentes psicofísicos a fin de determinar el porcentaje de incapacidad.

La incapacidad exigida por el ordenamiento previsional es analizada, al momento de la revisión, en base a las patologías impeditivas para ejercer cualquier actividad productiva en el mercado laboral, toda vez que el beneficio pretendido se otorgará en consideración a la imposibilidad del solicitante para reinsertarse en el mercado laboral, independientemente de su dedicación profesional hasta el momento de la solicitud.

Es dable aclarar que por ahora el análisis es puramente objetivo e intenta ilustrar estrictamente las condiciones exigidas por la Seguridad Social para el otorgamiento del beneficio, independientemente de la opinión que me merecen los parámetros estatales de determinación de incapacidad, punto al que volveré luego.

El solicitante al que se le ha concedido el beneficio por superar el porcentaje de incapacidad exigido por

ley, comienza la percepción de un beneficio otorgado con carácter transitorio, por el período de tres años.¹¹

Por su parte, la legislación laboral recepta el tratamiento del trabajador incapacitado en su Art. 212 cuando “*del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral...*”

Como punto de partida, vale aclarar que pese a que la disposición ha sido titulada por el legislador como “*Reincorporación*”, el instituto que desarrolla justamente recepta la situación de incapacidad absoluta, y como tal impeditiva para la reincorporación del trabajador, lo que deriva necesariamente en la finalización del contrato de trabajo, hipótesis tratada por la legislación en el cuarto párrafo de la disposición que dedica al trabajador incapacitado.



La hipótesis referida, y motivo de este ensayo, al dedicarse a la disminución de la capacidad laboral exige se configure “*... imposibilidad de cumplir las tareas habituales...*” impedimento que será evaluado en cada caso, respecto a las tareas habitualmente desempeñadas.

Este parámetro evaluativo de disminución de capacidad como presupuesto de extinción contractual es la primera problemática de enfrentamiento con el ordenamiento previsional que, en una opinión personal, está relacionada con la carencia definitoria de éste tan discutido y llamado en la jerga “*cuarto párrafo del dos doce*”.

Abona esa conclusión el hecho de que la ley de contrato de trabajo no define el concepto de incapacidad absoluta del trabajador.

¹¹ El plazo puede prorrogarse dos años más si la comisión considera que en ese lapso se puede rehabilitar el afiliado.

Sin embargo, reparando en ésta deficiencia, la doctrina y la jurisprudencia la ha caracterizado como “aquella que imposibilita al trabajador en la prestación de tareas dentro de la empresa, y que por su importancia, permanencia y gravedad, le impiden reinsertarse en el mercado laboral”¹².

Si bien la ley no aclara si la incapacidad debe ser vista en relación a las tareas específicas realizadas por el trabajador en la empresa hasta el momento de incapacitarse, concretamente, las que ubican al dependiente en una determinada categoría colectiva, personalmente entiendo que ello implicaría “parcializar” la capacidad laboral de una manera quizás excesiva.

En efecto, la disposición en sus primeros tres artículos no sólo habilita sino que obliga al empleador, ante una disminución definitiva del trabajador que ya no le permita realizar las tareas ejecutadas hasta el momento, a asignarle otras que pueda ejecutar, sin disminución de su remuneración.

2. EL DICTAMEN PREVISIONAL DE RETIRO POR INVALIDEZ Y SU CUESTIONADO VALOR EN RELACIÓN A LA INDEMNIZACIÓN LABORAL DEL ART 212 4TO PÁRRAFO.

De lo relatado se desprende entonces el primer cuestionamiento referido a si el valor de la resolución previsional es vinculante en relación al derecho indemnizatorio o si, por el contrario su importancia es sólo probatoria. De la conclusión que surja derivará la consecuencia de que el empleador se encuentre obligado a abonar la indemnización prescripta por el art. 212, una vez producida la resolución previsional, o si ésta sólo es una prueba más, la que debe sumarse a otras, que den razón de la incapacidad y su consecuente derecho indemnizatorio.



En esa misma línea entonces, el empleador puede reubicar al trabajador en cualquier tarea dentro de la empresa, siempre y cuando, exista posibilidad psicofísica del trabajador para reincorporarse.

De lo dicho se desprende como conclusión que la *habitualidad*, como presupuesto para determinar la disminución de la capacidad laboral, no debiera ser analizada rigurosamente respecto a las tareas específicas desempeñadas en la empresa, sino en relación a la imposibilidad de reintegrarse al establecimiento, por encontrarse incapacitado para la realización de cualquier tarea desempeñada en él.

Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho que la extinción del vínculo fundada en la incapacidad absoluta se activa cuando el trabajador no puede continuar trabajando ni siquiera en tareas livianas.¹³

De este planteo deviene el primer conflicto surgido de la deficiencia en la conceptualización que ya apuntáramos respecto del art 212 en su cuarto párrafo, problemática que se “hace carne” cuando, independientemente de la incapacidad otorgada en la resolución previsional, el trabajador insista en su incapacidad absoluta en una posible contienda judicial surgida a partir del reclamo indemnizatorio, y acredite en la instancia procesal oportuna que la incapacidad padecida es total absoluta y definitiva o permanente en relación a las tareas específicas realizada en el establecimiento.

Considero que esta posibilidad deviene de las dudas en torno a lo que ha querido significar el legislador con el requerimiento de “*incapacidad absoluta*”, la que deberá evaluarse en cada caso concreto con una serie de salvedades a tener en cuenta, y que detallaré.

¹² MORENO, Jorge Raúl “La extinción del contrato de trabajo por incapacidad absoluta del trabajador” LT, tomo XXX, p. 1057. CSJ Tucumán “Rufino, Teresa S. V. Sanatorio Modelo S.A. de la sala Laboral y Cont. Administrativa del 28/7/99”. la incapacidad absoluta no es un mero estado de enfermedad (latente o declarado) sino una verdadera imposibilidad de ejecución de la prestación laboral que ella genera.”

¹³ CNTrab, sala VI, 05/08/92. “Calvo, Heriberto c/ ENTEL” DT 1992-B, p. 1663.

para probar la incapacidad absoluta requerida para acceder a la indemnización. De confirmarse esto, independientemente de lo resuelto en el plano previsional, podrá acreditarse que la incapacidad absoluta requerida por el instituto existe en relación concreta con las tareas habituales ejercidas en el establecimiento empleador.

Abonan esta idea varios puntos. En primer término, que la legislación laboral no relacione la incapacidad absoluta a porcentaje o parámetro alguno, desemboca en la lógica conclusión apuntada por Juan Manuel Arias cuando señala que ése sesenta y seis por ciento se encuentra receptado en la legislación previsional, pero no tiene porque significar un parámetro fijo, el que tenga que ser replicado por el derecho laboral.¹⁴ En efecto, si confirmamos que la incapacidad padecida debe ser analizada en relación a las tareas habituales desempeñadas, entonces no se encuentra traba alguna para que la misma exista, pero manifestada en un porcentaje menor que represente la imposibili-

guno, siendo expresa en cuanto a que deba acreditarse impedimento para la realización de “una actividad profesional”, siendo de sentido común entender que la misma se refiere a la realizada por el absolutamente incapacitado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya tiene dicho que los arts. 49 y 52 de la ley 24.241 establecen el deber de hacer mérito de la edad, el nivel de educación formal y las aptitudes del afiliado para la realización de tareas acordes con su minusvalía, lo cual da cuenta de que no ha sido intención del legislador atenerse exclusivamente al aspecto psicofísico para determinar los elementos que conforman el concepto de incapacidad previsional. Añade el Alto Tribunal que, por otra parte se limitó la valoración de los denominados “factores complementarios” mediante la asignación de porcentajes variables, guarismos a los que “...no cabe atenerse estrictamente cuando de los mencionados elementos-evaluados conjuntamente con la disminución física que afecta al afiliado- se deriva razonablemente la imposibilidad de realizar tareas habituales u otras compatibles con sus aptitudes profesionales”¹⁶

En la misma línea argumentativa la Cámara Federal de la Seguridad Social ha fallado a favor de la concesión de beneficio jubilatorio, aun cuando el porcentaje dictaminado por el Cuerpo Médico Forense ha sido menor al sesenta y seis requerido por la ley, esgrimiendo a favor de sus argumentos, dolencias padecidas que, sin arrojar el porcentaje exigido representaban, en referencia a la actividad profesional desempeñada, una incapacidad absoluta “... Las patologías le impiden hacer trabajos de carga y descarga, trabajos de esfuerzo físico, actividades con marcha o bipedestación prolongada, subir o bajar planos inclinados frecuentemente, permanecer por períodos prolongados en posición de “sentado”... teniendo en cuenta la condición física que ostenta el recurrente y su actividad profesional- chofer de colectivo- la índole de las afecciones padecidas -y el carácter de las mismas, y la escasa instrucción que ostenta (sólo primaria completa) cabe considerarlo totalmente incapacitado a los fines previsionales..”¹⁷

Cabe agregar que la jurisprudencia también ha concluido que no se exige una minusvalía que no permita hacer “nada de nada” sino que impida al trabajador realizar una actividad laboral en las condiciones de intensidad y continuidad que el trabajo requiere.¹⁸

Se torna entonces necesario el papel de la Justicia, como una válvula de ajuste que dé cuenta de la cambiante realidad, adaptando el derecho a ella. En efecto, tal como está organizado el sistema, es de todas las bocas de entrada, la única absolutamente individual, de lo que sigue que pueda captar el descontento antes de que alcance mayor magnitud.

dad de continuar realizando tarea alguna vinculada con el establecimiento empleador, aun cuando numéricamente represente un porcentaje menor.¹⁵

La Real Academia Española, conceptualiza la incapacidad absoluta como *Situación de enfermedad o de padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la seguridad social...*. Del concepto transcrito surge evidente, tal como veremos, que los requerimientos exigidos por la Seguridad Social, de los que depende el acceso a la prestación por invalidez, son por lo menos cuestionables, toda vez que de la conceptualización misma de incapacidad absoluta no se infiere siquiera interpretativamente que el padecimiento deba ser acreditado en relación a porcentaje al-

14 ARIAS, Juan Manuel “La suspensión de ciertos efectos del Contrato de Trabajo- La Prueba de la Incapacidad” en - VASQUEZ VIALARD, Antonio (Dir.) - OJEDA, Raúl H. (Coord.) “Ley de Contrato de Trabajo” Comentada y Concordada. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Año 2005

15 “NAVARRO, Carlos v. Deadoro S.A S/ Accidente Ley 9688” Sentencia Año 1998 Sala III CSJN

16 “Melo, Miguel Angel c/Máxima AFJP s/ jubilación por invalidez ley 24.241 (CMC)”, Sentencia del 24/08/00 la C.S.J.N

17 “BOSIO Antonio Miguel C/ANSES S/Retiro por Invalidez (ART 49 P.4LEY 24241)” Sentencia del 25/10/2013 CFSS S.I

18 CNTrab, sala I, 23/11/1987, “Ramírez, Juan B c/ Arriazu, Moure y Garrasino S.A. y otro” DT 1988-A, p. 939. CNTrab, 19/06/1981, “Noriega, Dora c/ Qurmendi S.A.” DT 1982-A, p. 24

Lo dicho explica que muchas modificaciones legislativas hayan tenido origen en reiterados fallos en un mismo sentido, rol que según Diana Cañal, transforma al Juez en una *válvula de adaptación del derecho a la realidad*.¹⁹

3. LA TRANSITORIEDAD EN EL BENEFICIO PREVISIONAL DE RETIRO POR INVALIDEZ FRENTE LA SOLICITUD DE CESE DE SERVICIOS COMO REQUISITO PREVIO AL OTORGAMIENTO.

Considero que el título enunciado en el acápite encierra la problemática de mayor trascendencia en el conflicto que me trajo hasta aquí.

Una vez que el solicitante de beneficio previsional por invalidez obtiene, a instancias de la Comisión Médica, incapacidad superior al sesenta y seis por ciento, la Administración Nacional de la Seguridad Social solicita al beneficiario la presentación de documentación relativa al “cese de servicios”. En el caso de los trabajadores dependientes esta exigencia se traduce en la renuncia a los servicios prestados hasta el momento.

Cumplido dicho requisito se le otorga el beneficio de retiro por invalidez transitorio, por el plazo de tres años.²⁰ Transcurrido el plazo de otorgamiento, la Comisión Médica citará al afiliado y resolverá si el retiro se transforma en definitivo, o en caso de considerar que existe rehabilitación en el afiliado, dará de baja el beneficio oportunamente acordado. Excepcionalmente se puede prolongar la transitoriedad por el término de dos años más, si la Comisión Médica considera que en dicho plazo es posible la rehabilitación del afiliado.

A esta altura del relato ya se ha patentizado el primer conflicto surgido de lo que adelantara en relación a la falta de coherencia entre dos ordenamientos que se autoproclaman *protectores* o *tuitivos*. Es que si el estado, a instancias de las Comisiones Médicas, considera que “... *el afiliado está rehabilitado...*” (en términos textuales de la ley 24.241) decide, sin más, dar de baja el beneficio concedido tres años atrás.

Son varios los puntos de análisis a partir de éste aporte que, seguramente será novedoso para muchos.

Tal como adelantara, las complicaciones en el manejo del ordenamiento previsional llevan a ignorar cuestiones fundamentales como ésta, de la que deriva la problemática que hoy analizo. Considero que el motivo de las dificultades radica en la inestabilidad legislativa en ésta rama del derecho. A pesar de no ser este tema motivo del trabajo que desarrollo, me atrevo a aportar que a mi criterio debería existir a priori un proceso de

19 CAÑAL, Diana “El juez: Válvula de adaptación del derecho a la realidad”, Revista de Derecho del Trabajo, Año 2003.

20 El plazo puede prorrogarse dos años más si la comisión considera que en ese lapso se puede rehabilitar el afiliado.



consolidación de instituciones fundamentales, posiblemente garantizada con la codificación de la materia, como impedimento a la inestabilidad legislativa, producto del voluntarismo político.

4. CITACIONES DE REVISACIONES PERIÓDICAS EN INCAPACIDADES SUSCEPTIBLES DE REHABILITACIÓN.

El decreto 1290/94, dictado a los fines de reglamentar entre otros, los arts. 48, 49 y 50 de la ley 24.241 prescribe claramente la obligación a cargo de la comisión médica de citar periódicamente al afiliado cuya invalidez sea susceptible de remisión o recuperación. Sin embargo el precepto no establece si quiera interpretativamente cual es la consecuencia que pesa sobre el organismo administrativo en caso de no cumplir con el requisito de periodicidad que prescribe la ley para los controles.

Considero sin embargo que resulta de la lógica más pura la conclusión que deviene del incumplimiento de controles periódicos por parte del organismo, toda vez que si los mismos no se cumplen no se entiende con que parámetros se evalúa la posible remisión o recuperación de la incapacidad que dio lugar al otorgamiento del beneficio.

Sumado al análisis apuntado, si la legislación expresamente establece que los controles periódicos deben ser cumplidos “... al afiliado cuya invalidez sea susceptible de remisión o recuperación que posibilite su reinserción laboral...” entonces esa determinación de si la incapacidad es o no susceptible de remisión debe ser previa al otorgamiento del beneficio o, a lo sumo al momento de concederlo.

Sólo de esa forma el beneficiario podrá contar con la seguridad de que la prestación previsional que goza depende de que su incapacidad permanezca ya que se le ha anticipado de la posibilidad de remisión.

En el plano de la realidad las comisiones médicas no informan al momento de la revisión, ni al otorgar el beneficio por invalidez, los riesgos a los que se somete el beneficiario si su incapacidad disminuye o desaparece.

Por otro lado tampoco cumple el organismo público con las revisiones periódicas que prescribe la ley. Por el contrario, recién cita al beneficiario tres o cinco años después, momento en el que toma la decisión de si transforma en definitivo o rectifica el beneficio, sólo en base a esta segunda revisión que debiera responder a revisiones previas que hayan ido dando cuenta de la remisión progresiva que venían experimentando las patologías iniciales.

Sin dudas, el cumplimiento de lo ordenado por el decreto que se analiza, garantizaría al solicitante en relación de dependencia un análisis acerca de los riesgos que encierra cumplir con el requisito del cese de servicios para percibir un beneficio que, vinculado concretamente con su incapacidad, puede no ser definitivo.

5. EL REQUISITO DE INCAPACIDAD DEFINITIVA EN EL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. 212 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.

Se hace presente a esta altura, una situación fáctica reglada de manera distinta por dos ordenamientos que terminan por desproteger el fin primero para el que supuestamente fueron creadas.

Tal como apuntara, la legislación laboral requiere, en el cuarto párrafo del art 212, que se acredite padecer “*incapacidad absoluta total y definitiva*”, momento a partir del cual, se activa la indemnización prescripta en la disposición referida, la que recae en cabeza del empleador.

Lo narrado nos lleva a la primera contradicción entre los sistemas que analizamos, toda vez que si bien el sistema previsional requiere, como instancia previa para activar el cobro del beneficio de Retiro por Invalidez, la renuncia a los servicios prestados en relación de dependencia, lo hace en base a una incapacidad que considera *transitoria*, tal como ya explicara.

La contradicción apuntada abre la puerta de ingreso para que el empleador, una vez cursada la renuncia a los servicios por el dependiente y frente al reclamo indemnizatorio, articule defensa de ataque al valor del dictamen previsional.

Mucho se ha dicho en torno al valor *no vinculante* del dictamen previsional, característica que deviene de la falta de participación del empleador en la junta médica a la que se somete el trabajador y a partir de la cual se le otorga la incapacidad que le concede el beneficio jubilatorio, de lo que se infiere que el empleador no ha podido controlar el proceso, por lo que el ataque al valor del instrumento se funda en la privación del ejercicio del derecho de defensa.

6. OPOSICIÓN AL PAGO INDEMNIZATORIO CON FUNDAMENTO EN LA TRANSITORIEDAD. ACREDITACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN SEDE JUDICIAL.

Sin embargo, ésta misma característica *indiciaria* y *no vinculante* del dictamen, es la que habilita la posibilidad de recolección de otras pruebas que acrediten que, independientemente del dictamen jubilatorio, la incapacidad existe, y con el carácter de permanencia que exige el instituto en el derecho laboral.

En ese orden, bien podría ocurrir que cursada la renuncia e intimación indemnizatoria, la oposición de defensas de ataque al valor del dictamen, abrieran paso a un hipotético reclamo judicial para el

cobro de la indemnización que prescribe el art. 212 4to párrafo del Régimen de Contrato de Trabajo. En el pleito el actor podía demostrar que, además del dictamen previsional, cuenta con historias clínicas certificaciones y demás documentación médica extendida por sus médicos tratantes que demuestran, no sólo que la incapacidad absoluta existe, sino que además la misma es de carácter permanente o definitivo, logrando el dictado de sentencia judicial que así lo determine y obligue al demandado a pagar la indemnización.

Así las cosas, ésta incapacidad que ya ha demostrado judicialmente contar con las tres características que dan lugar al pago indemnizatorio; y fundamentalmente, ha pasado por prueba pericial médica que ha determinado el carácter de *permanencia* de la incapacidad, no tiene ningún valor para el Estado, siquiera como indicio a favor del beneficiario previsional, a quien tres años después del cobro ininterrumpido (o cinco años, según el caso), se le dará de baja el beneficio, si así lo considera unilateralmente la Administración Pública, bajo el fundamento de “*rehabilitación del afiliado...*”.

Esto último ratifica lo que ya se adelantara respecto a la gravedad del conflicto, toda vez que esa persona (que de repente, ya no es beneficiario del sistema de seguridad social pero también había dejado de ser trabajador ya hace tres años) quedaría ubicada de pronto en una situación de claro desamparo y hasta de indefinición respecto al sistema que respondería para protegerlo.

7. LA RESOLUCIÓN PREVISIONAL RECTIFICATORIA DE BENEFICIO (ART 50 LEY 24.241) FRENTE A LA SENTENCIA PASADA EN COSA JUZGADA.

El análisis precedente me lleva irremediablemente a concluir que el Estado, mediante un dictamen de carácter administrativo, claramente inferior en jerarquía, puede desoír lo determinado por una sentencia judicial pasada en cosa juzgada y con ella, un proceso bilateral y contradictorio en el que ambas partes han podido articular sus defensas y acreditar los extremos que invocan, sometiéndose a la *prueba madre* que no es otra que la pericial médica, en la que un experto en medicina legal ha determinado, en base a la documentación médica obrante en el expediente y fundamentalmente, en base a sus conocimientos científicos, que la incapacidad padecida por el actor es de tipo *total, absoluta y definitiva*.

Más curioso aún es que este proceso judicial deja totalmente saldada la discusión en torno al proceso de determinación de incapacidad e intervención del empleador en el mismo, toda vez que, como es sabido, quien pretenda controlar el proceso médico puede hacerlo con las diferentes alternativas de control y, en su caso, de impugnación o disidencia, que otorga la legislación laboral para que el liti-



gio culmine en una verdadera sentencia pasada en cosa juzgada, a la cual las partes deben someterse como a la ley misma.

Sin embargo, y pese a que a esta altura, inclusive las mismas partes ya cuentan con la seguridad jurídica referida a la incapacidad de tipo absoluta, total y permanente; el estado podrá hacer caso omiso, dando de baja el *derecho adquirido* y percibido ininterrumpidamente desde hace tres o cinco años, según el caso, apelando para ello simplemente a un nuevo dictamen médico de la misma jerarquía que el anterior que en base al fundamento de “*rehabilitación*” rectifique el beneficio otorgado.

8. LA EXCLUSIÓN DE LAS INVALIDECES SOCIALES Y GANANCIALES COMO PARÁMETRO EVALUATIVO PARA LA CONSERVACIÓN DEL BENEFICIO PREVISIONAL.

El decreto 1290/94 reglamentario de la ley previsional 24.241 expresamente excluye las invalideces sociales o de ganancia como parámetro evaluativo válido para el otorgamiento de beneficio jubilatorio por invalidez.²¹ No caben dudas de que la normativa también es aplicable a la resolución médica, confirmatoria o rectificatoria del beneficio prescripta por el art. 50 de la misma ley.²²

21 Dto Regl. 1290/94 ARTICULO 48. — REGLAMENTACION: “1. De conformidad con lo preceptuado por el inciso a) del artículo que se reglamenta, a los fines de la determinación de la incapacidad se tendrán en cuenta únicamente los factores invalidantes de carácter psicofísico, con prescindencia de estados de precariedad o desamparo originados en circunstancias de índole económico-social o en la pérdida de la capacidad de ganancia.”

22 Art. 50 Ley 24.241: “Cuando la comisión médica conforme los informes recibidos, considere rehabilitado al afiliado procederá a citar al afiliado a través de la administradora, y emitirá un dictamen definitivo revocando el derecho a retiro transitorio por invalidez.”



9. REINCORPORACIÓN DEL EX DEPENDIENTE ANTE LA RECTIFICACIÓN DEL BENEFICIO DE RETIRO TRANSITORIO POR INVALIDEZ. VALOR JURÍDICO DEL CESE DE SERVICIOS. TRATAMIENTO EN LA LEY PROVINCIAL 8024.

Hasta aquí, el estado ha exigido el *cese de servicios* a un trabajador dependiente, otorgando un beneficio jubilatorio, el mismo que decide rectificar tres o cinco años después, sin que pese sobre él responsabilidad indemnizatoria retroactiva alguna ni obligación de proveer un nuevo puesto de trabajo o ingreso económico resarcitorio en su reemplazo.

Resulta importante aportar que la Provincia de Córdoba prescribe en el Art. 30 de la Ley Provincial 8024 de Jubilaciones, Pensiones y Retiros “obligación a cargo del empleador de reincorporar al cargo anterior u otro con categoría escalafonaria equivalente y el afiliado obligado a reincorporarse, quedando extinguido el beneficio a partir de la comunicación efectuada por la Caja otorgante...”

Ya me he referido a la amplia y concordante jurisprudencia que recoge la injusticia flagrante de considerar la incapacidad laboral limitándose “aritméticamente” a la sumatoria de porcentajes numéricos, sin entrar en el análisis de la imposibilidad de reinserción laboral que genera la escasa instrucción educativa y la precariedad económica del peticionante.

En la misma línea de análisis, considero que la injusticia recrudece cuando el mismo organismo que concedió el beneficio, decide hoy rectificarlo, sin siquiera meritarse las condiciones económicas futuras como consecuencia de la rescisión de la prestación.

Claramente, el estado con esta decisión incurre en violación al principio internacional de *Conservación de los derechos adquiridos y cobertura de contingencias surgidas de la pérdida involuntaria de ingresos*²³ al que ya nos refiriéramos oportunamente.

Pero además, respalda aún más esta afirmación el hecho de que en esta ocasión, la invalidez económica social deviene de un antecedente que tiene como único y exclusivo responsable al Estado, quien oportunamente hizo depender el otorgamiento del beneficio que hoy da de baja, de la renuncia que dio lugar a la pérdida *involuntaria* de los ingresos.

