

Catorcebis

un compromiso vigente

FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO AQUÍ Y AHORA

Directores/as:

*Mauricio César Arese, Elizabeth V. Bianchi,
María de los Angeles Ferrario*

Coordinadores/as:

*Ricardo León Chéroles, Verónica Pura Demarchi Arballo,
Juan Caminos, Agustina Lacase, María Paz Arese, Noelia Pedrino*

AÑO XXVII | **Revista**
N°62 | **Socio-Laboral**



Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y Seguridad Social - CORDOBA

Publicación de:

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

Asociación Civil sin fines de lucro.

Personería Jurídica:

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

AUTORIDADES | A.A.D.T.Y.S.S. CÓRDOBA

Presidenta:

Elizabeth Verónica Bianchi

Vicepresidente:

Ricardo León Chéroleo

Secretaría General:

Jimena Rodríguez Urizar

Tesorero:

Mario Luis Aguirre

Protesorero:

Juan Ignacio Caminos

Secretaría de Medios Informáticos, Prensa y Difusión:

María Agustina Lacae

Secretario de Publicaciones:

María de los Ángeles Ferrario

Secretaría de Eventos y Actividades Académicas:

Pura Verónica Demarchi Arballo

Secretario de Actas:

María Paz Arese

Vocales Titulares:

Víctor Eduardo Layus, Laura Sosa Plebani,

Valeria Elisa Mimessi

Vocales Suplentes:

María Celeste Francille, Ezequiel Abate Daga,

Noelia Belén Pedrino

Comisión Revisora de Cuentas:

Carlos Roberto Busajm, Juan Ignacio Ferrer,

Nicolás Esteban Astegiano

Junta Electoral:

Laura Cociglio, Ricardo Javier Bueno,

Lucas Sebastián Giorgi

CONSEJO EDITORIAL

Daniel Brain, Eugenio Sigifredo, Ricardo Giletta,

Eladia Garneró, Gabriel Tosto, Jorge Sappia,

Raúl Altamira Gigena, Mercedes Blanc de Arabel,

Pedro Pablo Mendizabal

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

Edición gráfica: Se distribuye gratuitamente a los asociados.

Tirada: 1.000 ejemplares. (ISSN 2525-1228)

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

Puede ser pedida por E-mail: asociacionlaboralcba@gmail.com

- Pág. 3 | **Editorial**
Por César Arese
- Pág. 5 | **Transformación del Procedimiento en Declarativo abreviado:**
La aplicación temporal oportuna del artículo 52 bis CPT tras su entrada en vigencia
Por Ignacio Tomas Astudillo
- Pág. 9 | **Derechos a la salud y al trabajo.** Los riesgos psicosociales del trabajo y el deber de prevención
Por Héctor Hugo Boleso
- Pág. 17 | **El trabajo en contexto de encierro**
Por Solange D. Bressan y María J. Guerrero
- Pág. 23 | **Metaverso y derecho del trabajo**
Por Walter Neil Bühler
- Pág. 27 | **Juzgar con perspectiva de género:** El caso: "Dairy Partners Americas Manufacturing Argentina S.A c/ T.C."
Por Evelyn Daniela Caminos
- Pág. 33 | **El Derecho del Trabajo y nuevas formas de trabajo:**
Empresas de plataforma
Por José Luis Ugarte Cataldo
- Pág. 43 | **El proceso de regulación de honorarios por actuaciones** ante la SRT/Comisiones Médicas en la provincia de Córdoba
Por José Luis Coppari Gigena
- Pág. 51 | **El procedimiento de resolución de conflictos del Sistema de Riesgos del Trabajo y el capítulo "Pogonza".**
La independencia de los médicos y el acceso a la justicia
Por Esteban Corti
- Pág. 57 | **Revolución digital y precarización laboral:** El caso de los trabajadores "a pedido" mediante plataformas digitales
Por María Julia Foddanu
- Pág. 65 | **El "Ius Variandi" en el procedimiento declarativo abreviado cordobés.** Una causal única y diferente
Por Paula Andrea Frescotti
- Pág. 71 | **Declaraciones de Responsabilidad Social Empresaria:**
Códigos de conducta
Por Hebe A. García Borrás
- Pág. 77 | **Procedimiento Declarativo Abreviado (Ley 10596)**
Por Valentina Latzina
- Pág. 83 | **Jaque al libre despido y a la tarifación del despido**
Por Raúl Horacio Ojeda
- Pág. 89 | **La protección social en la encrucijada.** La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales
Por Esperanza Macarena Sierra Benitez
- Pág. 97 | **La organización social del cuidado y del trabajo**
Por María Fabiana Sosa
- Pág. 105 | **Música popular argentina y derecho del trabajo**
Por Diego Martín Tosca
- Pág. 111 | **La participación de las mujeres en los espacios sindicales** bajo el prisma del concepto de injusticia epistémica estudiado por Miranda Fricker
Por Verónica Vidal



Por **CÉSAR ARESE**

SÓLO SE TRATA DE CAMBIAR EL PUNTO DE VISTA

Todos hablan de un “giro copernicano” cuando se producen transformaciones trascendentales. Pero en el sentido original dado por Immanuel Kant en su “Crítica de la razón pura” se trataba de una mutación que, por simple, desestructura el pensamiento. Copérnico descartó la tesis de que la tierra es el centro del universo y cambió el punto de la mira. Simplificando las cosas en filosofía, Kant entendió que el problema consiste en cambio similar al proponer darle la vuelta a la relación del observador y aceptar que en la experiencia cognoscitiva el sujeto cognoscente es activo, que en el acto de conocimiento ese sujeto modifica la realidad conocida.