No caben dudas de que la situación de los empleados privados no tiene siquiera una mínima posibilidad de replicar la solución adoptada por la Caja de Jubilaciones Provincial. La seguridad afirmativa responde a que una solución contraria se enfrentaría con el principio básico de estabilidad relativa en el derecho laboral. Pero, por sobre todas las cosas, y quizás lo más grave de esta posibilidad es que haría recaer en cabeza del empleador, que probablemente a esta altura ya ha tenido que responder por una indemnización sobre la que pesan grandes dudas sobre su constitucionalidad y sobre todo, sobre su legitimación pasiva (tema que no es motivo de este ensayo pero que ya ha sido largamente debatido por gran parte de la doctrina enrolada en la postura de la responsabilidad indemnizatoria en cabeza de la Seguridad Social).

Pero además y quizás en un plano de mayor rigidez del análisis, no puede desconocerse que esa persona a la que se le ha rectificado el beneficio adquirido, ha dejado de ser trabajador dependiente, no pudiendo comprenderse entonces, con que estrategia legislativa podría responsabilizarse a un empleador privado, compeliéndolo al reingreso de una persona con renuncia cursada hace ya más de tres años y probablemente indemnizada a quien hoy, debiera reincorporar sólo con fundamento en la decisión arbitraria de quien, en alguna manera fue responsable del fin del vínculo al exigir la renuncia.

La posibilidad apuntada, comenzaría echando por tierra todo aquello que hoy no se discute respecto del valor extintivo de la renuncia, y seguiría seguramente, y esto es una opinión personal, por convenir a los empleadores de su falta de responsabilidad indemnizatoria producto de la renuncia cursada por incapacidad absoluta total y permanente.

²³ Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (núm. 157) (Entrada en vigor: 11 septiembre 1986) Adopción: Ginebra, 68a reunión CIT (21 junio 1982) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos) - Recomendación n° 167 - Resolución de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo Adopción: Ginebra, 69a reunión CIT (20 de junio de 1983)

III. POSIBLE SOLUCIÓN AL CONFLICTO

I. PLANTEO DE SOLUCIÓN CON APOORTE DE LOS DOS ORDENAMIENTOS ANALIZADOS.

En base a la hipótesis que creo haber demostrado, compartiré a continuación lo que considero puede representar una posible solución a esta problemática convencida de las palabras de Rodolfo Capón Filas *“Si no existen abogados que planteen, no habrá jueces que resuelvan”*.²⁴

Tal como adelantara, creo que la problemática debe ser afrontada en conjunto por los dos sistemas tuitivos analizados.

El motivo de ésta propuesta de solución “corporativa” tiene que ver con el convencimiento por mi parte de que la falta de aporte por cualquiera de los dos ordenamientos haría recaer sobre ellos la responsabilidad que genere una hipotética resolución judicial a favor de la existencia de la incapacidad total absoluta y permanente retroactiva al inicio del reclamo dirigido a la conservación del beneficio jubilatorio.

Para comenzar con este aporte de solución es necesario abordar lo que sucede cuando un trabajador dependiente se incapacita a tal punto de llegar a la conclusión, en base a las consideraciones científicas de sus médicos tratantes, de no poder continuar las tareas habituales desarrolladas hasta el momento de incapacitarse.

La ley de contratos de trabajo en su art. 208 otorga al trabajador enfermo un plazo determinado de licencia por enfermedad inculpaible, relacionada con la antigüedad y las cargas de familia al momento de enfermarse.

Si vencido el plazo de licencia paga, el trabajador aún se encuentra imposibilitado de reincorporarse a sus tareas, la ley en su art. 211 otorga el plazo de un año de *conservación o reserva de puesto*, licencia que el empleador está obligado a conceder, suspendiéndose las obligaciones remuneratorias y previsionales a su cargo y a favor del trabajador.

En el tema que nos ocupa, mientras ese plazo transcurre (licencia paga por enfermedad inculpaible y año de reserva de puesto), el trabajador ha solicitado a la Administración Nacional de la Seguridad Social beneficio previsional de Retiro por Invalidez, el que ha sido concedido con carácter transitorio y es aquí donde aparece la necesidad del aporte que, dentro de mi planteo de solución de la problemática, recae en cabeza del derecho laboral, tal como describiré.

A) APOORTE DEL DERECHO LABORAL: EXTENSIÓN TEMPORAL DEL PERÍODO DE CONSERVACIÓN (ART. 211).

Tal como explicara, mientras transcurre el plazo de licencia paga seguida por la reserva de puesto, el estado, previa revisión médica ha concedido al trabajador beneficio jubilatorio por invalidez de tipo transitorio, el que según la legislación previsional tendrá una vigencia de tres a cinco años y los que una vez finalizados darán lugar a una nueva convocatoria a revisión, en la que se decidirá si el beneficio se transforma en definitivo o si se rectifica con el fundamento de rehabilitación.



Dentro del esquema de solución que planteo, considero trascendental el aporte del derecho laboral referido a la extensión del plazo de reserva de puesto sin goce de haberes, hasta tanto la administración pública en una nueva revisión otorgue *permanencia* al beneficio otorgado o, si eso no ocurriera, en su momento la Cámara Federal de la Seguridad Social se expida a favor del reclamo o en contra, debiendo en este último caso, reingresar el trabajador a prestar servicios.

El aporte propuesto trae consigo un escenario inclusive más justo para el polo empleador de este vínculo, el que con esta propuesta no se vería compelido a abonar una indemnización idéntica a la compensación por antigüedad (Art. 245 LCT) hasta tanto la incapacidad sea otorgada por el estado como permanente o definitiva.

²⁴ CAPÓN FILAS, Rodolfo Conferencia desarrollada el 28-5-2002 en el Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Por su parte, la extensión del período de conservación hasta la resolución definitiva del beneficio jubilatorio, no sólo es ajustada a derecho sino que surge de una simple deducción producto de la analogía entre normas, no sólo del mismo régimen laboral, sino del mismo título dentro de la ley de contratos de trabajo, tal como sigue.

Con la propuesta planteada no se pretende más que una solución al trabajador enfermo, idéntica a la reglada en el Capítulo IV de la Ley de Contrato de Trabajo dedicado al “*Desempeño de cargos electivos o representativos en asociaciones profesionales de trabajadores.*”.

El Art. 217 de la Ley de Contrato de Trabajo recepta la licencia gremial de los trabajadores que por ra-

Frente al escenario planteado considero que no existen motivos que impidan replicar la solución que la misma ley plantea, al caso del trabajador incapacitado con beneficio de retiro por invalidez transitorio que aguarda la resolución del litigio que definirá su incapacidad. A eso que debe sumarse que no se trata de quien se embarca en este proceso de una manera antojadiza sino de alguien que cuenta con un antecedente de incapacidad total y absoluta, admitida por el mismo órgano contra el que hoy se encuentra litigando.

Creo que no caben dudas de que se trata de un caso que reviste, como mínimo, la misma necesidad de protección. Y digo esto sin siquiera entrar en el análisis ponderativo al que nos refiriéramos al inicio de este trabajo y que en éste tramo del desarrollo nos obligaría a enfrentar el derecho a la tutela sindical frente a la protección de la salud, resultando obvio el victorioso en la ponderación.

Hoy en día existe una gran falta de seguridad jurídica respecto al momento de obligación de pago de la indemnización devenida de la incapacidad estudiada, fundamentalmente en los empleadores responsables que, frente a la recepción de un telegrama de renuncia por incapacidad (denunciada en la pieza postal como total absoluta y *permanente*), deciden abonar la indemnización que prescribe la disposición del Art 212 del RCT, con la sola exhibición del dictamen previsional que determina el porcentaje superior al sesenta y seis por ciento.

La duda y el desconcierto recae en los empleadores cuando, tres o cinco años después se enteran que por un dictamen igual al que ha sido motivo del pago indemnizatorio se ha rectificado la jubilación, siendo inevitable la conclusión de haber efectuado un pago indebido, o por lo menos anticipado,

Con la propuesta de solución que planteo esta inseguridad jurídica mejoraría abruptamente toda vez que la extensión del período de reserva de puesto como obligación en cabeza del empleador, permitiría, por un lado que éste cumpla con su responsabilidad indemnizatoria una vez que hayan sido reconocidas por el estado las tres características de incapacidad que activan la disposición que los obliga al pago (absoluta total y, ahora, permanente).

Resulta de importancia superlativa aclarar que el resaltado del párrafo anterior obedece a la necesidad de separar dos cuestiones fundamentales. Es que si bien con esta solución el empleador tendrá la seguridad de cumplir con su obligación indemnizatoria sólo después de que la incapacidad haya sido reconocida por el sistema previsional como permanente transformando el beneficio jubilatorio en definitivo, eso no quiere decir que la obligación en su cabeza recién exista desde este momento.

Cabe recordar que ya nos hemos encargado de analizar el valor *sólo indiciario* del dictamen previsional de incapacidad, el que si bien representa una prueba importante de que el derecho a la indemnización existe, no deja de ser una prueba más de la incapacidad padecida por quien la reclama.



zón del desempeño de cargos en asociaciones sindicales, dejen de prestar servicios. La disposición legal prescribe que tendrán derecho a la reserva de su puesto de trabajo y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones (el resaltado me pertenece). Nótese que la prescripción no hace referencia a límite temporal alguno de reserva de puesto.

No hace falta ahondar, de hecho no es un tema que nos ocupe en este ensayo, en la costumbre ya arraigada en nuestro Sistema Sindical Argentino respecto a la extensión temporal en los cargos gremiales. Sin embargo, lo que sí es importante recalcar, y considero ilustrativo hacerlo con un ejemplo, es que al no existir plazo límite de reserva de puesto, el empleador se verá obligado a reincorporar a aquel trabajador que veinte años atrás ha sido elegido para ocupar un cargo sindical y que hoy finalice su mandato.

De lo dicho surge con claridad que, en la hipótesis de estudio que nos ocupa, quien ha sido beneficiado con un dictamen previsional transitorio que otorga incapacidad absoluta y total, cuenta con la opción legítima de acreditar el carácter de permanente con otras pruebas médico científicas, y solicitar el pago indemnizatorio judicialmente.

Claro está que, dentro del planteo de solución que abordo, si decide renunciar a la conservación o reserva de puesto mientras transcurre la transitoriedad en el beneficio, priorizando el cobro indemnizatorio a su favor, deberá entonces cargar con los riesgos de una eventual rectificación de la jubilación acordada.



B) APOORTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSERVACIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO HASTA EL DICTADO DE RESOLUCIÓN JUDICIAL DEFINITIVA.

Si bien con el aporte del Derecho Laboral, que en mi planteo de solución allanaría la imposibilidad de reinserción en el mercado laboral luego del dictamen rectificatorio, se soluciona gran parte de la problemática que me trajo hastaz aquí claramente este planteo aún no ha solucionado la otra cara de la situación, esa que no permite dilación y que encierra un real peligro en la demora.

Es que en nuestro sistema previsional actual, desde que el dictamen rectificatorio es notificado hasta la sentencia definitiva que revoque el dictamen y obligue a la Administración Pública a reintegrar el beneficio (dentro del análisis del caso puntual que nos ocupa), quien hasta ese momento ha percibido un ingreso mensual jubilatorio, se encuentra de pronto con la suspensión de su beneficio, pese a que dicha suspensión haya desencadenado en un proceso contencioso tendiente al dictado de sentencia judicial que determine si la rectificación ha sido conforme a derecho.

Considero, sin duda alguna, que pesa sobre el estado una obligación de *conservación del derecho adquirido* o, en el peor de los casos, *en curso de adquisición*, hasta tanto recaiga sentencia definitiva que de razón jurídica a la suspensión de ingreso previsional mensual. Hasta tanto eso ocurra creo que el perjudicado cuenta con el derecho de interponer medida cautelar que impida que el Estado pueda innovar respecto al otorgamiento de un derecho sin sentencia que así lo justifique.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A esta altura creo haber demostrado el escenario devastador que le espera luego de la rectificación del beneficio previsional a este ex trabajador dependiente, si se le exige la indigna tarea de golpear puertas entregando currículums, pesando sobre él un antecedente de incapacidad y posiblemente etario que excluye cualquier referencia de buen desempeño laboral como antecedente, que a esta altura, ya es historia, sobre todo para el empleador con quien se ha desvinculado, a solicitud de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

*Es Sagüés quien pone en palabras lo que a lo largo de este trabajo que concluye he intentado demostrar "... la objeción principal que se formula es la ficción constitucional que significa la proclamación pomposa de fines, principios y postulados, mientras una cruda realidad muestra situaciones de desigualdad irritantes..."*²⁵

Según la actual legislación, este panorama desesperante debe ser absorbido por quien no ha buscado incapacitarse, pero ha sido reconocido en su incapacidad y ha sido obligado a la desvinculación de su fuente de trabajo.

Sin embargo, no recibe hoy siquiera un auxilio estatal producto de la autocrítica o la teoría de los actos propios por parte de un estado, que debiera rendir cuentas del respeto a los *derechos adquiridos o en curso de adquisición* que de manera sistemática proclama como uno de sus postulados el derecho internacional.

Creo que ha quedado clara la gravedad del tema que he elegido, el que reclama alguna solución para quien, acostumbrado a la percepción de una remuneración en relación de dependencia, reemplazada por un beneficio previsional, de pronto se encuentra desprotegido por un Estado que se ha comprometido frente a la Comunidad Internacional a la defensa de quienes cuentan con un derecho adquirido y sin embargo, en el caso que nos ocupa, los obliga a luchar por la reactivación seguramente de su único ingreso sin garantizar siquiera en este trance cobertura médica y garantías mínimas de subsistencia y debido proceso.

²⁵ SAQUES, Néstor Pedro "Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales" Revista DIÁLOGO POLÍTICO, Publicación Trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung A.C Año XXVII N°4, Diciembre 2010. Pág. 28

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "En torno a los Principios del Derecho del Trabajo" Editorial DE PALMA, Buenos Aires Año 1978.

BUFILL, Carlos Martí "Tratado Comparado de Seguridad Social" Editorial ALTAMIRA, Madrid. Año 1951

TOSELLI, Carlos Alberto, "Derecho del trabajo y de la seguridad social". Alveroni, Córdoba, Año 2005,

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social". Buenos Aires, Astrea, Año 2000.

ACKERMAN, Mario (Dir.) - TOSCA, Diego (Coord.) "Tratado del Derecho del Trabajo". Santa Fe. Ed. Rubinal Culzoni. Año 2005

BOSIO, Rosa Elena, "Lineamientos Básicos de Seguridad Social", 2ª Ed., Advocatus, Córdoba, Año 2007.

DE CUNTO, Aldo Luis, "La Antijuridicidad y la Responsabilidad por Acto Lícito" Ed ADVOCATUS, Año 2007

ACKERMAN, Mario (Dir.) - SUDERA, Alejandro (Coord.) "La relación de trabajo" Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2009.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, "Disposiciones generales" en EQUIPO FEDERAL DEL TRABAJO (coordinador), Régimen de contrato de trabajo. Ley 20.744 comentada, concordada internacionalmente. Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2006

CAPÓN FILAS, Rodolfo Conferencia desarrollada el 28-5-2002 en el Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

PERET, Brito José I., CIPOLLETTA, Graciela E., "Ordenamiento Previsional y de la Seguridad Social" Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni. Legislación actualizada al 31 de Octubre de 2013.

ETALA, Juan José, "Derecho de la Seguridad Social". Editor Editora. Buenos Aires. Año 1966.

GIALDINO, Rolando E. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones" Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Año 2013

VASQUEZ VIALARD, Antonio (Dir.) - OJEDA, Raúl H. (Coord.) "Ley de Contrato de Trabajo" Comentada y Concordada. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Año 2005.



Corina Fassina¹

LA EFECTIVA VIGENCIA DE **LOS DERECHOS HUMANOS EN EL TELETRABAJO**

El derecho a la Salud
y a la Vida



¹ Abogada laboralista. Comisión de Jóvenes Juristas AADTSSCba. Becaria al Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, Venezuela, 2016.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo, desde su creación, ha tenido y tiene como objetivo valorizar y legitimar la función creadora del hombre. Que desde el obrero proletariado al trabajador asalariado, y del asalariado al organizado en Sindicatos, el Derecho Laboral da la bienvenida y abre sus puertas al trabajador como ciudadano. Al trabajador como individuo titular de derechos humanos (específicos e inespecíficos) cuya vigencia debe ser garantizada y asegurada en su puesto de trabajo. Es decir, el Derecho del Trabajo debe estar preparado para recibir al trabajador ciudadano¹.

Es que, haciendo nuestras las palabras de Berlín, el Derecho del Trabajo debe dejar de comportarse como erizo y debe empezar a actuar como zorro. Debe brindar apertura y recibir al ser humano como trabajador asalariado, como parte más débil en una relación de trabajo, como parte integrante de una organización sindical donde pueda expresar y hacer escuchar su voz y como ciudadano involucrado en una sociedad determinada, en un momento y en un espacio socio económico y cultural particular, frente a la cual debe dar una respuesta y contención. Es así, como el Derecho del Trabajo, debe proporcionar las herramientas necesarias para asegurar la efectiva vigencia de los Derechos Humanos Laborales en el ámbito del trabajo.

II. LOS DERECHOS HUMANOS

A) CONCEPTO

Las Naciones Unidas, a través de su Oficina del Alto Comisionado, definió a los Derechos Humanos como aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna².

Para otros, son aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización³. En conse-

cuencia subsume aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición⁴.

Hay quienes los definen como aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar⁵.

B) CLASIFICACIÓN

Aunque la mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen varias generaciones de Derechos Humanos, existen múltiples y diferentes clasificaciones. Sin embargo, todas suelen coincidir al describir la primera generación, pero posteriormente se ramifican y se vuelven más complejas. Además, existen al menos dos concepciones de esta visión generacional. Para una de ellas, son expresión de una racionalidad que se realiza progresivamente en el tiempo; para otras, cada generación de Derechos Humanos es expresión de una racionalidad diferente y puede entrar en conflicto con las demás. Por otra parte, existen posiciones que evitan pronunciarse acerca categorías de derechos humanos y más bien tienden a enfocarlos como un sistema unitario.

No obstante estas objeciones, existen teorías que hablan de cuatro e incluso cinco generaciones de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de ello, se desarrollarán tres generaciones de Derechos Humanos.

La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por Karel Vašák en 1979. Como se podrá observar, cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada.

Por su parte, los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad. Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos⁶.

1 La expresión ciudadanía debe ser utilizada con especial cuidado, alejándose de su sentido técnico jurídico, asociada a la pertenencia nacional a una comunidad, para entenderla vinculada a la categoría de persona. Hay que evitar el riesgo alertado por Bovero, "toda historia del concepto de ciudadano conduce, como hemos visto, a la identificación (principalmente) de la segunda clase de derechos con los derechos-poderes de participación política. A este punto se podría decir: si los derechos del hombre (de la persona) son propiamente universales, es decir, le corresponden a cualquiera en su calidad de persona, los derechos del ciudadano son necesariamente particulares, al menos hasta que no se instituya una ciudadanía universal, cosmopolita. También, según la teoría moderna de los derechos fundamentales, los derechos políticos les corresponden a los miembros de cada ciudad, de cada comunidad política concreta, no son atribuibles a la persona en cuanto tales. Por lo tanto, los derechos del ciudadano no son derechos del hombre. Bovero, M. Ciudadanía y derechos fundamentales, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 103, 2003, p. 23.

2 Material consultado en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>.

3 HERNÁNDEZ GÓMEZ, José Ricardo. Tratado de derecho Constitucional. Editorial Ariadna, 2010.

4 Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU - 1948.

5 FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Ed. Trotta, Madrid, 4ª edición, 2009, p. 19 y 291.

6 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2006). La tercera generación de Derechos Humanos. Navarra: Aranzadi. ISBN 84-9767-640-8, p. 28

Por último, la tercera categoría de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética.

C) EL MARCO NORMATIVO ARGENTINO

Antes de ingresar al análisis de este punto, es importante destacar y aclarar que la expresión “Derechos humanos laborales” es equivalente o similar a “derechos constitucionales laborales”, “derechos laborales constitucionalizados” o “bloque de laboralidad constitucional o derechos fundamentales laborales”.

En lo que respecta a la República Argentina, los derechos fundamentales laborales encuentran su punto de partida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Es la norma central que codifica expresamente los derechos fundamentales de carácter individual, colectivo y de seguridad social.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho:

“Es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, y al precisar que éstas asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor”, la reforma constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX”⁷.

En lo que hace a los derechos del hombre en razón del trabajo, la primera parte del artículo en comentario establece:

“El trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador: Condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleado público, organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

De lo expuesto, surge que: a) El trabajo tiene y debe tener tutela; b) Esa tutela o protección surge direc-

ta y operativamente de la Constitución Nacional y debe depararla la ley; c) La ley debe necesariamente asegurar todo lo que el artículo enumera.

Parafraseando al Dr. Germán Bidart Campos, el art. 14 bis de la Constitución Nacional le incumbe al Poder Legislativo con ejercicio obligatorio, ya que estamos en la “zona de reserva de la ley”. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo no puede asumirla ni interferirla, salvo en su potestad reglamentaria.

Por la forma gramatical que reviste el artículo 14 bis, se agrega que el Congreso tiene el deber inmediato de legislar. Que el trabajo “gozará” de la protección legal y que las leyes asegurarán tales y cuales cosas, lo que denota una imperatividad insoslayable. No hay opción para que el congreso legisle o no legisle.⁸



De lo manifestado hasta aquí, se puede decir que los derechos fundamentales laborales específicos, se pueden agrupar en las siguientes categorías:

a) Condiciones de trabajo en orden a la prestación del servicio en sí, remuneración, duración, control de la producción y colaboración en la dirección de la empresa y

b) Asociación sindical.

Amén de los derechos que expresamente enumera el art. 14 bis de la Constitución Nacional, de manera paralela y con la misma vigencia que aquellos, están los derechos laborales fundamentales implícitos.

7 CSJN, A. 2652. XXXVIII. Recurso de Hecho. “Aquino, Isacio c/. Cargo Servicios Industriales SA s/. accidentes ley 9688.

8 BIDART CAMPOS, Germán J. Manual de la Constitución Reformada. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Segunda reimpresión. Buenos Aires. 2000. Tomo II. P. 194.

El catálogo de los derechos implícitos no forma parte expresamente del orden normativo de la constitución formal, pero ha de reputarse incluido en ella, a tenor de las siguientes pautas y conforme las siguientes bases: a) Las que proporcionan el deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural (pauta dikelógica); b) Las que proporcionan la ideología de la constitución que, acogiendo la pauta dikelógica, organiza la forma democrática de nuestro estado respetando la dignidad de la persona, su libertad y derechos fundamentales (pauta ideológica, valores y principios fundamentales que contiene el orden de normas constitucionales); c) Las que proporcionan el art. 33⁹ (pauta de la justicia formal en el orden de normas constitucionales); d) Las que proporcionan los tratados internacionales sobre derechos humanos y e) Las que proporcionan las valoraciones sociales progresivas.



Entre los derechos fundamentales implícitos, merecen ser destacados: el derecho a la dignidad de la persona humana; a la vida humana; a la salud; a la intimidad; a la integridad física, síquica y moral; a la identidad; a ser diferente; al honor; al nombre; a tener una nacionalidad; a elegir y desarrollar el propio proyecto personal de vida autorreferente; a la información y a la comunicación; a la tutela judicial efectiva (abarcativa del derecho a la jurisdicción, al debido proceso y a la sentencia justa; de reunión; de contratar; a la imagen propia y a la voz personal; a la legitimación procesal; a la libertad jurídica; a la seguridad jurídica; de huelga a favor de sujetos que no son gremios; de rectificación y de respuesta; al desarrollo.

⁹ Artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

D) LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA. SU VIGENCIA, RECEPCIÓN Y JERARQUÍA NORMATIVA

La Constitución Formal Argentina contiene una declaración de derechos. El texto originario de 1853-1860, se completó luego con las reformas de los años 1957 y de 1994.

La parte dogmática de la Constitución Nacional se amplió y enriqueció a través del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. Por cuanto confiere jerarquía constitucional a once (11) instrumentos internacionales de Derechos Humanos (dos declaraciones, ocho tratados y un protocolo adicional). Además prevé, en su último párrafo y para el futuro, un procedimiento especial mediante el cual otros tratados de Derechos Humanos pueden lograr aquella misma jerarquía.

Es así como la Constitución Nacional de la República Argentina, admite dos lecturas en materia de Derechos Humanos. El art. 14 bis, conforme se expresó más arriba es la norma central que codifica expresamente derechos fundamentales de carácter individual, colectivo y de seguridad social, según el orden de sus párrafos. Sin embargo este ordenamiento expreso y taxativo en lo laboral constitucional, aparece suplementado, complementado y reglamentado en algún caso, con un conjunto de disposiciones no menos concretas y precisas incluidas en instrumentos internacionales incorporados al derecho interno por la vía del art. 75 inc. 22, que expresamente dispone:

“Corresponde al Congreso:... inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Por lo expuesto, se concluye que no hay dos textos de Derechos Humanos, sino uno sólo con fuentes que integran el mismo conjunto normativo de manera complementaria para el caso de los instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Allí aparecen cláusulas ciudadanas o que corresponden a cualquier persona aplicable a los trabajadores, prescripciones laborales contenidas en instrumentos sobre derechos humanos como el art. 8 "laboral" del PIDESC¹⁰ y en tratados de contenido específico laboral como los arts. 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador¹¹ adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.

A los tratados internacionales mencionados expresamente por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se deben agregar, entre otros instrumentos internacionales que han sido ratificados por la República Argentina:

A nivel Internacional: La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias; la Con-



vencción Internacional de todas las personas contra las desapariciones forzadas; la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas Crueles, inhumanos o degradantes; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A nivel regional americano: la Carta Interamericana de Garantías Sociales o Declaración de derechos sociales del trabajador; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y la Carta de la OEA de 1948; la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; el Protocolo de San Salvador; la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.

A nivel comunitario y en el marco del Mercosur: la Declaración Sociolaboral, la cual ha sido ratificada recientemente, en el año 2015.

En síntesis, en Argentina, el principio general viene dado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación: "Los tratados, aún cuando se sitúan por debajo de la Constitución, tiene jerarquía superior a las leyes".

También son superior a las leyes, conforme el art. 75 inc. 24 de la Constitución, las normas que son consecuencia de un tratado de integración a organizaciones supraestatales, que suelen llamarse "derecho comunitario".

10 Artículo 8: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

11 Artículo 6: Derecho al Trabajo. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo. Artículo 7: Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; e. La seguridad e higiene en el trabajo; f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida g. La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos; h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. Artículo 8: Derechos Sindicales. 1. Los Estados Partes garantizarán: a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. El derecho a la huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. 3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.



La excepción al principio de infra constitucionalidad de los Tratados y prelación sobre las leyes aparece en el mismo art. 75 inc. 22. En él se reconoce jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, que se enumeran, y se habilita mediante un procedimiento especial a que en el futuro otros tratados de derechos humanos adquieran también dicha jerarquía constitucional. O sea que se los coloca al lado de la constitución, en mismo nivel, dentro del denominado bloque de constitucionalidad federal.

Esta complementariedad, de normas internas e internacionales, también ha sido resaltada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“Que la manda constitucional del art. 14 bis, que tiene ya cumplidos 47 años, a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es asaz concluyente al respecto, puesto su art. 7 preceptúa: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] a.ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [...]; b) La seguridad y la higiene en el trabajo. A ello se suma el art. 12, relativo al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, cuando en su inc. 2 dispone: Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar este derecho, figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...]; c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales. El citado art. 7 b. del PIDESC, corresponde subrayarlo, implica que, una vez establecida por los estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados”¹².

¹² CSJN, A. 2652. XXXVIII. Recurso de Hecho. “Aquino, Isacio c/. Cargo Servicios Industriales SA s/. accidentes ley 9688.

III. EL TELETRABAJO

A) INTRODUCCIÓN:

Antes de ingresar al estudio y desarrollo de este tema, es importante destacar que el Teletrabajo es una de las tantas respuestas que ha dado el Derecho del Trabajo a los distintos y variados impactos que han generados los avances de la tecnología y, especialmente, la informática.

Nos encontramos en la etapa de transición de una sociedad de servicios a una sociedad de información, en la que el número de actividades en las que se emplean las tecnologías de innovación y comunicación (TICs) se multiplican. Éstas, han impactado en el ámbito de las relaciones humanas y, más específicamente, en el de las relaciones de trabajo.

Es así como el Teletrabajo, se constituye en una herramienta a la cual se puede recurrir frente a las diferentes necesidades que pueden tener tanto los empresarios como los mismos trabajadores. Correspondiéndole al Derecho Laboral crear elementos de control que aseguren la efectiva vigencia de los Derechos Humanos del Trabajador que está comprendido en esta modalidad de trabajo.

B) CONCEPTO: EL TELETRABAJO, ES DEFINIDO DE DISTINTAS Y VARIADAS FORMAS.

La Comisión Europea ha estipulado una definición amplia de teletrabajo como “método para organizar y/o realizar el trabajo mediante el cual una proporción considerable del tiempo de trabajo el empleado está a distancia de las oficinas de la empresa, o de donde se entrega el resultado del trabajo, y cuando el trabajo se realiza con el uso de tecnologías de la información y de tecnologías de transmisión de datos, en modo particular con internet”.¹³

Bernard E. Gbezo, en la Revista Trabajo de la OIT, lo define como “cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o de los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con los colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de nuevas tecnologías”.¹⁴

En nuestro ámbito, Miguel Ángel De Virgiliis y Martín Ignacio De Virgiliis lo conceptualizan como “el fenómeno que consiste en la realización de todo trabajo por parte de personal vinculado con la entidad destinataria del mismo, sin la presencia física del trabajador en esta última, utilizando a tales efectos métodos de procesamiento electrónico de información –tecnologías de la información y la comunicación,

¹³ Johnston METER Y Nolan JOHN: “E Work 2001, Informe de situación de los nuevos métodos de trabajo en la economía del conocimiento”, Comisión Europea, Bélgica, 2002, p. 24.

¹⁴ GBEZO, Bernard E.: “Otro modo de trabajar: La revolución del teletrabajo”, Revista de la OIT N° 14, diciembre 1995, p.

TICs- y manteniéndose contacto entre las partes a través de la utilización regular de medios de comunicación idóneos que generan un valor agregado”.¹⁵

Otros autores consideran que el teletrabajo comprende: “Los trabajos realizados por personas externas a una determinada organización destinataria final de dichos trabajos, sin importar su ubicación geográfica o, también, como una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del teletrabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral”¹⁶.

A las anteriores definiciones, agregamos: “La definición de teletrabajo no responde, hasta el momento, a criterios jurídicos sino a consideraciones

Amén de lo expuesto, hay que tener presente que la utilización de herramientas de procesamiento de datos y de comunicación deben implicar el aporte de un valor agregado mediante el uso intensivo de técnicas de informática. Ese valor agregado significa que quien ejecuta la tarea recibe la información por las vías indicadas o por medio de un soporte magnético, utilizando estos datos a efectos de realizar el trabajo encomendado, empleándolos, modificándolos o transformándolos mediante la utilización de herramientas informáticas, para generar la labor requerida.

En síntesis, es el teletrabajador el que utiliza los equipos electrónicos para procesar y cambiar información o documentación y las telecomunicaciones para mantener el contacto con la empresa o empresas para la o las que trabaja.



prácticas. El teletrabajo puede definirse como una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado a distancia, en gran parte o principalmente, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicaciones”¹⁷.

Podríamos continuar citando a diferentes autores y parafraseando sus distintas conceptualizaciones, pero preferimos destacar los tres elementos o requisitos que son denominador común en todas las definiciones transcritas y que son: La ubicación o localización del trabajador; el uso de las nuevas tecnologías vinculadas a la informática y la comunicación y el cambio en la organización y prestación del trabajo.

¹⁵ Miguel Ángel DE VIRGILIIS y Martín Ignacio DE VIRGILIIS. *El Teletrabajo. La nueva realidad virtual*. Revista Derecho Laboral, T. 2003-2-Rubinzal Culzoni Editores, p. 346.

¹⁶ CREA, Florencia y SZTRYK, Anibal. *Teletrabajo y comercio electrónico (inédito)*, citado por DE VIRGILIIS Miguel A.-DE VIRGILIIS, Martín. *El teletrabajo y la nueva realidad virtual*. Revista del Derecho Laboral, Estatutos y otras Actividades Especiales-I, N° 8, 2003-2, p. 345.

¹⁷ MARTÍN PARDO DE VERA, María. *El teletrabajo*. Cita de Internet: <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/teletrabajos.asp>.

IV. SALUD, SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TELETRABAJO

A) EL DERECHO A LA SALUD. CONCEPTO:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha manifestado respecto a este Derecho Humano fundamental: “El derecho a la salud se halla íntimamente vinculado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho fundamental de la persona humana, quien se encuentra en el centro de todo el ordenamiento jurídico”¹⁸.

De manera concordante a lo expuesto, en otro fallo, destacó: “El derecho a la salud, halla recepción en

¹⁸ CSJN. Fallos 329:4918, Fallos 323:3229, entre otros.

los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 inc. 1 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos [Pacto de San José de Costa Rica] y art. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁹.

“La CSJN ha pregonado que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que el Poder Judicial debe proteger”²⁰. “Así toma protagonismo el valor eficacia de la función jurisdiccional y el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, los que no pueden pasar desapercibidos frente a estados de salud de gravedad por los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente”²¹.

Ahora bien, subsumiendo estas definiciones al Teletrabajo, debemos destacar que una de las desventajas que presenta esta figura, entre otras, es la relacionada al tema de la salud del teletrabajador. Y debe ser el Derecho del Trabajo, a través de sus distintos operadores el encargo de asegurar que no se lesione este derecho fundamental.

B) CONTINGENCIAS LABORALES EN EL TELETRABAJO

Durante la 95ª Conferencia de la OIT²², se redactó y elaboró el informe sobre “cambios en el mundo del trabajo”, en el cual se resaltó lo siguiente:

“Los riesgos relacionados con el trabajo están cambiando en los países desarrollados. Los cambios en la estructura ocupacional y sectorial del empleo están alterando la situación en cuanto a los riesgos en el trabajo. Algunos de los empleos más sucios y peligrosos están desapareciendo poco a poco en los países industrializados. Esta tendencia es el resultado del desplazamiento de la actividad minera, manufacturera y agrícola hacia los servicios, y de la reconfiguración de los procesos de producción como corolario de los cambios tecnológicos, a favor de entornos de trabajo más seguros. Lamentablemente están surgiendo otros peligros. Así, se empieza a reconocer el estrés para la seguridad y la salud en el mundo del trabajo”.

Asimismo, debemos recordar que ya en el año 1993, la OIT publicó un informe en el que subrayaba los factores de tensión relacionados con el teletrabajo.

Estudios efectuados han sugerido que el ámbito de trabajo debe dar a un lugar abierto hacia el exterior, para que el teletrabajador estimule su ánimo y disminuya la sensación de aislamiento. Por razones psicológicas, es apropiado que ese lugar se encuentre separado del resto de la casa y próximo a la puerta de entrada, con miras a reducir al mínimo el contacto visual/físico con los demás ambientes del hogar.

También es aconsejable que los teletrabajadores desarrollen su actividad, en parte, en la sede de la empresa o, en su defecto convocarlos a reuniones en periódicas, con lo cual no sólo contribuirán a disminuir la sensación de aislamiento y la de no sentirse miembro de la empresa, sino que también permitirá a las partes contratantes tomar contacto²³.



No quedan dudas que el teletrabajo es fuente generadora de numerosas y variadas enfermedades laborales. Patologías que son consecuencia directa de esta actividad. A lo que cabe agregar el “mal de las computadoras”.

Por ello es que resulta de vital importancia que se arbitren los medios necesarios, para que el ambiente de trabajo sea adecuado a la tarea desarrollada y garantice condiciones dignas de trabajo que respeten la salud del teletrabajador.

El trabajo constante con una pantalla, provoca múltiples exigencias para el aparato visual del ser humano. Por ejemplo: la focalización de la imagen sobre la retina a través de un esfuerzo muscular de acomodación; la integración de la imagen, supeditada a las condiciones en que se presentan los distintos signos; el reconocimiento

¹⁹ CSJN. Fallos 326:4931.

²⁰ CSJN. Fallos 330:3725. Voto del Dr. Lorenzetti.

²¹ CSJN. 6/12/2011, “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro – Art. 250 del CPP”.

²² Celebrada en Ginebra, en el año 2006.

²³ BOTTOS, Adriana V. Teletrabajo, su protección en el derecho laboral. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, p. 141.

y la identificación, tarea perceptiva y mental en la que intervienen diversos factores, entre otros, los tiempos, la presentación de los textos, etc.

Como consecuencia de lo expuesto, se han detectado (entre otras), las siguientes patologías: Fatiga visual (incluye fotofobia); carga postural (con algias en nuca, cuello, espalda y zona lumbar) y patología psíquica (pudiendo derivar en fatiga psicofísica por trabajos monótonos, rutinarios, incómodos).

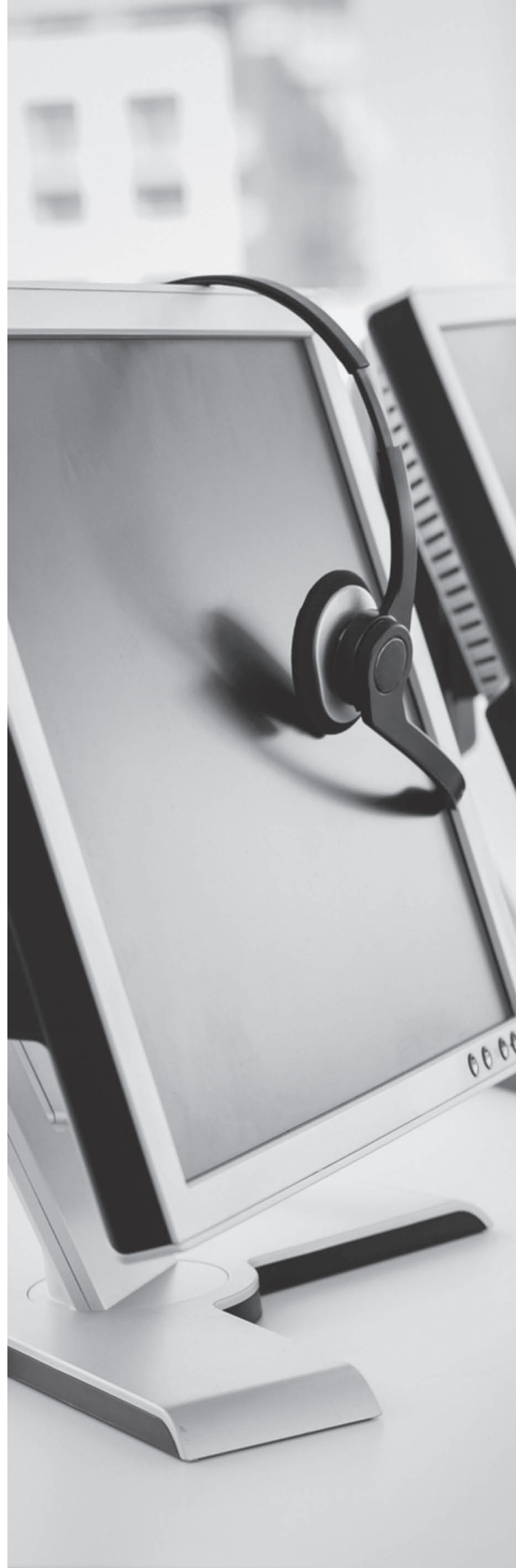
El conjunto de anomalías descriptas, es lo que se identifica como “síndrome de Tokomoshō”, recomendando la OIT al respecto, que el tiempo de exposición frente a una pantalla no debería exceder de cuatro horas diarias.

En este estado, corresponde destacar como antecedente nacional, el “acuerdo paritario entre FOESITRA y TELECOM” (debidamente homologado por la Resolución 147/2007), que incluye un anexo sobre Trabajo frente a Pantallas de Videoteclado, regulando entre otros puntos: sistema de iluminación; diseño del puesto de trabajo; condiciones ambientales, información, formación y participación del trabajador y ergonomía de software²⁴.

En suma, en materia de teletrabajo, consideramos obligatorios los empleadores: a) Informen a los teletrabajadores acerca de cualquier riesgo relacionado con su trabajo, que conozca o debiera conocer el empleador, señalando las precauciones que fuesen necesarias adoptar y, según proceda, facilitarles la formación necesaria. b) Garanticen que las máquinas, herramientas u otros equipos que faciliten a los teletrabajadores estén provistos de los dispositivos de seguridad adecuados, adoptando medidas razonables con el fin de velar porque sean objeto del debido mantenimiento.

Mientras que los teletrabajadores deberían tener la obligación de: a) Respetar las medidas prescriptas en materia de seguridad y salud. b) Cuidar razonablemente de su seguridad y su salud, así como de otras personas que pudieran verse afectadas por sus actos omisiones en el trabajo, incluida la correcta utilización de los materiales, máquinas, herramientas y otros equipos puestos a su disposición.

24 DÍAZ, Viviana Laura. *Teletrabajo: ¿Una forma sofisticada de trabajo a domicilio?*. En *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Coord. Por Andrea García Vior. Errepar. Buenos Aires. 2009, p. 19.



V. INSPECCIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL TELETRABAJADOR

A) EL PODER DE POLICÍA DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN DE LAS LEYES LABORALES

Para asegurar condiciones dignas de trabajo, es necesaria una labor coordinada y organizada entre las partes contratantes, las organizaciones sindicales y, principalmente, del Estado. Quien a través de políticas públicas y del poder de policía que ostenta la autoridad de aplicación de las leyes del trabajo tiene la facultad y el deber de cuidar y velar por la integridad física y psíquica de cada ciudadano.

En sentido concordante a lo expuesto, la OIT, en el año 1985, manifestó:

“Una legislación social, por muy avanzada que sea, arriesga quedarse efectivamente en letra muerta si no hay en el país un sistema de inspección de trabajo encargado de controlar su aplicación. La necesidad de tal control se hace sentir de manera especial cuando la coyuntura económica desfavorable puede incitar a relegar a un segundo plano la mejora de las condiciones de trabajo”²⁵.

Conforme desarrollaremos más adelante, en nuestro país no hay legislación alguna respecto al teletrabajo. Por ello, es que resulta aplicable a nuestro territorio lo expuesto por la OIT en la 95° Conferencia en Ginebra al tratar sobre “inspección del trabajo”:

“Cuando se trata de un domicilio privado, generalmente se exige el acuerdo del empleador, del ocupante o de una autoridad judicial. La Comisión recalca que, teniendo en cuenta la amplitud de la definición de los locales que pueden ser objeto de inspección, los inspectores del trabajo deben observar un estricto respeto de la privacidad. Es también necesario destacar que muchas disposiciones nacionales que autorizan las visitas de los inspectores a los sitios de trabajo excluyan de la protección laboral a muchas personas que realizan trabajos domésticos o que son trabajadores a domicilio, la mayoría de los cuales son mujeres”²⁶.

El art. 28 de la ley 25.877 creó el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, con la finalidad de controlar y fiscalizar el cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social, “garantizar los derechos de los trabajadores previstos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y en los convenios internacionales ratificados por la Argentina, eliminar el empleo no registrado y demás distorsiones que el incumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social provoquen”.

Es así como las inspecciones cobran relevancia seria y cierta no sólo para detectar enfermedades provocadas por el teletrabajo sino también para asegurar y garantizar la vigencia efectiva del derecho a la salud y a la vida del que goza todo ser humano. Claro está, que dichas inspecciones deben ser realizadas en un marco de razonabilidad y respeto a la dignidad humana y a la privacidad e intimidad tanto de la persona del teletrabajador como de su ámbito de relación.

B) EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Límites a los usos y abusos de las inspecciones: Es en este punto donde convergen y entran en conflicto las facultades de control e inspección del empleador con el derecho a la intimidad del teletrabajador.

En primer lugar, proclamamos que ningún empleador puede avasallar el derecho a la intimidad del teletrabajador, argumentando o remitiéndose a las facultades de control, inspección y vigilancia que dispone la Ley de Contrato de Trabajo a su favor.

Ello por cuanto, nuestra Carta Magna, en su art. 19, lo prohíbe expresamente: “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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Al artículo en comentario, debemos agregar lo dispuesto por el art. 14 bis y 28, ambos de nuestra Constitución Nacional.

Mientras el primero de ellos establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; participación en las ganancias de la empresa; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (...)”.

El art. 28, por su parte, dispone: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Es decir, el derecho de control del empleador, justificado por las facultades de organización y dirección (que a su vez conducen a los derechos fundamentales propios de la libertad económica y al derecho fundamental de propiedad) encuentran un valladar en los derechos fundamentales de los teletrabajadores de intimidad y respeto a la privacidad.

²⁵ OIT, La inspección del trabajo, 1985, p. 12, citado por GALÍN, Pedro, La inspección del trabajo. Tendencia histórica y reformas recientes, DT 1999-A-792.

²⁶ VOTTOS, ob. cit. p. 148.



VI. ENSAYOS LEGISLATIVOS PARA REGULAR EL TELETRABAJO

Tal como se adelantara, en Argentina no se halla ley ni dispositivo alguno que regule el teletrabajo.

Sin perjuicio de ello, corresponde que destaquemos dos instrumentos existentes en nuestra República Argentina.

Por una parte, el proyecto de ley denominado “Régimen Jurídico del Teletrabajo en Relación de Dependencia”, el que prescribe (entre otras cosas y en relación al tema en comentario) que:

“La Autoridad Administrativa deberá promover la adecuación de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a las características propias de la prestación, y la inclusión de las enfermedades causadas por este tipo de actividad dentro del listado previsto en el art. 6 inc. 2 de la ley 24.557 y sus modificatorias”.

Todo lo cual se vincula de manera directa a los derechos de intimidad, dignidad y privacidad.

Asimismo, los autores del proyecto de ley mencionado, en los fundamentos, han manifestado: “Las crisis económicas vividas en nuestro país hicieron que miles de ciudadanos desempleados emigraran. Sin embargo, muchos otros encontraron en el teletrabajo un nuevo horizonte, a veces en el propio living de su hogar, lo que les permitió permanecer en su país y exportar sus servicios.” Es decir, se destaca y defiende la figura del teletrabajo como alternativa no sólo para las empresas para paliar las distintas consecuencias nocivas que irradian las crisis, sino como una opción que puede ejercer el trabajador como mejoradora y superadora de su calidad de vida familiar y social.

Por el otro, y no menos importante, merece ser destacado el “proyecto de teletrabajo para el sector privado” (PROPET), llevado adelante desde la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo y actualmente en vigencia.

Su principal meta es promover el teletrabajo en el sector privado. Desde la Coordinación se acompaña a las empresas participantes del PROPET en el desarrollo de prácticas de Teletrabajo, aportando herramientas, conocimientos y experiencia.

El PROPET tiene, entre otros objetivos, los siguientes: Promover la implementación de plataformas de teletrabajo; evaluar el impacto del teletrabajo en la conservación y creación del trabajo decente; propiciar la generación de mejores condiciones laborales a través de las TIC; conciliar el ámbito familiar y laboral; promover nuevos contenidos en la negociación colectiva; argumentar las ventajas de las relaciones laborales mediadas por las TIC y difundir regional e internacionalmente las buenas prácticas en teletrabajo.

Como principios, se han enunciado: Voluntariedad; igualdad respecto de los trabajadores presenciales; aplicabilidad de la libertad sindical; modalidad mixta con distribución del tiempo de trabajo y requerimientos de prevención en materia de seguridad e higiene.

Como ventajas del teletrabajo, el PROPET, proclama: Aporta ventajas específicas tanto para las organizaciones que lo aplican, como para los propios teletrabajadores, su entorno familiar y a la sociedad en su conjunto; mejora la calidad de vida; ahorra dinero y tiempo de traslado; facilita la inserción de grupos vulnerables; permite disponer de mayor tiempo para otras actividades extra laborales; es una opción para evitar la excedencia y acompañar a la mujer durante la lactancia; es apta para padres con hijos pequeños o para aquellas personas que por alguna razón deben estar más tiempo en sus hogares; facilita a la mujer luego de su licencia por

embarazo, continuar trabajando y cuidando a sus hijos sin hacer uso de la excedencia y evitando la pérdida del ingreso salarial; es una alternativa ante situaciones de catástrofes naturales o pandemias.

A nivel urbano son varios los aspectos positivos que aporta esta modalidad contribuyendo al cuidado del medio ambiente, brindando una mejora en la organización, promoviendo oficinas virtuales inteligentes, edificios con espacios flexibilizados amplios y dinámicos que promueven la partición grupal.

El teletrabajo facilita la disminución del tránsito vehicular generando un ahorro de combustible que favorece el uso adecuado de los recursos energéticos no renovables; incide en la reducción de los accidentes vehiculares cuyos valores pandémicos lo convierten en una de las principales causas de muerte a nivel mundial.

En relación al tema en comentario, la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo junto a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, han elaborado un Manual Básico de Salud y Seguridad para Teletrabajadores. Este trabajo, tuvo como objetivo poner en conocimiento del teletrabajador las medidas preventivas tendientes a evitar las enfermedades profesionales y accidentes del trabajo, de acuerdo con las características y riesgos propios, generales y específicos de las tareas que desempeña el teletrabajador.

Entre algunos de sus puntos, se describen los requisitos que deben cumplir los puestos de trabajo, las condiciones ambientales, los riesgos propios y específicos de las tareas de teletrabajo, las medidas preventivas específicas y las normas generales de prevención de riesgo del trabajo.

VII. CONCLUSIÓN

No quedan dudas, que las TICs permiten acortar distancias y acercar mercados y oportunidades a aquellas zonas más alejadas de los grandes centros urbanos, zonas deprimidas y/o despobladas. Facilitan el arraigo y también contribuyen a fortalecer y potenciar oficios y actividades típicas o tradicionales de cada comunidad. Fortalecen las economías locales en un contexto mundial cada vez más globalizado.

Es así, como el teletrabajo se presenta como una herramienta necesaria para la inclusión social y laboral, generadora de más y mejor trabajo en condiciones dignas, que facilita la armonización de la vida personal con la laboral.

Son los propios actores sociales quienes, mediante la negociación colectiva, deben consensuar la efectiva vigencia y respeto de los derechos fundamentales. Los cuales pueden verse ensombrecidos por los sistemas de control utilizados por el empleador. Los que, no se encuentran prohibidos de manera taxativa, pero se impone la prudencia en su utilización, la que debe tener siempre propósitos permitidos por la ley y respetar debidamente los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo el derecho al respeto de su intimidad y vida privada.

Es el propio Estado quien, a través del ejercicio razonable y legítimo del poder de policía del que gozan las autoridades de aplicación de las leyes del trabajo, aseguren el respeto y la plena vigencia de los derechos fundamentales de los teletrabajadores en su condición de ciudadanos y miembros de una sociedad que debe incluir a todos por igual.



VIII

PREMIOS PONENCIAS EN DERECHO DEL TRABAJO

ENTREGADOS EN LAS XV JORNADAS
DEL CENTRO DE LA REPÚBLICA 2016

El tribunal integrado por los camaristas Marcelo Salomón (Villa María); Nilda Prudencio (San Francisco) y Hebe Haydeé Horny (Rio Cuarto) adjudicó los ganadores del Concurso VIII Premios Ponencias en Derecho del Trabajo instituidos con motivo de las XV Jornadas del Centro de la República celebradas en la Ciudad de Villa María los días 2 y 3 de junio pasado.

El resultado del concurso organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Córdoba, fue el siguiente:

PREMIO “ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD” A LA SOLIDEZ CIENTÍFICA,
Compartido entre **VALERIA YADÓN** y **ROMINA FERNANDA DEPETRIS**,
con mención especial para **JAVIER SANTANOCETO**

PREMIO “AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ” A LA ORIGINALIDAD,
Para **MARÍA INÉS LAGHEZZA**, con menciones especiales para **CORINA FASSINA**
y **JULIO ALFREDO MÉNDEZ**

PREMIO “NORBERTO CENTENO” A LA DEFENSA DE DERECHOS,
A **SONIA SILVIA ARRIARÁN**, con menciones especiales para **ITATÍ DEMARCHI**
y **VÍCTOR E. LAYÚS**

El tribunal destacó la gran cantidad de trabajos presentados y “la gran dedicación y esfuerzo de los ponentes, así como la seriedad en el abordaje de los temas que tratan, siendo muchos de ellos de una originalidad y perspectiva jurídica peculiar”.

Valeria Yadón

EL DERECHO A LA **INTIMIDAD DEL TRABAJADOR**

Y la Problemática del
Almacenamiento y
Manejo de Datos
Personales
en la República
Argentina



I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DE LA PROBLEMÁTICA

El correr del tiempo y los avances tecnológicos plantean nuevos problemas en las relaciones humanas. No es una situación ajena a ese fenómeno lo que ocurre con el almacenamiento, manejo y distribución de datos personales, cuestión con injerencia también en el ámbito de las relaciones laborales.

Sucede que usualmente la preocupación sobre la privacidad y el derecho al control sobre las informaciones personales es muy evidente en relación a aspectos crediticios, bancarios, impositivos, patrimoniales, etc. En general, son situaciones donde lo que se ventila importa cierta trascendencia económica, porque son datos que repercuten en el tráfico comercial que pueden facilitar o frustrar negocios.

En el ámbito que nos ocupa la trascendencia del problema es similar, pero en la cuantía de lo discutido y en razón del titular del derecho, no se evidencia gran preocupación. En este punto lo que ocurre generalmente es que se puede frustrar una posibilidad de empleo dada la difusión indiscriminada de información sensible. Con la sola existencia de datos entrecruzados de distintas empresas (consultoras, agencias de selección de personal, áreas internas de gestión de personal, sitios web especializados) u otras instituciones (fundaciones, “bolsas de trabajo” de universidades, colegios técnicos o de educación terciaria, etc.) dicha situación no es lejana. Un ejemplo es lo ocurrido con la Cámara de Comercio, Industria, Producción y Turismo del Oeste del Chubut que promocionó un “Sistema de Informes Laboral y Comercial. Según se reseña, la base de datos permitía conocer los antecedentes de potenciales empleados, siendo a la vez una verdadera herramienta antisindical para “marcar” trabajadores activistas que busquen empleo¹.

Por otra parte, desde un concepto amplio de dato pueden quedar comprendidos otros aspectos de la intimidad del trabajador, que se obtienen a través del registro de su propia actividad. Es el caso del monitoreo, videovigilancia, tarjetas de marcación y de acceso a determinados ámbitos del establecimiento, etc. Dicha información en determinados supuestos puede generar consecuencias en la relación de trabajo, no obstante es difícil de justificar que quede asentada en un banco de datos o legajo personal junto a otra información del trabajador. Por el contrario, las buenas prácticas indican que dicha información debe ser eliminada periódicamente o mantenida el tiempo estrictamente necesario para resolver el problema que se intentó prevenir con su utilización.

Para abordar el tema conviene en un primer punto advertir que el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo. En ese sentido tiene protección



legal, constitucional y convencional; ese derecho por sus características integra también el núcleo de los derechos humanos, y dado el ámbito de desarrollo del problema bien puede calificarse como “derecho humano laboral”. Por otra parte, no se debe perder de vista que el involucramiento del derecho a la intimidad para tratar el tema puede ser cuestionado. La razón es que cuando hablamos de “protección de la información contenida en bancos de datos” se suele hablar de la existencia de un derecho autónomo -o más bien de su proceso de formación-, referido a la “autodeterminación informativa”, y que atañe a varios otros derechos (al honor, intimidad, identidad, etc.)².

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS

Hay aspectos de la vida que hacen al ámbito de reserva de las personas, que se quieren ocultar de los demás. El hombre no puede prescindir de su intimidad, porque es un aspecto constitutivo de su personalidad, tiene que ver con la creatividad, y con las diferentes formas de relación con los demás, de acuerdo a lo que proyecta en su vida interior³. En ese sentido, la intimidad es un derecho autónomo respecto del honor, porque no es necesario para configurar un ataque, que se divulgue alguna situación que genere daño a la honra o reputación de una persona. En el caso de la intimidad la línea es

¹ ARESE, Mauricio César, *Protección de la vida personal del trabajador*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC – Vol. II, N° 2 – Nueva serie II, año 2011*, p. 104.

² SAQUÉS, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009 p. 621.

³ CIFUENTES, Santos, *Derechos Personales*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2008 p. 583.



más sutil, tiene que ver con la intromisión o acceso de una persona a determinados aspectos de otra⁴.

La intimidad tiene un amplio contenido y varias proyecciones, entre ellas los datos personales almacenados en registros públicos⁵. A su vez la intimidad no solo ampara la libertad interior, sino también acciones externas de la vida privada⁶. En esta línea, además del derecho a que no se inmiscuya alguien que es ajeno a los aspectos íntimos de una persona, hay derecho a que no se los difunda. No obstante, estos derechos están limitados por las necesidades sociales y los intereses públicos. Como prácticamente no hay derechos absolutos, hay que atender a usos sociales y especiales circunstancias de apreciación judicial para determinar la ilegalidad de la “intromisión”, allí es donde se articulan diferentes matices de la protección de orden legal, constitucional y convencional.

Como se dijo, los límites reconocidos tienen origen en el interés público, algo bastante distinto al ámbito de injerencia de los empleadores. Se advierte no obstante, que al no tratarse de derechos absolutos hay posibilidad de disposición del derecho en algunos casos mediando consentimiento del trabajador. Por otro lado, el interés público tampoco puede justificar intromisiones excesivas a la intimidad de las personas, pues el derecho a la intimidad no puede cercenarse de manera absoluta.

4 Como expresa Ugarte, se suele englobar la actividad humana en un triple orden de categorías, diremos: lo íntimo, lo no íntimo y lo dudoso, es decir, lo que está en una “zona de penumbra”. Explica el autor que lo que está en la primer categoría, son ciertos hechos o aspectos de la vida de una persona “que nadie duda pertenece a dicha zona y que del uso normal del lenguaje, y de la propia literatura jurídica sobre el tema, se sigue que algunos aspectos son decididamente parte de la intimidad de una persona: vida conyugal, vida sexual y relaciones familiares”, por ejemplo. Por su parte, lo “no íntimo” son aquellos aspectos de la vida del sujeto sobre los cuales se coincide que no pertenecen a lo íntimo de la persona por corresponder a su vida pública, ejercicio de una función, cargo, empleo. Finalmente frente a lo que está en una zona gris se toma la siguiente solución: “si el conocimiento por extraños del hecho o aspecto de la vida a que se refiere el problema, suscita en el afectado “turbación moral”, por afectarse sus sentimientos “de recato y pudor”, entonces, debe entenderse como integrante de su intimidad”. Cfr. UGARTE, José Luis – El derecho a la intimidad y la relación laboral – on line, disponible en <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-65179.html>, consultado el 25/5/2016 p. 5.

5 CIFUENTES, ob. cit. p. 583.

6 ZAVALA DE GONZALEZ... Daños a la dignidad p. 477 en relación a lo sentado por la CSJN en autos “Ponzatti de Balbin, Indalia, y otro c/ Editorial Atlántida SA” del 11/12/1984, (JA 1985-I-513).

III. RECEPCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL Y LEGAL

El derecho a la intimidad tiene recepción a nivel constitucional a través del art. 19 CN, y hay una serie de instrumentos internacionales que también lo receptan, todos de aplicación en nuestro sistema jurídico por el art. 75 inc. 22 CN.

Un caso es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 12 dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En forma idéntica se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 17. Por otra parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 5 dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad) punto 2 dispone que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Para la protección de ese derecho de fondo, también en el orden constitucional se ha dispuesto la acción de amparo (art. 43) y un remedio más específico para el tema del almacenamiento y difusión de datos, que es la acción de habeas data, como una subespecie de amparo⁷. Sobre esta acción cabe hacer la siguiente advertencia de acuerdo a los problemas tratados en el presente trabajo. Los sujetos pasivos en los términos de la norma pueden ser “los registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes”. Aclara Saigües que puede plantearse contra autoridades públicas o contra particulares que dirijan bases o registros que proporcionen informes “según su constitución o de hecho”⁸. En consecuencia, el empleador está excluido de los supuestos previstos por la norma. No obstante, si se lo entiende como titular de una base de datos de uso privado (exclusivamente personal) y viola la normativa de la ley 25.326 de “Protección de datos personales” (reglamentaria de dicha acción, junto con el Dec. 1558/2001), si queda comprendido en la regulación⁹. Respecto de las entidades financieras se hace una apreciación similar, en el sentido de que importan un registro o banco de datos privados,

7 SAQÜES, ob. cit. p. 622.

8 Idem, p. 626.

9 GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Habeas Data. Protección de datos personales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003 p. 283. El supuesto considerado por el autor es que se le da a la base de datos otro destino, y en particular se la ceda a terceros.

que no están destinados a proveer informes pero funcionan como fuentes de ellos. Para Gelli, la resolución del problema tiene que ver con definir el destino del dato, habilitando la acción cualquier expresión de información que se destine a redactar informes o a formar parte de informes para proveer a terceros. No obstante indica que la jurisprudencia al respecto no es uniforme¹⁰.

Al respecto cabe hacer la siguiente aclaración, en el fuero laboral se reseñan casos en donde se ha dado tratamiento a la acción de habeas data, pese a que fue dirigida contra el empleador, sin que conste que haga un uso de la información en los términos de las normas en análisis. Uno de los casos fue presentado por el sindicato Foetra, contra una empresa telefónica, por registrar en video mediante cámara oculta conversaciones de los trabajadores sobre temas gremiales y privados. El juzgado interviniente hizo lugar a la acción y condenó a la empresa por considerar probada la existencia y difusión interna del video,

En una línea similar se plantea el problema de la interposición de la acción en contra de la asociación sindical respecto de la cual es trabajador es o ha estado afiliado. En un fallo con disidencia, se planteó el caso, resolviéndose a favor de acción de habeas data interpuesta frente a la renuencia de la asociación sindical de informar o enviar documentación al trabajador relativa a su expulsión del gremio¹³. Al respecto cabe indicar que estas asociaciones pueden tener registro de sus afiliados pese a tratarse de información sensible por expresa autorización de la ley 25.326 (art. 7). No obstante, como se observa en dicho caso no son claras sus obligaciones en el marco de la ley, atento no dedicarse a emitir informes.

En el plano estrictamente legal el Código Civil y Comercial de la nación como novedad ha regulado en forma sistemática los derechos personalísimos. El art. 51 dispone que: "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho



y que se usó dicha información en forma peyorativa y discriminatoria, violando el derecho a la intimidad y la privacidad. Se debe tener en cuenta que dicho caso data de 1998, es decir, es previo a la reglamentación de la acción¹¹. El otro planteo de habeas data fue efectuado por trabajadores de un nosocomio. Se dio tratamiento a la acción pero no progresó porque el tribunal no entendió que el supuesto denunciado por los trabajadores implique uso indebido de datos personales. En el caso, el reclamo se basaba en la ilicitud del requerimiento del registro de huellas dactilares para control de asistencia mediante marcación. En consecuencia, para el tribunal no implicaba en sí almacenamiento de datos dada esa finalidad explicada por el empleador¹².

al reconocimiento y respeto de su dignidad". En tanto el art. 52 establece que "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...". El artículo remite al Libro Tercero, Título V, Capítulo I, es decir a un conjunto de artículos relativos a responsabilidad civil, agrupados a partir del art. 1708. En ese marco y para el tema que nos ocupa no se debe perder de vista lo dispuesto por el art. 1720, que dispone que el consentimiento libre e informado del damnificado, en tanto no haya abuso, libera de responsabilidad en la lesión de bienes disponibles.

10 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003 pp. 414 y 415.

11 Reseña en Página 12, disponible on line en <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-07/99-07-08/pag19.htm>, consultado el 25/5/2016.

12 Reseña disponible on line en <http://www.informaticalegal.com>.

ar/2010/03/27/justicia-saltena-rechaza-habeas-data-y-avala-el-control-de-personal-por-lectura-de-huellas-digitales/ consultado el 25/5/2016.

13 CTrab y Minas Santiago del Estero, del 11/04/2007 "Juárez, José Alberto c. ATSA Santiago del Estero s/acción de amparo - habeas data", La Ley on line AR/JUR/9689/2007. AR/JUR/9689/2007 AR/JUR/9689/2007 AR/JUR/9689/2007

En relación a un uso inadecuado de lo conocido sobre aspectos íntimos de alguna persona, cabe mencionar también la posibilidad de la aplicación de la ley 23.592, sobre actos discriminatorios. Por último, específicamente relativo al almacenamiento y difusión de datos personales el art. 157 bis del Código Penal incorporó tres figuras nuevas con pena de prisión de un mes a dos años. De esta manera, incurre en delito el que: “1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley. 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales”. Claramente, los supuestos que generan responsabilidad penal son bastante más graves que los que generan responsabilidad civil, en general o en el ámbito de las relaciones de trabajo, pero es una posibilidad la concurrencia de ilícitos.

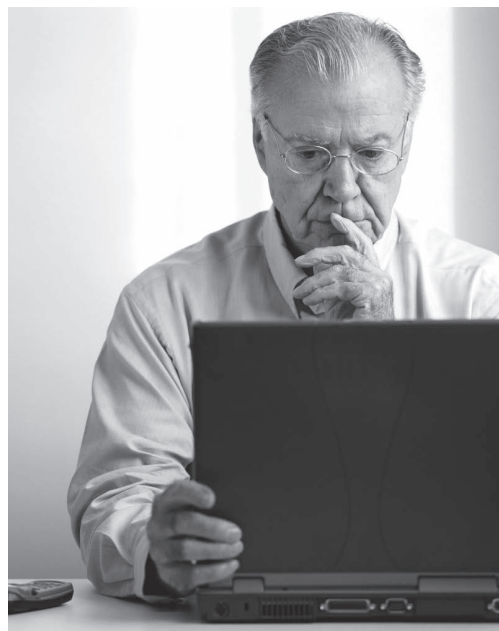
IV. LA RECEPCIÓN LEGAL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

Lo que la Constitución Nacional protege es el derecho fundamental a la privacidad, en los términos del art. 19, que en principio es un derecho de todo particular frente al Estado. Eso tenía que ver con una cuestión histórica, el constitucionalismo moderno nace para limitar al Estado absoluto, y las constituciones a la par, han receptado en forma expresa los derechos humanos. Luego, fruto de otros contextos, como el desplazamiento de algunos aspectos del poder del Estado, hacia centros de poder privado, aquello ha evolucionado al punto de requerirse que los derechos fundamentales también puedan ser exigidos por los particulares de manera recíproca. Ese fenómeno también ocurre en relación a los derechos contenidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. De hecho, la cuestión es parte de lo que se llama “eficacia horizontal o pluridimensional de los derechos fundamentales” producto de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* de Nipperdey¹⁴. En tanto, en nuestro país el fenómeno actualmente ha quedado materializado en el orden de fuentes establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 y 2¹⁵.

14 MELIS VALENCIA, Christian –Derechos de ciudadanía y empresa. Apuntes para una configuración dogmática jurídica – Disponible on line en http://hunwv.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf consultado el 14/3/15, p. 3.

15 ARESE, Mauricio César, Derechos Humanos, la “constitucionalización” del derecho privado y el derecho del trabajo, en *Revista de Derecho Laboral* 2015-2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015 p. 58. El art. 1 CCC dispone que: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto,

Dada esa horizontalidad en la exigibilidad de los derechos fundamentales en el plano civil y comercial, se debe afirmar que ocurre algo similar en materia de derecho laboral. Los llamados derechos fundamentales del trabajador tienen al menos tres fuentes, una es el art. 14 bis de Constitución Nacional, la otra es la Declaración de OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, y por último lo que se denomina derechos fundamentales “generales o inespecíficos”. Estos últimos son los propios de toda persona, carácter que posee el trabajador y que no puede ser desvirtuado por la subordinación incita en la relación de trabajo. Además, como derechos inherentes a las personas en sí mismas, rigen a estas en todos los actos de su vida, sin necesidad de que para su efectividad se encuentren regulados en cada rama del derecho¹⁶. En ese sentido, de “traspasamiento” de los derechos fundamentales hacia adentro de la relación laboral, se ha hablado de ciudadanía de empresa o democratización empresarial, por ejemplo¹⁷.



En el orden legal, la Ley de Contrato de Trabajo a partir del art. 70, resguarda algunos aspectos de la intimidad de los trabajadores, en particular en materia de controles personales. Respecto a lo que se puede calificar información sensible el art. 73, que dispone que: “El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar

se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. En tanto el art. 2 CCC establece que: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”

16 YADON, Valeria, Los poderes de organización y dirección empresarial y los derechos personalísimos del trabajador, en *Revista de Derecho Laboral* 2015-2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015 pp. 125 y 126.

17 COLMENARES BASTIDAS, Ana María, Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* N° 13, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., año 2011, p.67 y ARESE, Protección... cit. p. 98

encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador”. Como contrapartida, la norma protege el derecho a la libertad de expresión del trabajador, permitiendo que manifieste sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto no interfiera en el normal desarrollo de las tareas. Dicha norma se relaciona con los arts. 17 y 81 que prohíben utilizar con fines discriminatorios informaciones de esas características en perjuicio del trabajador, o generar tratos desiguales arbitrarios en virtud de aquéllas. Sin perjuicio de lo dicho, el eje rector de la relación siempre será el principio de buena fe (art. 63) y el límite de los poderes de empleador está establecido principalmente por lo dispuesto en el art. 68. Según dicha norma el empleador debe actuar conforme la ley, estatutos profesionales, convenios colectivos, consejos de empresa y en su caso reglamentos internos. Además, “siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho”.

También para el ámbito laboral y en particular sobre la problemática en estudio hay instrumentos de OIT que caben analizar. La cuestión del almacenamiento y difusión de datos personales del trabajador en una preocupación de la institución desde hace mucho. Eso ha quedado plasmado en diferentes instrumentos, por ejemplo el Convenio N° 181 “Sobre las agencias de empleo privadas” de 1997 (no ratificado por nuestro país), que es una revisión del Convenio de 1949 sobre dicha temática, la Recomendación N° 188 también de 1997¹⁸, y el Repertorio de Recomendaciones Prácticas “Sobre la protección de los datos de los trabajadores” de 1996.

En lo relativo a las agencias de empleo se reconoce el papel que desempeñan en el funcionamiento del mercado de trabajo, y se advierte que es necesario proteger a los trabajadores frente a los abusos. Asimismo el Convenio 181 reconoce la necesidad de garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el dialogo social, para el funcionamiento de un “buen sistema de relaciones laborales”. Respecto a estas además de regular cuestiones de su funcionamiento les prohíbe efectuar discriminaciones de cualquier índole sobre los postulantes a empleo. En materia de datos personales dispone que el tratamiento de los mismos debe “efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”. Se dispone además que

18 Al respecto dice el art. 11: “Se debería prohibir a las agencias de empleo privadas que consignen en ficheros o en registros datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración.” Y por su parte el art. 12. 1) Las agencias de empleo privadas deberían conservar los datos personales de un trabajador únicamente mientras esté justificado por los fines concretos para los cuales hayan sido recabados, o únicamente mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo 2) Se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales. Estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos. 3) Excepto cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo”.



deben “limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente”.

En tanto, en el repertorio se pone de manifiesto que los empleadores recaban datos de los trabajadores y de candidatos a empleo, y que hay varios propósitos para hacerlo. Entre ellos, acatar la legislación, respaldar la selección de candidatos, la formación y promoción del personal, salvaguardar la seguridad personal y la laboral, el control de calidad, la protección de los bienes etc. Se destaca que hay nuevas formas de recolección y de procesamiento de datos que ponen en peligro a los trabajadores, y que esas circunstancias exigen algún “refuerzo normativo” para adecuar la legislación existente sobre el tema. Con ese fundamento OIT elabora un análisis de situaciones de riesgo y orienta a los Estados y a los actores de la negociación colectiva para formular (o reformular) normas en el sentido de la mejor protección de los trabajadores. Cabe considerar además que el documento fue elaborado en base a un concepto amplio de “dato” que va más allá de la información personal del trabajador, como asiento en un registro, sino que es “todo tipo de información sobre un trabajador”. De esa forma se incluye por ejemplo a toda la información recabada por medios electrónicos como cámaras, medios de monitoreo y los distintos modos de control que tiene a su disposición el empleador.

V. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES

Sin ánimos de agotar todas las posibilidades que pueden surgir en torno al tema objeto de análisis, se pueden resumir los principales aspectos al respecto del siguiente modo. Conforme indica OIT, para la formalización del contrato, hay ciertos datos que el trabajador debe proporcionar al empleador, además se trata de aspectos prácticos de su desarrollo. Se trata por ejemplo de algunos datos personales: nombre, domicilio, fecha de nacimiento, estado civil y la existencia de familiares a cargo, datos sobre estudios cursados y capacitación. Asimismo conforme la legislación vigente se efectúa estudios médicos en distintas etapas de la relación, y esa información es almacenada por el empleador o las instituciones de salud que las practican. Incluso, algunos antecedentes médicos quedan en poder del empleador al momento de requerirse licencias por enfermedad. El otorgamiento de estos datos tienen una finalidad en el contrato, por ejemplo, pueden ser relevantes para medir la aptitud del aspirante, y sirven para la elaboración de los recibos de haberes, determinar la extensión de los salarios de enfermedad según el art. 208

LCT, etc. Son datos cuyo otorgamiento tiene su razón de ser en las obligaciones que debe cumplir el empleador frente a la legislación, y es deber del trabajador proporcionarlos.

Dicho aquello hay algunas cuestiones a considerar en torno a la facultad de almacenar datos personales y los límites para hacerlo. En primer lugar, al no ser lícita la obtención por parte del empleador de “datos sensibles” tal como lo dispone la propia LCT, es evidente la regla general en relación al registro y mantenimiento de bases de datos. El empleador, y las agencias de empleo u otras empresas o entidades afines, conforme los arts. 4 y 7 de la ley 25.326, solo podrán almacenar datos relacionados con las aptitudes laborales de las personas, no siendo válido el asiento de otra información.

En consecuencia, siendo válido el almacenamiento de datos es muy importante que quienes manejen esa información lo hagan en forma responsable y resguardando su contenido de terceros no autorizados para acceder a ellos. Es parte del cumplimiento del deber de buena fe y de indemnidad que tiene el empleador, y para las organizaciones que manejen datos personales, la ley 25.326 establece dicha obligación en los arts. 9 y 10. Frente a la cesión o transferencia de datos la ley también contiene reglamentación.

Dentro del Repertorio de recomendaciones de OIT se destaca que la información almacenada solamente debe ser usada con la finalidad para la cual se recabó. Sobre el punto hay un caso muy particular en la jurisprudencia española, la empresa Renfe utilizó incorrectamente información de sus registros, cuyo asiento originalmente fue válido y fue previsto con otra finalidad. Se trata de la información sobre afiliación sindical, que es necesaria que esté en conocimiento del empleador a los fines del cumplimiento de sus obligaciones legales y convencionales. En el caso, dos de los sindicatos que actuaban dentro de la empresa convocaron a huelga, y no todos los afiliados habían participado. Sin embargo la empresa empleó, imprudentemente, su sistema de datos para descontar los días de huelga todos los trabajadores afiliados a los sindicatos convocantes sin hacer ninguna ponderación. Ante los reclamos previos la empresa reconoció el error, no obstante uno de los trabajadores perjudicados accionó judicialmente. El caso llega vía amparo ante el TSC, que consideró que la empresa había utilizado ilegítimamente un dato sensible, al margen de las consideraciones que se hicieron en relación a la conducta atentatoria de la libertad sindical en que se incurrió¹⁹. En forma similar la ley 25.326 establece que los datos no pueden ser usados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

19 STC sentencia 11/1998 (del 13 de enero), on line <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt-BR/Resolucion/Show/SENTENCIA/1998/11> consultado el 25/5/2016.

VI. FORMAS DE PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL TRABAJADOR.

Tal como se infiere de la multiplicidad de órdenes legales que tienen relación con el tema, el trabajador tiene a su alcance varias herramientas de protección, y a su vez varias formas de reparación. Si fuera el caso puede intentar una acción de amparo, conforme la ley 25.326, teniendo en cuenta las particularidades explicadas. También está a su alcance accionar por la cesación o reparación del daño según la ley 23.592, si el mismo tuviere que ver con un acto de discriminación. Cabe mencionar también que la ley 25.212, que incumbe específicamente a nuestra disciplina, en su art. 4 establece como una infracción “muy grave” a los actos de empleador “contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores” y también sanciona la realización de actos discriminatorios, en ambos casos imponiendo multas.

Son posibilidades también la obtención de la reparación por vía civil, atento la nueva normativa contenida en el Código Civil y Comercial, o laboral. Por otra parte, se entiende posible analizar la viabilidad de una acción de clase o colectiva por parte de los sindicatos, para hacer valer los intereses difusos de los trabajadores afectados, conforme el precedente “Halabi” de la CSJN²⁰.

20 ARESE, *Protección...*, cit. pp. 109 y 110.

VII. CONCLUSIÓN

Del análisis efectuado surge que los derechos de los trabajadores en torno al almacenamiento y manejo de datos personales están protegidos de varias maneras. No obstante, se debe efectuar una construcción interpretativa entre las distintas normas que tenemos a disposición en el ordenamiento jurídico para viabilizar los mecanismos de protección.

Como manual de buenas prácticas a implementar en el interior de las empresas, son de mucha utilidad las pautas dadas por el Repertorio de OIT sobre el tema. Cabe decir además, que en los puntos principales hay tratamiento homogéneo con lo que establece la ley 25.326. No obstante, como se explicó antes, dicha ley no es aplicable al empleador en tanto utilice con fines exclusivamente privados la información relativa a sus trabajadores. Al menos es lo que surge de modo expreso en la constitución y su reglamentación sin perjuicio de los antecedentes reseñados de utilización de habeas data.

Dada la facilidad con la que se almacenan grandes volúmenes de información, y las posibilidades de transferirlos, no es una preocupación menor el tema objeto de estudio. Fuera de lo que sería el derecho a la intimidad de los trabajadores, y si se quiere al derecho al honor, puede peligrar en ocasiones el derecho al trabajo y a no ser discriminado. Por tales motivos, aparece como necesaria y razonable una reglamentación más precisa del problema, con la finalidad de que las empresas propendan al tratamiento de datos personales en forma responsable. Por otra parte, una reglamentación clara es de utilidad para ambas partes, porque permite establecer un conjunto de derechos, obligaciones, sanciones y medios de reclamo para reconducir las acciones negativas que se pudieran generar.



Sonia Silvia Arriaran

LAS ACCIONES PREVENTIVAS DE DAÑOS Y LOS LEGITIMADOS Para Interponerlas



I. PLANTEO

El presente trabajo tiene como objeto analizar la noción acerca de la posibilidad de accionar preventivamente en materia de daños, que habilita el CCyC ley 26.994, en estrecha relación con el impacto del Código Civil y Comercial en el derecho del trabajo, surgiendo del nuevo cuerpo legal acciones que con anterioridad eran inhabilitadas o de dudosa admisibilidad. También sobre la legitimación ampliada que contempla, por la cual los sujetos activos de la relación jurídica procesal y de la relación jurídica sustancial, encuentran vías aptas e idóneas para prevenir el daño, o impedir su continuación o agravamiento, entre los que podemos enlistar a autónomos portadores de un derecho subjetivo, como el propio trabajador, y a otros que “acrediten un interés razonable” en la prevención de la producción de un daño, su continuación o agravamiento, lo que admite la titularidad de la acción en forma heterónoma, y que podrán ser sindicatos con personería gremial, o sindicatos inscriptos simplemente inscriptos, o representación gremial surgida de los hechos o en formación conforme lo tiene admitido la CSJN, también asociaciones civiles, simples asociaciones, gestores de negocios, titulares o legitimados para representar derechos colectivos, etc., con el recaudo de ostentar un “interés razonable”, que sustenta una ampliación en la legitimación.

La legislación en análisis, está contenida en el LIBRO III “DERECHOS PERSONALES”, TÍTULO V “OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES”, CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD CIVIL SECCIÓN 1ª “Disposiciones Generales” y SECCIÓN 2ª “Función preventiva ...”, que es la novedosa y que se articula con las normas específicas del derecho laboral, a fin de establecer el fundamento en derecho de las acciones preventivas cuya admisibilidad se propone. También se relaciona con la Tutela Preventiva de los arts. 1031 y 1032 del CCyC.

II. DESARROLLO

OBJETO – POSTULACIÓN Y ADMISIBILIDAD

En primer lugar, cuadra destacar que el art. 1708 CCyC, bajo la titulación de “Funciones de la responsabilidad”, establece que las disposiciones del Título “Otras fuentes de las Obligaciones”, son aplicables tanto a la prevención del daño, cuanto a su reparación.

Por tanto, se encuentra habilitada la promoción de la acción, postulando la pretensión de prevenir un daño o evitar su agravamiento si ya se produjo un daño, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer.

La norma hace un giro legislativo destacado, toda vez que el anterior cuerpo normativo reemplazado, el CC,

solamente atendía al daño una vez producido, por vía de reparación en especie en cuanto era posible, o en dinero si no era posible restituir las cosas al estado anterior de la causación del daño; y el legitimado era únicamente el damnificado, único titular del derecho subjetivo, y en la medida de la lesión efectiva a éste, o los herederos en su caso. No existían acciones autónomas de prevención del daño. Las acciones de prevención del daño, o el peligro de daño, solamente eran previstas en la ley de protección del ambiente, de otro fuero, y para otro objeto.

La ley 24557 –así como en legislación complementaria-, cuenta entre sus objetivos (art. 1º) el de la prevención de los riesgos del trabajo y la reducción de la siniestralidad, siendo este vector, el que informa con preeminencia la letra de dicha ley. Trata



en el Capítulo II completo, bajo el título “DE LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DEL TRABAJO”, de las obligaciones y conductas positivas que deben asumir los actores, que atañen en especial y como actor principal del sistema, a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, con la imposición de deberes y la obligación de adoptar medidas positivas, en su texto denominadas “medidas legalmente previstas” (art 4º inc. 1º), y, sin perjuicio de otras actuaciones, la de realizar compromisos concretos de cumplir con las normas de higiene y seguridad en el trabajo, planes de acción con evaluaciones periódicas, visitas de control, medidas correctivas, capacitaciones; planes de mejoramiento y otros aspectos, puestos en cabeza de los empleadores, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y también los trabajadores.

Pero el particular trabajador colocado en estado de peligro de ser dañado o para el evitar el agravamiento de un daño ya infligido, carecía de acciones autó-

nomas y personales o a través de la representación heterónoma sindical o de una asociación de trabajadores que ostentara un interés legítimo para peticionar reclamando el cumplimiento de la seguridad en su ámbito de trabajo, por razones de peligro de daño o agravamiento de uno ya causado. Solamente podía penalizar los incumplimientos por peligros de daños y para el efectivo cumplimiento del deber de prevención, devenidos de los incumplimientos de la ley de higiene y seguridad en el trabajo, los planes de acción y los contratos de afiliación a las ART, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. También las ART en tanto pueden denunciar los incumplimientos de sus propios clientes, los empleadores con los que tengan un contrato de afiliación suscripto, lo que determina que la legislación quedara en la esfera de la expresión de deseos sin aplicación

hecho o en ocasión o por motivo del trabajo dependiente, la normativa del CCyC será en todos los casos aplicable cuando haya peligro de daño, y aunque aún no se hubiera producido un daño cierto, probable, cuantificable, futuro o actual, determinado o determinable. En el entendimiento que el CCyC regula como legislación común, los derechos y obligaciones de las personas, y que la normativa especial en materia de daños laborales, debiera ser protectoria en mayor medida que la legislación común para los trabajadores, en vistas al cumplimiento de la manda constitucional del art. 14 bis CN. En el principio rector que la legislación especial debe otorgar mayores derechos a los trabajadores, y de ninguna manera privarlos de los comunes, generales y mínimos de la legislación común, fue dictada en 1915 la ley 9688.

Es por ello que la acción preventiva del daño prevista en el CCyC, arts. 1710, 1711, establece una legitimación *ad processum* y *ad causam*, de gran amplitud, previendo más que una facultad o potestad, un deber (art. 1710); encontrándose delineada específicamente en el art. 1712. La condición es la existencia de una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, y del deber de prevenir o no agravar un daño, de la persona “en cuanto de ella dependa”.

ANTI JURIDICIDAD

Las acciones u omisiones que habilitan las acciones preventivas, son procedentes en tanto se configuren acciones u omisiones antijurídicas, vale decir, vedadas por el ordenamiento jurídico, en cualesquiera de sus manifestaciones normativas.

En la Sección 2°, reguladora de la función preventiva, no se enumeran eximentes para apartarse del deber de prevención del daño, puesto que su función es, justamente, preventiva; por lo que los supuestos de justificación de la antijuridicidad previstos en la Sección 3° sobre función resarcitoria, las excepciones aplicarán solamente para en caso de la causación efectiva del daño, y no para su prevención. Por lo que los eximentes previstos en el art. 1718 de legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho, serán de aplicación para cuando el daño fue efectivamente producido. Y también si fueron concluidas las acciones u omisiones dañosas. Puesto que si persiste el peligro de daño, por continuación o por tener las acciones u omisiones dañosas, la virtualidad de agravar un daño ya producido, también será apta la tutela judicial de prevención del daño, sin justificaciones de la antijuridicidad.

FACTOR DE ATRIBUCIÓN

En cuanto al factor de atribución en materia de prevención del daño, la norma que la contempla es el art. 1711 del mismo cuerpo legal, estableciendo

en los hechos, dado que siendo las ART personas jurídicas con fines de lucro, no puede previsiblemente esperarse que fueran, ni sean, las denunciantes de sus propios clientes.

Retomando la regulación introducida por el CCyC, en cuanto a la responsabilidad civil, el art 1709 CCyC establece la prelación normativa en caso de concurrencia de normas del mismo Código y leyes especiales de responsabilidad civil, disponiendo, en primer lugar: “a. las normas indisponibles de este Código y de la ley especial”, y en “c. las normas supletorias de la ley especial”, que aplicarían en directo a la materia laboral por siniestros laborales producidos, y, ahora también, por peligros de siniestros laborales, sin perjuicio de la normativa correlativa, concordante y sistemática además de la citada.

Por tanto, sin perjuicio de las leyes especiales que regulan la prevención y los daños ocasionados en el





prístinamente que “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”, lo que también es un avance legislativo de orden positivo en relación a la apertura del acceso a la justicia integrativo de la tutela judicial efectiva.

En el aspecto del factor de atribución, la normativa de la acción preventiva del daño, difiere de la acción resarcitoria.

En la acción resarcitoria, condición o requisito de la legitimación *ad causam*, es la existencia del factor de atribución, previsto en los arts. 1721 a 1725, estableciendo la responsabilidad basada en factores objetivos o subjetivos, con el agregado que en caso de ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa. No resulta clara la norma, dado que no hay ausencia de normativa, puesto que las normas son las que se encuentran bajo análisis. De lo que podrá concluirse que la ausencia de normativa estará referida a la ausencia de previsiones sobre responsabilidad en regímenes especiales, lo que es una redundancia, porque el derecho civil y comercial es derecho común, con excepción de la materia penal y tributaria, que reconocen su diversidad, en los aspectos centrales, desde la misma Norma Suprema.

Por otra parte, en las acciones resarcitorias, la responsabilidad objetiva es prevista específicamente en el art. 1723, cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor “debe obtener un resultado determinado”.

En la especie, el “resultado” de no dañar, cuanto el resultado de la prevención o peligro de daño, devienen desde antes de la entrada en vigencia del CCyC, de la obligación de seguridad del art. 76 LCT, normativa de Riesgos del Trabajo y la legislación específica sobre Higiene y Seguridad en el trabajo, y sus reglamentarias, correlativas y concordantes.

Por tanto, el CCyC amplía y clarifica las funciones, acciones y responsabilidades en materia de daño laboral y su prevención, tanto en la función preventiva, como en la función resarcitoria.

NEXO CAUSAL

El nexo causal, en cambio, no tiene regulación expresa en la Sección 2° “Función preventiva y punición excesiva” que contiene las normas que dan sustento a la acción preventiva.

Pero éste deberá estar siempre presente, pues es el vínculo necesario para articular el objeto o pretensión de la acción, con el sujeto pasivo de la relación jurídica, procesal y sustancial.

Se encuentra regulado en la Sección 3° “Función resarcitoria”, y es requisito ineludible con previsión expresa en el art. 1726. Los previstos son similares a los exigidos con previdencia a la entrada en vigencia del CCyC para la procedencia de acciones: responsabilidad civil por los supuestos subjetivos (culpa –imprudencia, negligencia impericia, - y dolo, art. 1109 CC) y el objetivo (art. 1113 CC). Tal requisito está presente en todas las acciones, incluidas las de seguridad social v.gr., en las que los únicos requisitos de procedencia de las acciones son el daño y el nexo causal.

Mas, en cuanto a las acciones materia del presente trabajo, las acciones preventivas, el daño tampoco es un requisito, habiéndose ampliado también el objeto o causa petendi de la acción o proceso al peligro de daño.

LEGITIMACIÓN

Especial énfasis se propone en cuanto a la legitimación, dado que a la par de autorizar el CCyC la promoción de acciones preventivas de daños, también amplía notablemente la legitimación de las personas llamadas a integrar el proceso desde la parte de sujetos activos.

Para la determinación de la legitimación activa, el art. 1712 establece que se requiere la acreditación de un interés razonable en la prevención del daño. Lo que nos remite a la teoría de la legitimación, que con anterioridad, era rigurosa en cuanto a las exigencias de las legitimaciones procesales y sustanciales, muchas veces obstativas de los ejercicios de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Nacional y Tratados e instrumentos internacionales. Como que, se reitera, para accionar por un derecho de un trabajador en materia de daños, era necesario que el mismo ya se hubiera ocasionado.

En la clasificación de los derechos en cuanto a las escalas de acciones que habilitaban, uno de los requisitos de las acciones en general, era la titularidad, exclusiva o no, de un derecho subjetivo, dejando fuera del acceso a la justicia una gran cantidad de supuestos en los que la persona o grupos

de personas ostentaban un interés legítimo, o un simple interés, como el caso paradigmático de los derechos colectivos y/o difusos.

Se ha evolucionado de los conceptos de derecho de acción y derecho a la jurisdicción (derecho al proceso una vez reconocido el derecho de acción); del derecho a ser oído y de petición y del de defensa en juicio, al de la “tutela judicial efectiva”. Que, en general, comprende el derecho de acción y de defensa, de derechos subjetivos y todos los derechos de pertenencia exclusiva, que eran los únicos que tenían reconocida tutela judicial, para expandirse a otros derechos que ya no son de pertenencia exclusiva, (como los del ambiente y de los usuarios y consumidores, entre los que tienen una regulación en derecho interno) entre otros (también a garantizar tribunales judiciales independientes e imparciales, al debido proceso material superando la concepción del derecho procesal como meramente instrumental, formal o adjetivo). Todo lo que se relaciona con la captación de la persona en su faz social.

El acceso a la justicia, y el engranaje que pone en marcha, que es recorrer todo el camino, hasta el desenlace, es un derecho promovido y protegido por el sistema internacional. Ha tenido la virtualidad de establecer normas procesales, que trascienden la mera instrumentalidad, para colocar al proceso como una garantía en sí mismo, integrativo del *jus cogens*. La transformación del derecho procesal, es claramente advertido desde la obligatoriedad del cumplimiento de los Tratados e instrumentos internacionales, y se refleja con claridad en los aspectos procesales introducidos por el CCyC. En cuanto de derechos fundamentales se trate, o en el caso que se establecen normas y medios procesales como clausula asegurativa del derecho de fondo, no estará violándose la zona de reserva de la materia procesal, que es materia no delegada por las Provincias a la Nación, y se mantiene en la zona de reserva de las provincias.

Podemos afirmar que con anterioridad al impacto de la legislación de los nuevos derechos y garantías de la C.N., en especial las previsiones de los artículos 41 a 43, y la incorporación de la legislación supranacional como imperativa y operativa, la legitimación podía claramente ser definida y clasificada, casi sin interrogantes por su claridad conceptual, en legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum*.

La primera, correspondiente al dueño del derecho, a quien porta el derecho a proponer la pretensión de la acción judicial; el interés para obrar, referido a la capacidad para integrar la relación jurídico-sustancial, y en cuyo favor tenga eficacia la cosa juzgada. No debe ser estrictamente revisada al momento de proponer la demanda, puesto que podría configurarse un supuesto de denegación de justicia o de adelanto de la opinión del juez.

En forma indubitada, la legitimación *ad causam* pertenecía al titular del derecho subjetivo o del interés legítimo por el que pedía tutela judicial, que le correspondía en la medida de la individualización del daño padecido o del derecho conculcado, cuya reparación, reconocimiento o restitución perseguía. Uno de los presupuestos era la titulari-

dad exclusiva (excluyente o no, en casos de litis-consorcios necesarios o voluntarios, comunidad), puesta en cabeza del reclamante.

La legitimación *ad causam* se identifica con la capacidad, sustancial o material, desde uno de los extremos de quien postula la pretensión o la repele, de titularizar un derecho o de repeler el presunto de otro sujeto, y hacerlo valer en un proceso, para lo cual, deben confluir la pertenencia del derecho y el interés para obrar (que puede perseguir una declaración o una ejecución, que definen las sentencias declarativas o ejecutivas), en definitiva, la titularidad del derecho subjetivo, como requisito necesario para el acogimiento de la demanda. Era condición para la procedencia de la acción. Es la parte de la relación jurídica sustancial del proceso. Por ello, la pertenencia del derecho y su titularidad, no ameritan que sea revisada al inicio, desechando los rechazos *in limine* (salvo pretensiones que requieran una palmaria acreditación, como una demanda por alimentos de menores, que corresponderá ejercerla al titular de la acción (no del



derecho), y se convierte en una necesidad para recorrer el proceso hasta el dictado de la sentencia, que podrá estimar o desestimar la demanda.

La legitimación *ad causam* es la que se identifica como parte, en cuanto al sujeto que la ejerce, de la relación jurídica sustancial, sustrato material que autoriza a la parte a recorrer el camino judicial. En cuanto estimada la demanda en la sentencia, la legitimación coincidirá con el derecho postulado como sustento de la pretensión. En la teoría clásica, se corresponde con un derecho personal o con la necesidad legal de representar el derecho sustancial de otro, y la sentencia adjudicará si quien demandó era quien debía hacerlo (parte legítima).

Conforme la teoría de la acción, el titular de la acción no siempre coincide con el titular del derecho, valiendo como ejemplo el caso de la representación legal o necesaria de los menores o incapaces, quienes tienen disociados de su persona a la titularidad de la acción (también flexibilizada desde la entrada en vigencia del CCyC), que el sistema normativo

pone en los representantes, y no del titular de la relación jurídica sustancial. Vale decir, el legitimado ad causam es el titular del ejercicio de la acción, en estos casos. Se identifica con el derecho a postulación, a proponer la pretensión u objeto de la demanda, y a obtener una resolución, favorable o adversa, mas, no es coincidente con la titularidad del derecho, sino con el derecho a excitar la actividad del órgano jurisdiccional, abriendo el proceso.

Se relaciona entrañablemente con el interés para obrar.

La legitimación ad processum refiere, en cambio, a la aptitud para estar en juicio, a la plena condición para obrar, y se vincula a la capacidad plena y a la representación. Por lo que excluye a personas con capacidad restringida e inhabilita-

Cada una de las legitimaciones, representa la clásica división entre derecho material o sustancial, que es el de la legitimación ad causam, y la del derecho procesal o adjetivo, que es la legitimación ad processum.

Ambas son coincidentes en las finalidades tanto de investir de validez a la relación jurídica que se constituye, cuanto a la eficacia de la sentencia una vez pronunciada, que hará efectos a las “partes legítimas”, vale decir, a quienes debían estar en el proceso.

Mas, el concepto de “parte legítima”, dejaba fuera en la mayoría de los casos, en lugar de aludir e involucrar, el concepto de “interés para obrar”. Y este es al aspecto que ha cambiado radicalmente en el articulado del CCyC bajo análisis. El art. 1712 establece que se requiere la acreditación de un in-



dos, que requerirán de una representación legal o necesaria (menores, personas con capacidad restringida), o facultativos. También se articula con los aspectos como los relativos de sucesores procesales a título singular o universal, cedentes y cesionarios de derechos, o a cualquier otra figura con relación directa a la capacidad y la representación para estar en juicio. Vincula directamente a la pretensión o postulación, con el sujeto que la esgrime en un proceso. Generalmente, este aspecto de la legitimación, se analiza ab initio, sea por parte del órgano judicial, o a través del desplazamiento a quien se llama como contradictor mediante la articulación de excepciones previas. Es, en definitiva, la legitimación para obrar en el proceso.

terés razonable para invocar el objeto de la prevención del daño. Lo que es un supuesto de legitimación ad processum y ad causam antes excluido.

LEGITIMADOS ACTIVOS

A Los fines de promover la acción preventiva, que instrumente la función preventiva prevista en el CCyC, es requisito ostentar un “interés razonable” cfr. art. 1712, condición que habilita la legitimación ampliada, creando una categoría nueva y para una mayor cantidad de actores, que la que habilitaba la escala de derechos que originariamente

era utilizada por el derecho administrativo, de derecho subjetivo, interés legítimo y simple interés, y los devenidos a posterior como los colectivos y los difusos, de los cuales la única indubitaba que otorgaba legitimación era el derecho subjetivo, y en algunos casos el interés legítimo, y excepcionales casos para los derechos colectivos y difusos, previstos en la Ley general de ambiente y en la usuarios y consumidores.

La misma norma, también supera el estrecho margen procesal que para la inminencia en la producción de daños, dejaba la figura del amparo, único medio procesal para la prevención, con las limitaciones en varios aspectos, y también con limitaciones probatorias que el mismo tiene cuando la acreditación de los hechos requiere mayor complejidad.

También se habilita a los terceros a prevenir el daño, a tenor de lo dispuesto por el art. 1710, que imperativamente impone el deber de toda persona “en cuanto de ella dependa” a evitar un daño, tomar medidas razonables y cesar el agravamiento del daño producido. En efecto, el inc. B obliga a la persona, de la que dependa la no causación del daño o su continuación, aunque el responsable sea un tercero, a actuar conforme la legislación tratada.

Es así, que entre los autorizados u obligados a accionar, podemos enlistar al propio trabajador, investido desde la vigencia del CCyC de un derecho subjetivo autónomo para accionar preventivamente, y a otros que “acrediten un interés razonable” en la prevención de la producción de un daño, su continuación o agravamiento, lo que admite la titularidad de la acción en forma heterónoma, y que podrán ser sindicatos con personería gremial, o sindicatos inscriptos sin representación gremial, o representación gremial surgida de los hechos o en formación conforme lo tiene admitido la CSJN, también asociaciones civiles, simples asociaciones, gestores de negocios en los contratos de negocios en participación (arts. 1448 y sstes. CCyC), titulares de derechos colectivos, en definitiva, terceros que no sean responsables del daño pero que se encuentren en la posición de poder detener el daño o su continuación, etc..

FACULTADES JURISDICCIONALES

Las facultades jurisdiccionales también se amplían, a tenor de lo dispuesto en el art. 1713, al prescribir que la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer en forma definitiva o provisoria las obligaciones (dar, hacer, o no hacer) según corresponda, sea a pedido de parte o de oficio, superando la dicotomía habida entre las facultades de dictar sentencia extra o ultra petita de los Jueces, que había sido superada jurisprudencialmente desde la causa “Mill de Pereyra” de la CSJN, admitiendo la posibilidad de dictarse inconstitucionalidades de oficio, sin agravio a la congruencia y al derecho de defensa en las contiendas judiciales; por lo que igualmente podrá imponer obligaciones diversas a las contenidas en la pretensión, en miras a la con-

secución de la función preventiva requerida, con base en la eficacia y eficiencia de la resolución que fuera dictada, en la medida en que mantenga los recaudos procesales y sustanciales que sustenten su legalidad y legitimidad. Resaltan los conceptos de “interés razonable” incluido para reconocer la legitimación, del art. 1712, con las previsiones prescriptas para la sentencia del art. 1713, que, a modo finalista, expresa que “debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, que define por las claras, un concepto de razonabilidad que se incluye también para la sentencia, criterio éste que se reitera en cuanto a las facultades judiciales, en las mandas de los arts. Subsiguientes 1714 y 1715.

COMPETENCIA MATERIAL DEL FUERO LABORAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Es competente por razón de la materia la jurisdicción del fuero laboral, por aplicación del art. 1 Ley 7987.



III. CONCLUSIÓN

En primer lugar, cuadra advertir que el CCyC ha legislado sobre la prevención de daños, dando materia para acceder a la tutela judicial por medio de acciones que postulen como objeto o pretensión, la prevención de la producción del daño, su continuación o agravamiento, es decir, el cese de las condiciones dañosas para evitar el agravamiento si los daños ya hubieran sido producidos, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer.

El otro aspecto bajo análisis, es el abanico de legitimados activamente que se ha ampliado notablemente, para instar la jurisdicción mediante acciones preventivas en casos de daños y de peligros de daños, involucrando al propio trabajador, investido desde la vigencia del CCyC de un derecho subjetivo autónomo para accionar preventivamente, y a otros que “acrediten un interés razonable” en la prevención de la producción de un daño, su continuación o agravamiento, lo que admite la titularidad de la acción en forma heterónoma, y que podrán ser sindicatos con personería gremial, o sindicatos inscriptos sin representación gremial, o representación gremial surgida de los hechos o en formación conforme lo tiene admitido la CSJN,

también asociaciones civiles, simples asociaciones, gestores de negocios en los contratos de negocios en participación (arts. 1448 y sstes. CCyC), titulares de derechos colectivos, etc.. El “interés razonable” exigido como condición para proponer la postulación, y que es la condición que habilita la legitimación ampliada, es una categoría novedosa dentro de la escala de derechos que originariamente era utilizada por el derecho administrativo, de derecho subjetivo, interés legítimo y simple interés, y los devenidos a posterior como los colectivos y los difusos.

La antijuricidad se mantiene como requisito de la procedencia, al igual que el nexo causal, no requiriéndose, en cambio, la necesidad de ningún factor de atribución.

Las facultades jurisdiccionales, también con ampliadas claramente, a tenor de las disposiciones de los arts. 1713 a 1715, en especial.

En definitiva, la conjugación de las normas del CCyC referidas, con las propias del derecho del trabajo, dan lugar a nuevas acciones integrativas de la tutela judicial efectiva, relacionadas con la prevención del daño, su continuación o su agravamiento, con renovados actores.



María Inés Laghezza

OBSERVACIONES de la **ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO**

Para la
protección
social

*“Hay que incorporar la vida al Derecho.
Las leyes habrían de prever las conse-
cuencias que producirán”.*

Manuela Carmena



I. INTRODUCCIÓN

La nueva ley de migraciones incorporó una perspectiva de niñez, reconociendo derechos de la infancia migrante. Sin embargo, el impacto de las políticas públicas implementadas con posterioridad, no pudieron receptar el interés superior del niño ni reconocer a la migración como un derecho humano. El requisito de acreditar tres años de residencia en el país, para acceder al beneficio social de la asignación universal por hijo (incorporado por el decreto 1602/2009), es inconstitucional al confrontar ese requisito con los instrumentos de derechos humanos ratificados por nuestro país.

El mencionado decreto introduce una distinción entre aquellos hijos de residentes legales con empleo formal, que perciben la asignación de la ley 24.714, y los hijos de los residentes legales que, paradójicamente, se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad por carecer de un trabajo formal. Estos son quienes deben acreditar los tres años de residencia.

II. RECEPCIÓN Y PROTECCIÓN DE EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

II.1. EN EL ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO

Argentina siempre tuvo tradición de recibir a los extranjeros. Si bien los tiempos de la colonia fueron más duros a la hora de aceptar hombres provenientes de otras naciones, debido a los controles que efectuaba la corona española, en todo el territorio se instalaron personas provenientes de Europa. En particular en Buenos Aires, un buen número de británicos logró asentarse y prosperar económicamente.

Una vez producida la Independencia, esos mismos británicos (devenidos en comerciantes y terratenientes), colaboraron con el quehacer político y cultural de la incipiente nación. Ya en 1822 se promulgó una ley de enfiteusis que propiciaba la ocupación de tierras por parte de colonos extranjeros que se proyectaba vendrían a trabajar la tierra. Aunque la medida no prosperó por conflictos internos (principalmente la guerra civil), ya se notan los esfuerzos por poblar el territorio con hombres venidos del extranjero. Tal era el interés por estrechar lazos con los extranjeros residentes, que el 2 de febrero de 1825 se celebra un tratado anglo-argentino, que entre otras cuestiones evitaba la leva militar forzosa de los ciudadanos británicos instalados en nuestro territorio.

Durante la primera mitad del siglo XIX, numerosas familias provenientes del país de Gales y Escocia se asentaron en la pampa argentina, dedicándose principalmente a la cría de ovejas. Constituyeron así una incipiente clase media rural, favorecida por el gobierno de Juan Manuel de Rosas. Otra medida tendiente a favorecer la llegada de extranjeros, fue la libertad de cultos que ejercía Rosas. Varios templos protestantes (rito nacional alemán y anglicano, principalmente), fueron autorizados a instalarse y desarrollar culto público, con la exigencia de que lo hiciesen en su idioma natal. Esto buscaba desalentar las conversiones de los nativos. Durante el largo gobierno de Rosas también se atrajo a inmigrantes “gallegos”¹. Estos se contrataban en España y debían trabajar en campos bonaerenses hasta que saldaran las deudas que ocasionaba su viaje. Una vez cumplido el contrato, se instalaban en la ciudad o en pequeños emprendimientos rurales propios. Otro ejemplo que clarifica no sólo el proceder de los gobiernos, sino también la facilidad



con que los argentinos abrazaban a los extranjeros, se da en el hecho de que aun cuando Argentina estuvo en guerra con Francia (1838-1840) y con la coalición anglo francesa (1845-1850), los ciudadanos de dichas naciones que habitaban en nuestro país siempre fueron respetados en sus derechos, en sus personas y en sus propiedades.

El interés por fomentar la inmigración se vuelve más patente en pensadores como Sarmiento y Alberdi. El autor de las Bases, sostiene: “*Gobernar es poblar en el sentido que poblar es educar, mejorar, civilizar, enriquecer y engrandecer espontánea y rápidamente, como ha sucedido en los Estados Unidos*”². Proponía firmar tratados con los estados extranjeros favorables para el inmigrante, que de-

¹ En realidad españoles, pero se creó la costumbre de llamarlos gallegos. Cuestión que se mantiene hasta nuestros días.

² ALBERDI, Juan B; *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires. La cultura argentina, 1915, p. 14.

bería venir en forma espontánea a trabajar al país. Para ello consideraba prioritario asegurar la tolerancia religiosa³.

Sarmiento, por su parte, ya desde 1841 bregaba por la venida de inmigrantes. Sostiene que el amor al suelo patrio *“es el sentimiento más bello que la naturaleza ha puesto en el corazón del hombre”*. Pero no ha de transformarse en *“una pasión brutal, hostil al género humano”*. Esto lo lleva a afirmar más adelante que *“Cuando la Constitución de un Estado ofrece a los extranjeros un asilo sagrado, no concede un favor (...). Reconoce un derecho que pertenece a todos los hombres, en todos los países, cuya violación sería uno de esos muchos actos de barbarie que han manchado la historia humana”*⁴.

Esta idea de la conveniencia de que nuestro país acoja con brazos abiertos a los extranjeros, se convierte en una política de estado. El propio preámbulo de la constitución de 1853 lo consa-

oficial de la inmigración europea. Aunque, como ya dijimos, no de cualquier país europeo.

A principios del siglo XX las estadísticas poblacionales indicaban que las políticas migratorias argentinas eran muy flexibles y que era, de hecho, un país de puertas abiertas: en Buenos Aires, 2 de cada 3 hombres eran extranjeros. Tengamos en cuenta que si bien New York, por esos mismos años, había recibido muchísima más inmigración, sólo 4 de cada 10 habitantes eran extranjeros. Los inmigrantes “no deseables”, como españoles, italianos, judíos y musulmanes, se instalaron en nuestro país sin grandes complicaciones⁵. Claro ejemplo de la acogida y de la prosperidad de los extranjeros, es que en nuestro país nunca existió persecución religiosa y los casos de xenofobia han sido siempre aislados. Basta recordar que hoy en día la segunda comunidad más grande de judíos en el mundo fuera de Israel es la de Buenos Aires⁶.



gra como un contenido pétreo, al inmortalizar que se aseguraran los beneficios de la libertad *“para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”*. Formula que se mantuvo en todas las reformas constitucionales, inclusive en la de 1994.

Aquí hay que hacer la salvedad de que la inmigración que deseaban tanto Alberdi como Sarmiento y los prohombres de su generación, no era cualquiera. Pretendían que en el país se instalaran ingleses, alemanes o franceses. Esto se explica en que esas naciones eran las que estaban a la avanzada cultural y tecnológica de la época. Por eso el antiguo artículo 25 declaraba expresamente la promoción

II.II. SITUACIÓN ACTUAL

El problema de la migración es la punta de un iceberg. Detrás de una persona que decide abandonar su país, existen causas estructurales que lo impulsan. La migración es un fenómeno multicausal. Se encuentra relacionado a la vulneración de derechos sufridos en el país de origen. La guerra se presenta como el factor más visible, pero no es el único. La deforestación, la pérdida del hábitat, la pobreza, la falta de oportunidades para el desarrollo del potencial humano, problemas medio ambientales y la desigualdad social, entre otras causas, son también los motivos de la movilidad humana.

Más de 60 millones de personas son refugiadas y desplazadas. Esto significa que, hoy en día, 1 de cada 122 personas es refugiado, desplazado o busca asilo. En el año 2014 unos 50 mil niños no acompañados fueron obligados a desplazarse y pedir alojamiento en algún otro país del mundo⁷.

En Argentina el número de solicitudes de asilo presentadas en el año 2014⁸, fue de 831 personas (257 mujeres y 454 hombres). Estos fueron los extranjeros con más solicitudes:

- **Senegaleses: 100 solicitudes de asilo (en el año 2012 se presentaron 706 solicitudes);**
- **Colombianos: 153 solicitudes;**
- **Sirios: 90 solicitudes (a través del “Programa Siria” de visado humanitario);**
- **Ghaneses: 41 solicitudes**
- **Haitianos: 65 solicitudes.**

³ Decisiva fue la intervención del presbítero Benjamín Lavaysse, delegado por Santiago del Estero, para la defensa de la libertad de cultos durante la Convención Constituyente de 1853.

⁴ SARMIENTO, Domingo F.; “Inmigración y Colonización”, en *Obras completas*, T. XXIII. Buenos Aires. Imprenta y Litografía “Mariano Moreno”, 1898, p. 14.

⁵ Aunque a los judíos de Europa se les dificultó burocráticamente el ingreso en los tiempos de la Segunda Guerra Mundial.

⁶ La primera es la de New York (EE.UU.).

⁷ En <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/>

⁸ Según encuesta del ACNUR (periodo 2013-2014)

La CONARE (Comisión Nacional para Refugiados), resolvió conceder el estatuto de refugiados a 92 personas, mientras que se lo denegó a 348 personas⁹.

A finales del 2014 la población refugiada registrada fue de 3.498, de las cuales el 65% pertenecen a la población *económicamente activa*.

En América Latina existe el conflicto del “triángulo norte”. Países como Colombia, Honduras, Guatemala y El Salvador, también obligaron a miles de personas a desplazarse. En el Salvador existen unos 70 mil refugiados¹⁰.

Según el último censo de Población del año 2010, la población extranjera de la Argentina ha sido de 1.805.957.

A partir de la sanción de la ley 25.781 (Ley de Migraciones), nuestro país cambia el abordaje sobre la cuestión migratoria: el foco se coloca en la integración del migrante a la sociedad, reconociendo el derecho humano a migrar.

III. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ACCESO A PLANES SOCIALES

La AUH (Asignación Universal por Hijo), se implementó a partir del 1 de noviembre del año 2009 mediante el decreto 1602/09 (resolución reglamentaria Anses n° 393/2.009). Dicha asignación se incorporó a la ley 24.714, de Asignaciones Familiares, que perciben los trabajadores en relación de dependencia, bajo un sistema no contributivo destinado, respectivamente, a aquellos niños, niñas y adolescentes (NNA) residentes en la República Argentina.

Entre los fundamentos del decreto se cita la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en particular lo dispuesto en su art. 3, que entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías entre los que se encuentran los beneficios de la seguridad social.

El objetivo de la asignación es luchar contra la pobreza y la desigualdad. Sus beneficiarios son los trabajadores desocupados y monotributistas sociales; los trabajadores no registrados y de servicio doméstico que ganen igual o menos del salario mínimo, vital y móvil.

La AUH es una prestación monetaria no contributiva de carácter mensual y la percepción de dicho

beneficio está sujeto a dos condiciones: controles sanitarios y educativos obligatorios.

Las condicionalidades o exigencias de orden sanitario y educativo, desnaturalizan el carácter de los derechos a la salud y a la educación que poseen sus destinatarios. Se pierde de vista que la obligación no debe caer sobre ellos, es el Estado quien debe proteger, promover y garantizar el goce de esos derechos.

No perdamos de vista que si los beneficiarios incumplen su “obligación” se los castiga con el retiro parcial de la asignación.

Al invertir la ecuación y, toda vez que los NNA dependen de los adultos para efectivizar las exigencias, se agrava su situación porque son castigados por una conducta del mayor responsable.

Entre los requisitos a cumplir para acceder a la AUH se requiere que el niño sea argentino nativo o por opción, naturalizado o residente con residencia legal en el país no inferior a tres años previos a la solicitud. También deberán acreditar la identidad del beneficiario y del niño mediante Documento Nacional de Identidad.

El reconocimiento de este derecho es un avance significativo para quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, como es la pobreza. Sin embargo, es importante señalar los límites y contradicciones que se presentan en su implementación, confrontando el decreto con los instrumentos internacionales y la Ley de Migraciones.

III.1 DISTINCIÓN ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS CON RESIDENCIA LEGAL O IRREGULAR

El decreto colisiona con la ley 26.061, que en su art. 1 no realiza ninguna distinción entre nacionales y extranjeros: “*Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*”. Recogiendo en el artículo 28 el principio de igualdad y no discriminación a los efectos de su aplicación.

La Convención de Derechos del Niño (CDN), en su art. 2.1 asegura su aplicación “*a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”.

En cuanto a la distinción entre nacionales y extranjeros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana indicó “*que el deber de*

9 En www.migraciones.gov.ar/conare/pdf/ESTADISTICAS%202014.pdf

10 En <http://www.infobae.com/2015/11/27/1772847-cual-es-la-verdadera-problematika-los-refugiados-el-sxxi>



respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”¹¹. El voto de uno de los jueces entiende que “la protección internacional de los derechos humanos pone de relieve la obligación general de los Estados Partes de tratados como la Convención Americana, de respetar y asegurar los derechos protegidos a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente del vínculo de nacionalidad”.¹²

El principio de no discriminación no depende de la situación migratoria de la persona o de su nacionalidad. El estado es quién debe garantizarlo a sus nacionales y a todos los extranjeros que se encuentren en su jurisdicción.

III. II. LOS PADRES Y NO EL NIÑO SON LOS TITULARES DEL DERECHO

Según la redacción del decreto, parecería que los padres deberían ser residentes en el país, con una antigüedad de al menos tres años: ello es así por la redacción de la norma, ya que “las comas” son algo confusas. Al sujetar el acceso del beneficio social del niño a la regularidad migratoria y al plazo de tres años de residencia de los padres, el decreto se contradice con el art. 2.1 de la CDN que prohíbe negar o restringir en razón de cualquier condición de sus progenitores. Al exigir la nacio-

nalidad argentina, o una cierta cantidad de años de residencia, se está recurriendo a un uso restringido de la ciudadanía.

Por otro lado, se requiere la acreditación del vínculo entre el niño y los progenitores.

La norma profundiza el desconocimiento de los fenómenos migratorios, ya que muchas veces migra del país de origen un solo progenitor. Si bien los flujos migratorios afectan tanto a hombres y mujeres, éste último grupo es el más vulnerado. En las últimas décadas el fenómeno de la Feminización de la Migración considera que la migración femenina presenta características específicas y aspectos de mayor complejidad. Un ejemplo son los peligros que afrontan en la fase del tránsito de la migración, que incluyen controles migratorios invasivos o abuso sexual por parte de la policía de seguridad del país de acogida.

El proyecto migratorio se presenta para muchas mujeres como la única posibilidad de manutención de sus familias. Es por ello que migran buscando nuevas oportunidades -laborales y estudiantiles- para ellas y sus familias. Algunas viajan inicialmente solas y los trabajos que encuentran son labores típicamente femeninas con bajos salarios y prestaciones sociales casi inexistentes; por ello terminan por resignar su tiempo cuidando a otras familias: lo que algunas autoras han llamado cadenas globales de cuidado¹³, dejando a sus propios hijos al cuidado de las abuelas o familiares.

Otras, que han logrado algún tipo de estudio, migran a causa de las crisis económicas de sus países para trabajar en labores para las que están sobrecalificadas y no logran convalidar sus títulos en los países de origen. Esto no sólo termina por

¹¹ Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 155.

¹² Corte IDH en el Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana, voto particular del Juez Cançado Trindade, párr. 12.

¹³ http://mueveteporlaigualdad.org/publicaciones/cadenasglobalesdecuidado_orozco.pdf



transformar su identidad, valores y sueños, sino que también los de sus propias hijas, que muchas veces repiten sus historias de insertarse laboralmente en sectores mal pagados y que tienen poco prestigio social.

III. III. EXIGENCIA DE UN PLAZO DE RESIDENCIA

El decreto es incompatible con la Ley de Migraciones toda vez que el art. 5 de la ley 25.871 establece que “el Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes, (art. 6) Asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social”.

Actualmente la ciudadanía se define como la condición jurídica que se le otorga a un ser humano por el hecho de pertenecer a un Estado, esto es, la ciudadanía define a una persona como un sujeto de derechos.

Hannah Arendt¹⁴, en *Los orígenes del Totalitarismo* puntualizó: “Ninguna paradoja de la política contemporánea se halla penetrada de tan punzante

ironía como la discrepancia entre los esfuerzos idealistas bien intencionados que insistieron tenazmente en considerar como ‘inalienables’ aquellos derechos humanos que eran disfrutados solamente por los ciudadanos de países más prósperos y civilizados y la situación de quienes carecían de tales derechos”.

El diagnóstico de Arendt sobre la falta de protección –y, por ende, de reconocimiento de derechos, incluyendo el derecho a tener derechos– de ciertas personas sobre la base de la nacionalidad que tienen o la falta de una, tiene en la actualidad una notable vigencia. Ella se preguntaba unas siete décadas atrás cómo era posible que, habiendo sido los derechos humanos proclamados como universales, las personas pudieran ver vulnerados sus derechos más básicos debido al estatus de “ciudadanía” –configurada por la nacionalidad–. Se trata de una pregunta dramática y crecientemente actual cuando se observa el tratamiento brindado en muchos países a personas extranjeras, en especial migrantes en situación migratoria irregular.

Si se exige un determinado plazo de residencia o la nacionalidad argentina, la ciudadanía contribuye a generar privilegios y discriminación, en contraposición a la universalidad e igualdad que deberían guiar las políticas destinadas a garantizar derechos, especialmente los derechos derivados de la seguridad social.

Podría considerarse razonable la fijación de un tiempo mínimo de residencia para ejercer ciertos derechos políticos (por el proceso de integración de los migrantes en el país de acogida), sin embargo si se trata de derechos sociales, la exigencia profundiza la condición de vulnerabilidad.

¹⁴ Arendt Hannah. *Los Orígenes del Totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.

III.IV. LA REGLAMENTACIÓN DE ANSES

Amplía aún más las restricciones para acceder al beneficio su art. 5, que enfatiza: “Para acceder a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social el titular y el niño, adolescente y/o persona discapacitada deberán residir en la República Argentina, ser argentinos, nativos o naturalizados, o con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud”.

En primer lugar se exige la **residencia legal**, excluyendo a los que no posean tal estatus pero que sí cuentan con el transcurso del tiempo requerido. Por otro lado ni el decreto ni la resolución puntualizan si la residencia tiene que ser permanente, temporaria o precaria¹⁵. Tampoco queda claro desde qué momento se contabilizan los tres años.

Una forma de calcular la residencia legal, podría ser computando la residencia de hecho en nuestro país. Esta solución ya fue brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶, a la hora de establecer el cómputo del plazo para solicitar la nacionalidad argentina. En ese supuesto la Corte señaló que el concepto de residencia requerido por la Constitución no es el de residencia legal; es, en rigor, una cuestión de hecho que puede probarse a través de cualquier medio de prueba.

La Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entiende que el art. 9 del PIDESC es elocuente en cuanto al reconocimiento del derecho de la seguridad social, y que está destinado a toda persona, inclusive al trabajador migrante indocumentado¹⁷.

Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos. Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales¹⁸.

A este respecto, el juez García Ramírez sostuvo “Se convierte en una formulación estéril que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio

tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia”.¹⁹

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS REQUISITOS EXCESIVOS

La distinción entre nacionales y extranjeros con menos de tres años de residencia en el país no supera el control de constitucionalidad, en materia de igualdad material. La Corte Suprema de Justicia en el fallo *Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, es en donde aparecen con mayor nitidez los alcances de este tipo de análisis.

El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra un principio general: “*todos son iguales ante la ley*”. Teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Suprema, el principio puede formularse del siguiente modo: la ley debe ser para los iguales en igualdad de circunstancias.

“Las normas infraconstitucionales, que distinguen entre nacionales y extranjeros o entre ciudadanos nativos (o por opción) y naturalizados, están afectadas por una presunción de inconstitucionalidad. A menos que la parte interesada en defender su validez constitucional proporcione una justificación suficiente”²⁰.

Las disposiciones internacionales mencionan criterios de distinción especialmente prohibidos. En ellas se mencionan: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta enumeración no es taxativa.

La prohibición de determinadas categorías aparece reforzada por la inclusión, dentro del artículo 75 inciso 22 CN, de ciertos tratados internacionales específicamente diseñados para proteger contra determinados tipos de discriminación.

El voto de los doctores Petracchi y Bacqué, en el caso *Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires* (CSJN 08/11/1998), es categórico. Toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad.

¹⁵ El art. 20 (Ley 25.871), establece que los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de “residentes permanentes”, “residentes temporarios”, o “residentes transitorios”. Hasta tanto se formalice el trámite correspondiente, la autoridad de aplicación podrá conceder una autorización de “residencia precaria”. Su validez será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de la admisión solicitada, y habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia. La extensión y renovación de “residencia precaria” no genera derecho a una resolución favorable respecto de la admisión solicitada.

¹⁶ (CSJN, caso -Ni, I Hsing, en Fallos 332:1466)

¹⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

¹⁸ Véanse los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

¹⁹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto del juez García Ramírez.

²⁰ <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/teacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf>

Aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable”.

VI. CONCLUSIÓN

Acaso, ¿dejamos de ser humanos al cruzar las fronteras de un Estado-Nación? Parecería que al aumentar los requisitos para acceder a un beneficio de la Seguridad Social, destinado a paliar la pobreza de los niños, niñas y adolescentes, la respuesta deviene afirmativa.

El compromiso de los gobiernos es necesario, así se crean condiciones apropiadas para evitar la migración forzada. De no ser posible, se tienen que comprometer para garantizarle a la persona migrante un proyecto de vida.

Hay que instaurar condiciones concretas de paz, la comunidad internacional debe evitar las acciones declaracioncitas y dar pasos concretos.

Cada país tiene que asegurar a sus habitantes la libertad de expresión, de movimiento, y también la posibilidad de acceder al alimento, a la salud, al trabajo, la vivienda y la educación.

Se debe profundizar la cooperación dentro del marco de los procesos de integración regional como el

MERCOSUR, entre otros, a fin de mejorar y atender las causas que generan los desplazamientos. Avanzando hacia una progresiva armonización de políticas públicas, normas y procedimientos mediante el intercambio de buenas prácticas en materia de protección de las personas desplazadas. Para que de ésta forma puedan moverse por la región y buscar otras posibilidades laborales que faciliten su inserción en la sociedad.

Si consideramos que nuestro país tuvo desde sus orígenes una amplia tradición de recibir con los brazos abiertos a los extranjeros, deberíamos inclinarnos en la modificación de la norma analizada.

Los migrantes son parte de la humanidad. No podemos reglamentar el gasto social imponiendo requisitos adicionales basados en la nacionalidad. No existen evidencias reales de que al quitar estas restricciones, los no-nacionales, sean llamados en masa a nuestra Republica, que les da la bienvenida a todos los que quieran habitar el suelo argentino.

Como están dadas las cosas, estamos privilegiando a los nacionales y a los hijos de ellos, en un contexto mundial de emergencia humanitaria.

Hay que avanzar en la implementación de políticas de carácter verdaderamente universal e inclusivo para acceder a derechos en igualdad de condiciones.

Los migrantes no son peones sobre el tablero de la humanidad. Se trata de niños, mujeres y hombres que abandonan o son obligados a abandonar sus casas por muchas razones, que comparten el mismo deseo legítimo de conocer, de tener, pero sobre todo de ser “algo más”.



Romina Fernanda Depetris

PROCESO LABORAL

Y COMUNICACIONES
ELECTRÓNICAS



I. INTRODUCCION

El mundo globalizado y los avances tecnológicos presentan debates multifacéticos de corte éticos y legales. Las discusiones sobre el respeto a la intimidad de las comunicaciones electrónicas y la protección de los derechos laborales se tornan asiduas frente al auge de “Internet”.

Reviste una especial trascendencia en el mundo corporativo y forense la actividad de vigilancia y captación de correos electrónicos (en idioma inglés “e-mail”) como de cualquier otro documento electrónico, como método de obtención de fuentes de prueba por parte de los particulares en los diferentes reclamos judiciales.

De esta manera, la tecnología resulta beneficiosa por cuanto aligera, facilita y moderniza la labor, pero se presenta como generadora de nuevos conflictos especialmente en el Derecho de Trabajo.

Las empresas utilizan nuevas tecnologías de comunicación masiva que se expresan en el mundo digital a través de correos electrónicos laborales (e-mails laborales), facebook laborales, instagram, whatsapp, páginas webs entre otras. Todas ellas son formas de comunicación dentro del mundo virtual.

Es habitual que los empleadores provean a cada uno de sus trabajadores una dirección de correo electrónico a efectos de ser utilizada para fines laborales. Es aquí donde surge una de las cuestiones a analizar: ¿Es objeto de control este correo electrónico por parte del empleador?, y de acceder un tercero al correo electrónico, ¿servirá como elemento de prueba válido en un proceso laboral?

En el presente trabajo, abordaré la problemática que se plantea con “correo electrónico” considerándolo como uno de los tantos medios de comunicación digital y electrónica.

Daré inicio a la exposición determinando el encuadre normativo que rige la materia que nos ocupa. Luego, desarrollaré las posturas existentes respecto la naturaleza jurídica del correo electrónico. Una vez determinadas las posiciones doctrinarias, abordaré el tema en específico de la facultad de control y dirección que tiene el empleador en su rol, para finalizar el presente con una conclusión.

II. MARCO NORMATIVO NACIONAL Y CONCEPTOS

El acceso de un tercero a un correo electrónico, ya sea privado o laboral, plantea la posibilidad de entrar en fricción con una buena parte de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional; esto es,

con el derecho a la intimidad, derecho a la reserva personal y familiar, derecho a la privacidad y, finalmente, derecho al secreto de las comunicaciones; es por ello que se torna necesario su análisis.

A. DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A.1. CONCEPTOS

“La intimidad es 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.” Santos Cifuentes.

Es necesario definir el “derecho a la intimidad” y el “derecho al secreto de las comunicaciones”. El derecho a la intimidad constituye un derecho fundamental aunque no absoluto. La doctrina ha ido elaborando su concepto. Así ha dicho que es el derecho que permite al individuo preservar, mediante acciones legales, su intimidad, es decir, la parte no comunicable de su existencia. También, que es el derecho personal que compete a toda persona de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al conocimiento público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la Sociedad. Se trata de un derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el derecho a la privacidad comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

Por secreto de las comunicaciones, se entiende a la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado al efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo. Se preserva el proceso de comunicación como también su contenido. El derecho al secreto de las comunicaciones es parte integrante del derecho a la intimidad. Este derecho se vulnera cuando un tercero o varios, ajenos a la comunicación concurren sin conocimiento ni consentimiento de uno o de todos los intervinientes.



A.2. MARCO NORMATIVO ARGENTINO

El art. 14 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita. Por su parte el art. 18 de la CN dispone que "...El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados..." y que "...una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...". Por su parte, el art. 19 de la CN consagra el derecho a la intimidad en el sentido de que deja reservada a Dios y exime de la autoridad de los magistrados "...las acciones privadas de los hombres que, de ningún modo, ofendan al orden, o a la moral pública, ni perjudiquen a terceros". Art. 75 inc. 22 del mismo cuerpo legal, enumera los Tratados Internacionales a los que les otorga jerarquía constitucional, incorporándolos a nuestro derecho interno. Entre ellos, y respecto al tema que nos concierne, podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12): "...nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"; la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11): "... nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.17): "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. X): "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia."

El texto del viejo Código Civil en el art. 1071 bis del Código Civil (incorporado por ley 21.173) consagraba el derecho a la intimidad indicando que el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena difundiendo correspondencia o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que determinara el juez interviniente. En su nueva redacción, el Código Civil establece que la correspondencia puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. También aclara que los terceros no pueden valerse de ella sin asentimiento del destinatario y del remitente si es confidencial (art. 318 del texto aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014).

La ley 20.216, que regula los servicios postales tanto internos como internacionales, dispone en su art. 6 que "La inviolabilidad de los envíos postales, importa la obligación de no abrirlos, apoderarse de ellos, suprimirlos, dañarlos o desviarlos intencionalmente de su curso, ni tratar de conocer su contenido, así como de no hacer trascender quienes mantienen relaciones entre sí o dar ocasión para que otros cometan tales infracciones."

Por su parte, la ley Nacional de Telecomunicaciones N° 19.798 dispone en su art. 18 que: "La correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación solo procederá a requerimiento de juez competente." Y seguidamente el art. 19 reza: "La inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos."

La ley 25.520 de Inteligencia Nacional dispone en su art. 5 que: "Las comunicaciones telefónicas,

postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario.”

En el derecho laboral también encontramos normas que servirán para realizar un correcto análisis de la cuestión. La ley 20.744 de contrato de trabajo establece en el artículo 64: “El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”. A su vez, en su artículo 66 primer párrafo agrega que: “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidad de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral trabajador”. Finalmente, el artículo 86 nos dice que: “El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes. Debe conservar los instrumentos o útiles que se le provean para la realización del trabajo...”.

Respecto el derecho punitivo, el Código Penal consagra en el Capítulo III tipologías punitivas concernientes a la violación de secretos. Así el art. 153: “Será reprimido con prisión... el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apodereare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida...”; el art. 154: “Será reprimido con prisión... el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apodereare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiar su texto.”; el art. 155: “El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa ... si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.”

Ninguna de las normas citadas hace mención al término “correo electrónico” o “e-mail”, pero la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, en forma casi unánime, han entendido que corresponde equiparar jurídicamente al “correo electrónico” con el “correo tradicional”, considerándolo un modo o expresión moderna de aquella, participando de sus mismas características o rasgos distintivos. De esta manera se extienden la protección jurídica al concepto de correo electrónico.

III. NATURALEZA JURIDICA

Respecto a la naturaleza jurídica del correo electrónico, existen posiciones encontradas y dispares tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, las que procedo a exponer:

a) Una primera postura entiende al correo electrónico laboral como una **herramienta de trabajo**, esto son todos los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, y a los que facilitan la misma; entonces el empleador se encontraría autorizado al control del mismo, de acuerdo ala facultad que le otorga la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.



Bajo este criterio, la Secretaría de Comunicaciones elaboró un proyecto de ley que su art. 3 reza: “Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su caso...”, facultando al empleador a “...acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales...”, aunque le impone el deber de notificar al trabajador, fehacientemente y con carácter previo, tanto el ejercicio de dichas facultades, como así también las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral. Con- teste con dicha doctrina, jurisprudencia argentina se ha inclinado por considerar al correo electrónico laboral como una herramienta de trabajo, enten-

diendo que hoy es una herramienta más de trabajo y su uso indebido debe analizarse de acuerdo a los derechos y deberes de las partes (art. 62 de la ley de contrato de trabajo), al principio de buena fe (art. 63 de la ley citada) y a la facultad del empleador de realizar los controles personales destinados a la protección de los bienes de la empresa. En idéntico sentido se sostuvo que configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales, pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de desempeñarse con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad – arts. 21, 62, 63, 84 y 85 ley de contrato de trabajo.



b) Otra posición considera que al correo electrónico como **correspondencia privada**, otorgándole íntegra protección, con cierta y exagerada prevalencia del derecho a la intimidad del trabajador, comprensivo del secreto de la correspondencia. Coloca a la protección de los documentos electrónicos, por sobre el poder de control y dirección empresarial. Recordemos que el concepto de correspondencia es comprensivo no sólo las cartas y papeles, sino también las comunicaciones telefónicas, soportes webs, de comunicaciones electrónicas, los facsímiles, etcétera, encontrando protección en el art. 33 de la C.N. al igual que los demás documentos electrónicos. Esta tesis que equipara al correo electrónico laboral a la correspondencia postal, impide al empleador todo tipo de injerencia sobre el mismo ampliando la protección al trabajador.

Dicha postura encontró eco en gran parte de la doctrina y se materializó en un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina en el año 2012 bajo el número 325-D-2002 el que dentro de su articulado sostenía que cuando la dirección o casilla de correo electrónico era provista por el empleador para uso del empleado, aunque no estén consignados los datos de éste último como usuario, se entendería que la provisión se ha realizado para su uso exclusivo, alcanzándole a esa casilla o dirección web la confidencialidad y garantizando su inviolabilidad.

c) De esta última postura, nace una tercera que sostiene que dentro del ámbito de la relación laboral, el empleado ejerce actos que pertenecen a su vida privada, esto significa que el trabajador extiende parte de su privacidad sobre las facilidades que el empleador le otorga y las hace suyas. Esta posición entiende que debe darse al correo electrónico un “**uso social**”, como un medio de comunicación que pueda usarse de forma privada para fines extra laborales y que, en consecuencia, su uso con fines personales quedaría protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas aun cuando sea durante el horario de trabajo. El empleador no podría oponerse a tal situación, ni controlarla, fiscalizarla o sancionarla. Tanto esta como la anterior tesis, permiten la violación del secreto de las comunicaciones privadas para la recolección de prueba con la debida autorización judicial.

IV. FACULTAD DE DIRECCION DEL EMPLEADOR

El art. 37 de la L.C.T. establece respecto el empleador, como acreedor de la prestación laboral que tiene derecho a que el trabajador concrete la prestación de sus tareas con “puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se provean” (art. 84 L.C.T.), y que los instrumentos que se provean para el desarrollo de la labor, como puede ser el correo electrónico laboral, sean efectivamente empleados para el cumplimiento de la tarea encomendada. Como titular de facultades jerárquicas reconocidas en los arts. 64 a 68 del mismo cuerpo legal, el empleador podrá controlar también el adecuado y oportuno cumplimiento de la labor, pero siempre encauzando el ejercicio dentro de pautas de prudencia y razonabilidad, a fin de salvaguardar la dignidad del trabajador. Se le reconoce al empleador facultades de organizar económica y técnicamente su empresa, como así también se le otorga un poder de dirección cuyo contenido es muy amplio, ya que comprende tanto funciones ordenadoras (instrucciones), como funciones de control y vigilancia, y de decisión sobre la organización de la empresa. Entonces, el poder de dirección comprende tres tipos de funciones: 1) las decisorias o ejecutivas, que se manifiestan en las múltiples determinaciones concretas que debe

tomar el empresario diariamente; 2) las ordenadoras o de instrucción, que acompañan las funciones decisorias, toda vez que requieren su implementación práctica a través del dictado de órdenes e instrucciones; y 3) las funciones de control, referidas fundamentalmente al control y vigilancia de la realización del trabajo. Por otra parte, el art. 70 L.C.T., se refiere a los controles personales que puede establecer la empresa para proteger sus bienes, los que deberán en todo caso salvaguardar la dignidad del trabajador.

IV.A. EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRONICAS LABORALES

Hemos visto que el empleador tiene facultades de control otorgadas legalmente, pero ¿dónde se encuentra su límite?

Si asumimos la postura en la que el correo electrónico es asimilado a la correspondencia epistolar, entonces el empleador no tendría facultad para supervisar el contenido de la comunicación electrónica, salvo que lo realice mediando una autorización judicial, toda vez que serían de aplicación las normas que establecen la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados y el secreto de las comunicaciones, excepto manda judicial que así lo ordene. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que las comunicaciones telefónicas al igual que la correspondencia epistolar -art. 18 de la Constitución Nacional- supone un ámbito de privacidad que por sus características sólo pueden ser objeto de injerencia por orden judicial. Esto es así porque el correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, que impide el acceso de terceros a él.

Quienes adhieren a esta postura, arriban a la conclusión de que una casilla de e-mail o de cualquier forma de comunicación electrónica, sólo puede ser intervenida mediante orden de juez competente. Su intervención sin la autorización judicial importa, salvo excepciones, una violación a las garantías constitucionales relativas a la intimidad y a la defensa en juicio de las personas y sus derechos, por lo que corresponderá declararse la nulidad de las intervenciones por parte de terceros a los correos electrónicos que fueron hechas sin autorización judicial y de todos los actos que derivan directamente de ellos. La empresa puede acceder al e-mail de su empleado en casos excepcionales de flagrancia, urgencia, legítima defensa, estado de necesidad, permiso del trabajador, entre otros motivos. Se trata del supuesto en el que se sospecha de la comisión de un delito por parte de un empleado. Su fundamento está dado en que el derecho a la intimidad de las comunicaciones no puede proteger a quien comete o va a cometer un delito, es por ello que cede ante la protección constitucional.



A mi entender, esta directriz jurisprudencial peca por su excesivo generalismo, ya que le asigna igual grado de protección constitucional al e-mail privado estilo yahoo, hotmail, messenger o cualquier otra forma de comunicación electrónica, que al asignado por la empresa a su empleado como herramienta de trabajo.

Diferente es si consideramos al correo electrónico laboral como herramienta de trabajo, pues el empleador tendrá facultad para controlar dicho correo, sin que las pruebas obtenidas en uso de tales facultades de control puedan ser consideradas ilegales.

Ahora bien, se debe distinguir el correo personal del trabajador, aun cuando el mismo sea utilizado en horario laboral, del correo laboral. Este último es el proporcionado por la parte empleadora a su dependiente para fines exclusivamente laborales. Tiene un dominio que suele identificar a la empresa.

De este modo, la protección constitucional del correo electrónico no debe aplicarse al trabajador a quien la empresa proporciona una dirección de correo electrónico corporativa, si previamente se le ha notificado expresamente que es de uso exclusivo para cuestiones laborales. Esta postura encuentra su fundamento en que la dirección de correo electrónico le pertenece al empresario, es un bien del empleador. Generalmente en ella figura el nombre o las iniciales de la empresa, que es quien tramitó el dominio, y el nombre del usuario, entonces el trabajador sólo figura a los efectos de una distribución direccionada del mensaje. Es así que el contenido de los mensajes emitidos y recibidos, vía esa dirección de e-mail le pertenece al empresario.

En el mundo empresario, es muy frecuente que el trabajador suscriba documentos con su empleador donde presta conformidad, entre otras cosas, para que la casilla de e-mail laboral (no la privada), que se le asigna como herramienta de trabajo, pueda ser controlada y vigilada por el departamento de sistemas de la compañía, cuando así se justifique. Jurídicamente, en tales supuestos se podría argumentar que no existe violación a la intimidad ya que expresamente una de las partes en la comunicación ha dado su consentimiento previo para el acceso.

IV. B. DISTINCIÓN ENTRE E-MAIL LABORAL Y EL PRIVADO

Corresponde elaborar una clara distinción entre el e-mail laboral y el privado estilo yahoo, hotmail o messenger entre otros. Es necesario proteger constitucionalmente a la correspondencia electrónica debido a que posee características de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, que impide el acceso de terceros a él. Ahora bien, la pregunta a formularse ante tal aseveración es: ¿Qué es lo que ocurre con los e-mails laborales que no cuentan

con la fisonomía técnica descripta?. La realidad es que los correos electrónicos asignados por la empresa como herramienta de trabajo a sus empleados no suelen tener códigos ni contraseña de acceso y, además, por otro lado, el dominio y servidor central de manejo suele ser propiedad de la empresa. Por lo demás, generalmente, el servidor central (desde donde se presta y maneja el servicio), es de acceso diario por parte de los técnicos especialistas informáticos. Entonces, ¿puede lógicamente sostenerse que el empleado tenga una real expectativa de privacidad sobre la comunicación electrónica llevada a cabo por medio de este correo?. Queda mas que claro que el derecho a la intimidad no se viola cuando no existe una “expectativa razonable de privacidad” por quien pretende ampararse en él. Por lo tanto, cuando es evidente que el medio de comunicación electrónica puede ser observado con facilidad técnica por el propietario de ese medio, podrá interpretarse que existe una liberación tácita del marco de intimidad.

Distinta es la situación de los e-mails privados estilo “Yahoo”, “Hotmail” o “Messenger”, por mencionar algunos ejemplos. Por su fisonomía técnica, para el acceso a esta clase de correos se requiere necesariamente de una clave y código de seguridad y además, el dominio le pertenece a la empresa proveedora del servicio.

V. INTRODUCCION AL PROCESO DEL CORREO ELECTRONICO COMO PRUEBA

No cabe duda que la introducción al proceso de los e-mails como prueba, representa una cuestión importante para analizar.

El principio de libertad probatoria, axioma que establece que mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede acreditar o verificar por cualquier medio de prueba (se sobreentiende: legítimo y constitucionalmente válido). Este dogma tiene su fundamento en el principio soberano de investigación de la verdad histórica y efectiva que impera en el proceso laboral.

Entonces, la introducción de documentos que prueben la existencia de las comunicaciones electrónicas, podrán perfectamente ser incorporadas al proceso bajo la forma de “prueba documental”.

La particularidad que presenta el correo electrónico es que como su hábitat es el virtual, una vez impreso, es susceptible de ser falseado. De allí la importancia de que se encuentre certificado por notario o secretario autorizante y, además, se debe acompañar los datos del dominio para ser revisados.

VI. CONCLUSION

A modo de conclusiones, puedo citar:

VI.1) La comunicación digital o electrónica privada goza de la protección de la Constitución Nacional y de otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella, en razón del reconocimiento a la libertad de intimidad, el consecuente derecho a la vida privada y secreto de las comunicaciones. Por tal motivo, salvo casos de urgencia o flagrancia en los que entra en juego el estado de necesidad, la legítima defensa o cualquier otra “justa causa”, en principio, el empleador tiene prohibido acceder al e-mail del trabajador; más aún si se trata de un correo electrónico privado donde se requiera de clave y código de seguridad para su acceso. En estos casos, su utilización como elemento de prueba en un proceso judicial será nulo.

VI.2) Respecto los correos electrónicos laborales, el empleador debe elaborar y establecer una política clara sobre el uso de las tecnologías.

VI.3) La notificación previa al trabajador del monitoreo del correo electrónico laboral, es vital para eliminar cualquier expectativa de privacidad por parte del trabajador-usuario.

VI.4) El control de las comunicaciones electrónicas desde cuentas laborales, deberá llevarse a cabo en la totalidad de los empleados o escogidos de manera aleatoria para evitar cualquier tipo de discriminación laboral. Previamente, el empleador tendrá que precisar en los contratos de trabajo o reglamentos de la empresa, que el correo electrónico es una herramienta de trabajo de uso exclusivo laboral y determinar las sanciones a las posibles faltas en su uso. También deberá agregar el consentimiento del trabajador, es decir su conformidad expresa al ejercicio de control del empleador.

VI.5) El juez es el encargado de encontrar un equilibrio entre lo que es un derecho fundamental constitucional, que es el derecho a proteger tanto la intimidad del trabajador y el secreto de las comunicaciones, y el derecho que tiene el empresario respecto del conjunto de medios y la organización del trabajo en la empresa.

VI.6) En materia de comunicación electrónica, no se pueden establecer reglas inmutables y rígidas; sino que se deberá analizar la entidad probatoria de estas nuevas comunicaciones digitales en base a las particularidades de cada caso en concreto.

Como objetivo del presente trabajo, asumo la necesidad de la pronta sanción de una normativa legal específica que regule el uso de las nuevas tecnologías aplicadas en la empresa y desarrolle la problemática que se genera respecto de la utilización comunicaciones electrónicas laborales.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Leyes Usuales del Trabajo. Zavalia. 2012.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465. Comentado por el Dr. Mario Martínez Crespo. Advocatus.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465. Comentado por los Dres. Manuel A. González Castro, Cesar A. Lorenzón Brondino y Juan Pablo Díaz Biale (h). Nuevo Enfoque Jurídico.
- Código de Procedimiento Laboral. Comentado por Dr. Osvaldo Mario Samuel. Nuevo Enfoque Jurídico.
- Ekmekdjian, Miguel Angel. Tratado de derecho constitucional, TII, 2da. Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p.354.
- Zabala de Gonzalez, Matilde. Derecho a la intimidad. Bs.As. 1982, p.97.
- Vázquez Vialard, Antonio. Tratado de derecho del trabajo
- González, Graciela. El correo electrónico en el ámbito laboral. Doctrina laboral y previsional. Vol. 18. Bs. As. Errepar.
- Gonzalez Guerra, Carlos M. “La Protección penal del derecho ala verdad sobre la información empresarial”.
- Riquert, Marcelo A. “Nuevas tecnologías, ataques a la privacidad y sus repercusiones penales”. La ley 1999-E.458.
- Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Concordada y Comentada”, La Ley, Bs.As.2003, p.203/6.



Rolando Gialdino¹

Carta abierta a los Jóvenes Juristas Latinoamericanos

I ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE JÓVENES JURISTAS

Córdoba, Argentina, junio de 2016

Estimados jóvenes juristas latinoamericanos:

Les escribo estas líneas sin afanes académicos ni docentes. Me mueven, sí, el fervor por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el sufrimiento de nuestros pueblos, y una esperanza que revelaré muy hacia el final. Les escribo, además, deliberadamente, casi a vuelapluma.

I Desde comienzos del Siglo XX y, con creciente intensidad, a partir de mediados de esa centuria, el terreno jurídico está siendo sacudido. Su corteza, relativamente estable hasta poco antes, viene acusando la emergencia de nuevas formaciones. Es un proceso continuo, en el cual, para más, cada eclosión se encadena con las precedentes, fortaleciendo sus bases y elevando la superficie toda. Se trata de un sismo con nombre y apellido: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para el plano universal, en 1919 se creó la Organización Internacional del Trabajo, la cual en ese mismo año aprobó su primer convenio, sobre las horas de trabajo (industria); en 1948, fue adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1966 los Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... en 2008 el Protocolo Facultativo de este último. Para el ámbito interamericano, en 1948 vio la luz la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos... en 2015 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En paralelo, fueron establecidos órganos internacionales destinados a controlar a los Estados en orden al cumplimiento de sus obligaciones: Comité de Libertad Sindical, Comités de Naciones Unidas de Derechos Humanos, Comisión y Corte interamericanas de Derechos Humanos...

El panorama, desde luego, está a la vista. Mas, los geógrafos, los operadores del derecho, ¿lo han percibido?

La pregunta podría estar dirigida a todas las mujeres y los hombres de derecho; pero, en esta oportunidad, la enderezo solo hacia Uds., jóvenes juristas latinoamericanos. Después de todo, las tierras de Argentina, Brasil, Chile, Méjico, Perú, Uruguay, Venezuela, por solo mencionar a las de los colegas de este encuentro, no son ajenas a tamaño sacudimiento.

Descarto, desde luego, que han percibido el fenómeno. Empero, nuevos interrogantes: ¿en qué medida, con cuánta profundidad, con qué grado de convencimiento y de compromiso?

Digo esto toda vez que, por seguir con la metáfora, la corteza ha sido modificada, sí, pero por fuerzas provenientes de un núcleo central que trasciende lo jurídico. Es asunto, entonces, de no contentarse con el solo reconocimiento de la superficie. Lo esencial, creo, radica en identificar dichas fuerzas, en esclarecer qué ha producido este inusitado relieve.

Señalo, pues, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ante todo, surgió del dolor, de un dolor inmenso, producto del ominoso grado de injusticia, miseria y privaciones sufridas por un altísimo número de seres humanos, según lo denuncia la Constitución de la OIT para 1919; producto del desconocimiento y el menosprecio de los derechos hu-

¹ Ex secretario letrado de la Corte Suprema de la Nación. Doctor en Derecho y Profesor de la UBA. *Exposición de clausura del Primer Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas organizado por la AADTSSCbA, en la UNC, Córdoba, 1 de junio de 2016.



manos origen de actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, conforme lo expresa, en un grito, la citada Declaración Universal en 1948...

Empero, también es consecuencia de una certeza, que prefigura otro horizonte, de una certeza acerca de que ese orden, rectius: desorden, había sido establecido no por el azar, menos por la naturaleza, sino pura y exclusivamente por el hombre, rectius: por algunos hombres, sobre las espaldas de una legión, de una infinidad de otros hombres con el ánimo y el cuerpo totalmente lllagados. Luego, esa convicción se hizo motor. Ese mundo podía y debía ser deconstruido, para dar lugar a un mundo nuevo, que podía y debía ser erigido. Un mundo en el cual los seres humanos estuviesen liberados del “temor y de la miseria”, en el entendimiento, además, de que “elevar el nivel de vida” respondía a un “concepto más amplio de la libertad”, por volver sobre la Declaración Universal.

El Derecho Internacional de los Derechos, por ende, instituye preceptivamente, y sirva ello de ejemplo para todo el Derecho, un proceso liberador, al abrazar, como ideal, al ser humano libre, al ser humano liberado de las ataduras que pudieran impedirle, sin razón ni justicia, el pleno florecimiento de su personalidad, el libre desarrollo de su proyecto de vida.

Mas, es imperioso parar mientes en que esa concepción de la persona humana, no emergió de una suerte de consenso o acuerdo entre los Estados, tan mudable como suelen ser, en ocasiones, sus negocios. El sismo, el orden positivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no levantó arenas, sino roca, roca viva. Lo que se consolidó en la superficie fue el magma de una realidad relativa al ser, una comprobación de orden ontológico: la dignidad “intrínseca” de, o “inherente” a la persona, a todas y a cada una de estas. La dignidad no en la acepción para la cual esta condición sólo es predicable al modo de un merecimiento por una obra o conducta particular, como si fuera algo que debiera ser ganado, alcanzado o justificado. La dignidad de la que hablo (corrijo: la que reconocen los instrumentos de derechos humanos) no resulta un obsequio ni una recompensa; tampoco es el laurel de los torneos. Le basta a la persona, para ser digna, con su sola hominidad.

Ahora bien, esta comprobación in re, al tiempo que puso en evidencia que la dignidad, por ser esencial, no es un derecho humano, develó la razón de ser de todos estos: proteger en la existencia la dignidad en esencia de la persona. Se trata no solo de que la dignidad esencial sea reconocida, sino también, de que en el campo de la existencia, en el día a día, hic et nunc, no se vea menoscaba ni impedida de desarrollar en plenitud todas sus potencias y excelencias. Es con ese objetivo, precisamente, que han sido enunciados los derechos, libertades y garantías que solemos comprender en el concepto moderno de derechos humanos.

En tales condiciones, jóvenes colegas, la proclama por el legislador internacional de los derechos humanos del fundamento antedicho, la dignidad esencial del ser humano, supuso, según lo entiendo, a modo de corolarios, tres reconocimientos o declaraciones, al menos:

Primero, que su obra derivaba de un orden que lo precedía y lo superaba: lo precedía en el tiempo, lo superaba en jerarquía. Mejor aún; dio cuenta de que el orden positivo respondía a otro orden, diverso en naturaleza, superior en grado. Los tratados de derechos humanos parten de la premisa de que los derechos que enuncian son anteriores a toda organización política y social. La protección de los derechos humanos, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas.

Segundo, que era precisamente para traducir la relación entre dignidad intrínseca y derechos humanos que había tomado la pluma; para poner el nexo, como suele decirse, en negro sobre blanco, pero en páginas preceptivas. Los derechos humanos son expresados, pues, no al modo de una dación o consagración, sino de un liso y llano reconocimiento o confesión.

Tercero, que era por el fundamento del que dan cuenta los dos párrafos anteriores, y por la fidelidad a estos, que estaba legitimado para obrar tal como lo hizo. Quedó indicada, entonces, la causa tanto de su autoridad, cuanto de la validez de su obra. Quedó no menos precisada, desearía resaltarlo, la medida de ambos atributos, la condición de validez a la que están supeditados. Es ello la introducción en el orden internacional y, de consiguiente, en los órdenes nacionales, de un nuevo principio de legitimación del poder, confiriendo a los derechos humanos una “dimensión constitucional” en ambos planos, que condiciona las relaciones entre el poder público y los individuos, sobre lo que volveré.

Más todavía; la proclama y sus corolarios nos revelan que cuando pronunciamos “dignidad humana”, por anidar esta esencialmente en la persona, en todas y en cada una, y en igual medida, que cuando decimos “dignidad humana”, reitero, nos viene a la mente –y al corazón– lo propio del ser humano en unión fraterna con el prójimo. Y subrayo esto último, toda vez que dicha igualdad universal en dignidad, nos emparenta, nos vincula a unos y a otros, a todos, en términos fraternales, de hermanos; nos constituye, en paridad, como miembros de una única familia humana.

La dignidad, en consecuencia, amigos, nos comunica tres caracteres, al menos:

a. el hombre es un ser sagrado para el hombre. La persona nunca puede ser reificada, tornándola una cosa, o un objeto en manos del poder, provenga este de donde proviniese. No es su plaza la fantasmal sala de torturas, menos aún el cadalso. Pero tampoco resulta un objeto del “mercado económico” o del “mercado de trabajo”, y de sus “leyes”. Antes bien, es el señor de todos estos;

b. la vocación del ser humano hacia la plenitud y la trascendencia: es la persona en tanto que viajera, que llamada a caminar, a alcanzar su horizonte. Dignidad dice, en esta perspectiva, condiciones para que el individuo pueda desarrollar libremente todas las potencias de las que está dotado para fa-

tigar dicho camino, para alcanzar ese fin. Derecho a la vivienda, al abrigo, a la salud, a la educación, a la alimentación, a la seguridad, son, entre otros, los medios que lo desembarazan, que lo aligeran para elegir o trazar libremente su huella, y

c. La natural disposición de la persona hacia la persona, hacia el prójimo; su sentido de la fraternidad y de la consiguiente solidaridad. Así, adquieren perfiles y contenidos determinados derechos y libertades; así, a la par, se asientan las obligaciones y los deberes individuales. Es la persona en el seno de la familia humana; el ser humano en tanto que hermano del ser humano, el individuo que vive con los demás, pero también para los demás, en opción preferencial por el hermano sufriente.

Total: la mujer y el hombre pueden ser significados de muchas maneras; empero, para el Derecho son, ante todo y sobre todo, seres intrínseca e igualmente dignos. Es admitiendo esta última condición o calidad por lo cual ese Derecho recupera aquellas esencias de la persona que le son imprescindibles para poder hacer bien lo que le es propio, regular la convivencia humana. Sólo la armonía entre dichas esencias y las normas, legitima a estas e impone su obediencia. El Derecho debe seguir al ser humano, debe servirlo, debe servirle.

I La dignidad humana, jóvenes juristas, entendida como lo vengo haciendo, se emplaza, por su propio peso, necesaria y naturalmente, como principio mayor, como principio máxima de todo ordenamiento jurídico, y, por ser dato ontológico, no lo hace como consecuencia de las disposiciones legales. Por lo contrario, es la que informa a estas, convirtiéndolas de conjunto inorgánico en unidad vital. Luego, cumple tres serias funciones: a. sirve de fundamento de dicho ordenamiento y,

simultáneamente, de medida de validez de este; b. orienta la tarea interpretativa de las normas, es decir, señala el método de interpretación, indicando en cada caso la fórmula interpretativa que se debe elegir, y c. resulta fuente del derecho en casos de carencia de normas, vale decir, es integradora ante lagunas. A ello añade, por su carácter de principio mayor, ser fuente de otros principios: de igualdad y prohibición de toda discriminación, de plenitud, de fraternidad, de interdependencia e indivisibilidad, de efectividad, de opción preferencial o de justicia social, de progresividad, y pro persona (o pro homine).

Permítanme acotar, amigos, por la validez que acabo de mencionar y por la previamente indicada dimensión constitucional de los derechos humanos, que a la tradicional herramienta jurídica del control de constitucionalidad, se ha sumado otra: el control de convencionalidad. Incluso de mayores alcances que la primera: un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Y derecho interno, estimados colegas, incluye a las constituciones de los Estados. Así lo tiene juzgado, por lo demás, la Corte Interamericana en “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile” (2001), lo cual condujo a que ese país debiera reformar ciertas cláusulas de su Constitución Política, por no ser compatibles con la Convención Americana. Pongo el acento en este punto, ya que grande es el debate en los ámbitos nacionales latinoamericanos (y en otros) respecto del escalón en el que deberían ser puestos los tratados en la pirámide jurídica interna, con olvido de la antedicha norma internacional consuetudinaria, codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).



III Cambiando un poco el ángulo de estas líneas, pero retomando algunos de los interrogantes del comienzo, desearía ahora detenerme, aunque de manera breve, en una problemática grave, gravísima, que pone en juego mucho (¿todo?) de lo que llevo hasta aquí expresado.

Nuestros pueblos, apreciados colegas, los pueblos de nuestra América, vienen siendo azotados, desde hace largos tiempos, por un látigo de siete cabezas: la pobreza, la cual, en sus extremos, implica la violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos, cuando no todos. Y hablo, amigos, tanto del dolor físico cuanto del sufrimiento moral.

La pobreza origina el sometimiento de las personas, de las familias, de los pueblos, a un encadenamiento de situaciones de precariedad cuya persistencia hace que sean cada vez más difíciles de superar, y que califica a este proceso como “círculo vicioso de la miseria”, puesto que las precariedades se refuerzan mutuamente. Pero hay más, por cuanto, a ese círculo vicioso horizontal, se adiciona otro, vertical, ya que el desgraciado azote es transmitido de generación en generación, lo que termina configurando, en palabras de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995), un “círculo infernal”.

Tengamos presente, entonces, dos circunstancias. Primero, si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tolera discriminación alguna, su principio de justicia social impone que tenga destinatarios primeros e inmediatos, destinatarios preferentes. Aludo a las personas que son víctimas de situaciones de marginalidad, de vulnerabilidad, de desventaja, de exclusión, entre otras expresiones, como la de grupos de alto riesgo, siempre insuficientes. Aludo, en síntesis, a los seres humanos sometidos a hambre y sed de justicia. ¡Qué partir el pan en partes iguales entre un ahito y un hambriento, es agravio severo a la igualdad!

Segundo, resulta asunto del todo averiguado que las posturas que privilegian a los derechos civiles y políticos por sobre los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo de estos últimos no más que simples aspiraciones, programas, meros objetivos a ser realizados vaya uno a saber cuándo ni cómo, negándoles su plena aplicación inmediata y directa, su progresividad y, sobre todo, su justiciabilidad, su defensa ante el Poder Judicial, está del todo averiguado, repito, que se esas posturas se apoyan en redondas, en rematadas falacias y, conducen, en definitiva, al padecer de los titulares de esos derechos y a la violación por los Estados de sus obligaciones internacionales. Falacias sostenidas y promovidas no por errores involuntarios, menos por el candor, sino por un orden (corrijo: desorden) deliberadamente establecido, impuesto, en todas las escalas, por algunos de adentro y otros de afuera, sobre el pantano de un perverso liberalismo individualista, de los egoísmos soberanos, de la usura incontinente, de un colonialismo con careta, de una explotación y expoliación sin frenos de vastos pueblos latinoamericanos que siguen luchando por su redención. Es el culto al becerro de oro, al “mercado”, el cual, en rigor, no es más que una hipóstasis, una abstracción, bajo la

que se esconde simplemente una pluralidad de voluntades, al cobijo de la falacia determinista de la inexorabilidad de las leyes mercantiles, entrañando la paradójica apología neoliberal de las versiones más crudas del determinismo marxista, y desembocando en el sofisma del denominado “fin de la historia”. No están ausentes, desde luego, los augurios de una renovada Circe, llamada hoy “efecto derrame”, prometiendo que un mayor desarrollo económico dejará caer mieles desde la mesa de los poderosos, hacia los que aguardan, anhelantes, en el piso.

Sin ser Odiseo, le diría a esa Circe, que conozco un país latinoamericano, quizás Uds. también lo conozcan, de algo más de 40 millones de habitantes, que produce alimentos para 300 millones, y que tiene, sin embargo, desnutridos y niños muertos por desnutrición. ¿Deberá producir alimentos para 3000, o para 30.000 o para 300.000 millones, para así y solo así, respetar el derecho humano a la alimentación de su menuda población, y cumplir con sus deberes en la materia? ¿Nada le dicen a ese país, y a otros de la región poco o nada diferentes, los reiterados e interpelantes llamados, p.ej., de los Comités de derechos humanos de las Naciones Unidas, a la “redistribución” de la riqueza, a las reformas de las políticas y regímenes impositivos, a la transferencia de dicha riqueza “de sectores no prioritarios a sectores prioritarios”? En suma, a no violar sus compromisos. ¿No han leído esos países, corrijo: sus autoridades, la sentencia de la Corte Interamericana, “‘Niños de la Calle’ (Villa-grán Morales y otros) vs. Guatemala”, que hace ya diecisiete años juzgó que el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a “una existencia digna”, y que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico?

Las escisión entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales configura además, queridos jóvenes, un intencionado y taimado perjurio al principio de interdependencia e indivisibilidad de todos y cada uno de los derechos humanos, según el cual, y la realidad lo atestigua, es “imposible” el goce efectivo de los primeros sin el simultáneo goce efectivo de los segundos, siendo absolutamente válido el enunciado inverso.

Es asunto, luego, para todos, pero aún más para los actores del derecho, de no caer en la trampa de una (seudo) legalidad, travestida de “realismo”, “inevitabilidad”, “pragmatismo”, real-politik, entre otros disfraces arteros, los cuales no son sino elaboraciones de la mezquindad de algunos pocos, tendentes a debilitar o tranquilizar (corrijo: adormecer, envenenar) conciencias todavía desasosegadas ante el desconocimiento de la dignidad del prójimo. Bienvenida sea la globalización o mundialización, si su objeto primero y principal es la globalización o mundialización de los derechos humanos, y no colmar el estómago de una crematística voraz e insaciable. Y reparemos en este apunte, en momentos en que proliferan los tratados de libre comercio, que operan cual vampiros; las concesiones estatales a proyectos de extracción de recursos naturales, que dejan desiertos y

venenos; los colosales endeudamientos externos, que sufren los de adentro...

Retengamos, también, otros principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Primero, de progresividad, el cual, por un lado, obliga a los Estados a proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la "plena efectividad" de los derechos económicos, sociales y culturales, y, por el otro, hace recaer una grave presunción de invalidez sobre toda medida tendente disminuir el grado de protección que aquellos hubieran alcanzado.

Segundo, de efectividad (*effet utile*): cuando los tratados de derechos humanos enuncian derechos, lo hacen para que estos sean efectivos, "no ilusorios". Tercero, pro persona, en sus dos vertientes. Por un lado, al exigir, en caso de concurrencia normativa, la aplicación de la norma más protectoria para el individuo, aun cuando ello conduzca a dar preferencia a la inferior en el orden jerárquico. Al paso, que descarta que sea preciso elegir una cláusula y rechazar la otra, puesto que habilita a combinar y acumular todos los preceptos en juego a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. Por el otro, al imponer al intérprete, si de derechos, libertades y garantías se tratara, el necesario seguimiento de la inteligencia más amplia, la que favorezca a la persona en mayor grado dentro de lo que la norma permita, y, opuestamente, de vérselas con normas que limitan o restringen derechos, lo compele a volcarse por la lectura más restringida, más estrecha.

Cuarto, de plenitud: la dignidad esencial de la persona se proyecta sobre un doble orden de aspectos centrales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales, en concreto, son caras de una misma moneda. De un lado, determina que el goce de todos los bienes, materiales o simbólicos, que resulten indispensables para su protección y realización en la existencia, constituya, sin más, un derecho, libertad o garantía humanas. Y, del otro, establece que el contenido de estas últimas deba tener los alcances necesarios y suficientes para satisfacer los requerimientos a los

que debe dar respuesta. La dignidad esencial, en suma, es causa fuente de derechos humanos, con la totalidad e integridad que reclama su reconocimiento y protección.

A todo evento, he de destacar, jóvenes colegas, que los efectos de las normas de derechos humanos recaen sobre los Estados (efecto vertical), pero también sobre los seres humanos (efecto horizontal). Agregó, entonces, a lo que ya he manifestado en torno de la fraternidad, que la recordada Declaración Universal manda que los seres humanos "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", y ello supone, al menos, que el comportamiento de los "unos" incluye el cumplido respeto de los derechos humanos de los "otros". Las personas jurídicas, desde luego, tampoco escapan, y con mayor razón aún, a estos efectos *erga omnes*.

IV Permítanme a esta altura, jóvenes juristas latinoamericanos, una reflexión. Existencialmente, mucho, muchísimo une a nuestros pueblos, y agregaría, con los Manseros Santiagueños o con Gabo: "desde siempre y para siempre". Es casa grande la nuestra, indudablemente. ¿Pero estamos haciendo de esa casa un hogar? Sepamos, pues, y ahora tomo en préstamo palabras del Papa Francisco, sepamos, repito, que "nadie se salva solo". Y añado, de mi parte: el principio de fraternidad rige los vínculos entre los individuos, según lo hemos visto, pero también entre los países. Lo contrario supondría que estos no se encuentran al servicio del ser humano, y que han traicionado la "concepción común", el "ideal común", bajo el cual, según la Declaración Universal, han resignificado su sentido y destino, al comprometerse con el aseguramiento "universal" de los derechos y libertades fundamentales del ser humano. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con evidencia, es un revulsivo de los egoísmos de la persona humana, al igual que lo



es, en grado no menor, de los egoísmos de los Estados, de su atención desmedida al propio interés, sin cuidarse del de los demás. ¿Qué otra cosa, sino esta, habrá pretendido señalarnos la Carta de la OEA, con sus menciones a la cooperación y solidaridad “continental” o “interamericana”?

Voy terminando, metáfora mediante. Después de todo lo que he expresado, creo que lo que nos comunica el terremoto, el feliz temblor y sus emergentes, resulta, en definitiva, menos una novedad que un recordatorio, pero imprescindible y oportuno en estas, ya largas, horas de tribulación. Nos dice que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obra como el brazo jurídico que estrecha a todos y cada uno de los seres humanos, ya abrazados, naturalmente, por su común e igual esencia. Nos transmite, a voz en grito, que la dignidad humana y los derechos que se siguen de esta, se encuentran inscriptos antes que en los instrumentos legales, en la propia persona, de dignidad inherente y fraterna, a la que remiten. Nos recuerda que esos derechos humanos solo serán realidad plena o algo más que tinta promisorio, ante la patencia de que su fundamento somos nosotros mismos, todos y cada uno de nosotros, y no la autoridad, enjundia, iluminación o voluntad de encumbrados legisladores o cavilosos hermeneutas. La protección

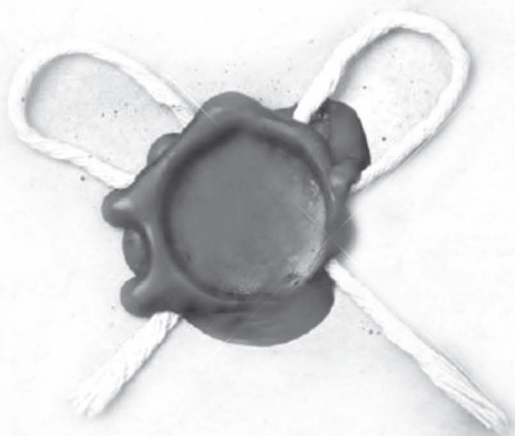
en la existencia de la dignidad esencial, pues, si algo reclama, perentoriamente, son seres humanos dispuestos a hacer de su carne y su conciencia, enteros testimonios de que la frente de la persona, de todas y de cada una, sin exclusiones ni distingos, lleva la impronta de su intrínseca, inherente dignidad, como miembro de la familia humana.

Develo, entonces, la esperanza que prometí al comienzo. No es otra, y supongo que lo han intuido, que dichas carnes y conciencias sean las de Uds., jóvenes juristas latinoamericanos. Que el saber jurídico, el que Uds. ya tienen, resulte, insisto, un saber liberador, una herramienta al servicio de la liberación de nuestras gentes y de nuestros pueblos, oprimidos, irredentos.

Bien entendido, eso sí, que liberar a otros es, a su vez, liberarnos.

Los abrazo fraternalmente, con otra esperanza: hasta pronto.

Rolando E. Gialdino



ACTIVIDADES

DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL - CÓRDOBA (AADTSSCBA)

03-07-2016 EMOTIVO ACTO DEL DÍA NACIONAL DEL ABOGADO LABORALISTA

Se realizó la presentación del informe y homenaje a abogados laboralistas de Córdoba desaparecidos, asesinados, detenidos, exiliados y cesanteados.



DIPLOMATURA EN RIESGOS DEL TRABAJO 2016

Organizan: Colegio de Abogados de Córdoba y Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Córdoba.

Disertantes: DANIEL MACHADO, DANIEL BRAIN, CARLOS TOSELLI, HORACIO SCHICK, CÉSAR ARESE, MAURICIO MARIONSINI, GONZALO PAULÍ, JORGE ELÍAS, SILVIA DÍAZ, HERNÁN PIAZZA, RICARDO GILETTA, EUGENIO SIGIFREDO, HUGO ROSTAGNO, JUAN FORMARO y Equipo de Jóvenes Juristas del CAC y la AADTSSCba.

Dirección: CÉSAR ARESE

Coordinación: VERÓNICA DEMARCHI, VALERIA YADÓN, DAVID MEDINA, CARLOS ALCÁZAR Y GONZALO ALONSO.

Días y horario: Martes de 14,15 a 17 hs.

Comienzo y duración: 23 de agosto al 22 de noviembre de 2016.

Sede: Colegio de Abogados de Córdoba, Duarte Quirós Nro. 571, Córdoba.



TALLER DE PRÁCTICA LABORAL 2016 CRUZ DEL EJE

Auspicios: Consejo Profesional de Ciencias Económicas- Delegación Cruz del Eje - Colegio de Abogados de la 7ª Circunscripción Judicial- Cruz del Eje.

Lugar: sede de la Delegación Cruz del Eje del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, España 275, Cruz del Eje, Provincia de Córdoba.

Destinatarios: abogados, magistrados, contadores, administradores de empresas, empleados judiciales y administrativos, estudiantes de Derecho y de carreras afines al Derecho, empleados en general.

Director: DR. RICARDO FRANCISCO SECO.

Coordinadoras: AB. SONIA SIRI Y AB. IRMA GABRIELA YBARRA.



29-09-2016 SE REALIZÓ EL CURSO DE PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DEL TRABAJO EN RIO CUARTO

El postgrado se cursó los días jueves de 16 a 20 hs. en la Sede del Colegio de Abogados de la Ciudad de Río Cuarto con los siguientes disertantes:

DR. ROLANDO E. GIALDINO - MG. OSVALDO MARIO SAMUEL ABG. ESP. EDDER HERNÁN PIAZZA - ABG. ESP. RAÚL HORACIO OJEDA - DR. MAURICIO CÉSAR ARESE - DR. RICARDO FRANCISCO SECO - ABG. ANA MARÍA SALAS - ABG. ESP. ALFREDO JUAN MANUEL BRITOS.



Actividad académica organizada por la UNVM, el Colegio de Abogados de Villa María y la AADTSSCba-Sudeste.

30-06-2016 SE REALIZÓ LA ENTREGA DE DIPLOMAS DE POSTGRADO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE V. MARIA

Toma final del acto con parte de los egresados, profesores y organizadores.

Se realizó el 29 de junio de 2016 en el campus de la Universidad Nacional de Villa María, el acto de entrega de diplomas a los profesionales cursantes, profesores y organizadores del Curso de Postgrado de Profundización sobre Temas Actuales de Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo, organizado por la UNVM, el Colegio de Abogados de Villa María y la AADTSSCba-Sudeste.



IV JORNADAS PROVINCIALES DE DERECHO DEL TRABAJO ALTA GRACIA 2016 - Primavera en Córdoba



PROGRAMA

15:45 hs. **ACTO DE APERTURA**

FLAVIO MOLGARA, Pte. del Colegio de Abogados de Alta Gracia
ANDRÉS TISSERA, Pte. AADTSSCba. Alta Gracia

TEMA I: "RIESGOS LABORALES"

Alcances del fallo C.S.J.N. "Espósito". Asesoramiento letrado ante CM. ¿Cómo se calcula el I.B.M.? El paso por la Comisión Médica. Pericia médica. Oportunidad de planteos. Planteos de inconstitucionalidad. Los debates pendientes. ¿Reformas?

Expositores:

CARLOS ROBERTO BUSAJM (Prof. U.N.C.-Abogado laboralista)
RICARDO GILETTA (Juez de Cámara Laboral)

Moderación: RICARDO BUENO (h)

17:00 hs. **TEMA II: "SOLIDARIDAD LABORAL"**

Fraude. Aplicación de Convenio Colectivo. Cesión y contratación. Fallos C.S.J.N. "Cairone", "Villarreal" y ot. Las responsabilidades solidarias en el C.C.y C.

Expositor:

ANTONIO BARRERA NICHOLSON (Titular Grupo Catorce bis; Prof. de grado y post grado)

Moderación: LAURA HUED

Pausa Café

18:00 hs. **TEMA III: "LAS NUEVAS TECNOLOGIAS Y EL PROCESO LABORAL"**

Estrategias de prueba informática. Pericia informática. Firma digital. Grabaciones. Correos. Redes sociales. Registros. Proceso Digital. Privacidad y secreto industrial. Informativas. Valoración.

Expositores:

ANIBAL PARDINI (Abogado laboralista-Especialista en nuevas tecnologías)
VALENTINA LATZINA (Jueza de Conciliación)

Moderación: AGUSTINA MARTINI

19:00 hs. **TEMA IV: "RESPONSABILIDADES SOCIETARIAS EXTENDIDAS"**
FALLOS DE LA CSJN

Personas jurídicas. C.C.y C. Sociedad Comerciales. Fraude. Insolvencia. Descapitalización. Interposición. Responsabilidad de socios, administradores de entes societarios y personas jurídicas.

Expositora:

DIANA R. CAÑAL (Jueza de la CNAT y prof. UBA)

Moderación: MARÍA DE LOS ANGELES FERRARIO

21:00 hs. **REUNIÓN SOCIAL. ACTUACIÓN DE ARTISTAS LABORALISTAS.**