En las relaciones jurídico procesales del trabajo, el punto de vista del operador del derecho estuvo, fundamentalmente, en el observador desde adentro, desde la estructura y de sus actores, esencialmente jueces, funcionarios y abogados. Así es que se aceptó hasta ahora que un juicio laboral puede demorar en Córdoba un promedio de cinco años (o más), desde la demanda hasta el dictado de una sentencia. Algo tan absurdo, injusto y contrario a la justicia como, al parecer, invisible, normalizado y aceptado.

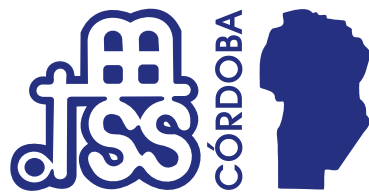
Pero si se cambia el punto o el sujeto de observación del sistema procesal y se adopta el del trabajador como alguien vulnerable, carenciado, accidentado o enfermo, desocupado, cinco años es una eternidad, un siglo, una fatalidad. Inclusive cada minuto que pasa sin un reclamo insatisfecho, es un escalón mayor de renuncia a sus derechos. Un día es llamado a forzarlos para aceptar una conciliación que es una resignación ante la lejanía de la sentencia.

Por lo que fuere, la pandemia, los tecnológicos en materia procesal, la intervención política, la actuación de algunos actores desafortunados, lo que sea, o todo junto y algunos otros factores más, ha llegado un cambio cultural. Los barroquismos procesales vienen a morir, como obligar a un trabajador a venir kilómetros, hacerlo perder un día de trabajo, que coincida con su abogado, tan sólo para mostrar su DNI ante un funcionario y otorgar un poder. Se terminó esa época.

El trabajador y la sociedad no necesitan tantos arabescos procesales ni largos turnos (y suspensiones de turnos) para examinar su causa. Espera un proceso concentrado, participativo, sin grandes rituales, de corta duración, que diga el derecho sobre la base de los hechos con todas las garantías del derecho de defensa examinando sólo que lo que hay que ver y no mil trámites innecesarios y superfluos. Y que el Juez del Trabajo informe su decisión en nueve meses o menos como mucho y, en todo caso, se insuma otros tres meses, como mucho y exagerado, para que una cámara (seis ojos más) revisen lo decidido. Y esto para todas las causas. Es el modelo de varios países y no se comprenden por qué aquí no lo conocemos siquiera. El Procedimiento Declarativo Abreviado introducido en el Código de Procedimientos Laborales está en marcha y es tan sólo el primer paso. En un futuro próximo se deberán cambiar las estructuras procesales para adoptar una morfología y una dinámica que aseguren esos objetivos.

Como se está leyendo, no se habló del derecho humano laboral de acceso a tutela judicial efectiva laboral que es de lo que se está hablando sin mencionarlo. Una sentencia a cinco años con un proceso pesado, formalista y costoso para todos, para el trabajador, el Estado es decir la sociedad y la propia administración, es la negación más absoluta y fulgurante de la Justicia del Trabajo.

Hace tres cuartos de siglo, se prometió a los trabajadores americano que se habría en la región una “jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos” según el art. 36 de la Carta Americana de Garantías Sociales (1947). Pues bien, llegó esa hora americana y es aceptada por casi todos los actores procesales. Una nueva cultura y concepción del proceso se ha instalado rápidamente como son las cosas cuando algo se hace visible y necesario y se internaliza en la conciencia colectiva. Tal vez, sólo era cuestión de cambiar el punto de vista sobre el todo, de un universo estático y con centro en la estructura procesal, hacia el del quién es el sujeto jurídico al que dedica su tarea el Fuero del Trabajo. No hace falta nombrarlo, sino respetar lo que se cifra en su nombre.



Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y Seguridad Social - Córdoba



Ignacio Tomas Astudillo¹

Transformación del **PROCEDIMIENTO EN DECLARATIVO ABREVIADO:** La aplicación temporal oportuna del Artículo 52 Bis CPT tras su entrada en vigencia



¹ Abogado (UNC). Egresado sobresaliente. Ex becario de la Universidad de Guanajuato, México en el marco del programa UNC al mundo (RHCD 456/2019). Escribano (UES21). Actualmente se desempeña como empleado del juzgado de conciliación y trabajo de 2ª nominación, secretaria 4ª de la Ciudad de Córdoba.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma efectuada a la ley de procedimiento laboral tuvo en su génesis una ostensible búsqueda de reducir los tiempos de los procesos laborales siempre velando por garantizar el principio de “plazo razonable”. En dicho orden de ideas, con la intención de reducir la cantidad de juicios en los cuales la Cámara del trabajo oficiaba como tribunal de sentencia, se instaura una serie de supuestos en los cuales debe resolver el Juez de Conciliación, o como se denomina de un tiempo a esta parte, Juez de Conciliación y Trabajo.

La mayoría de aquellos supuestos se encuentran enunciados en el artículo 83 bis del Código Procesal del Trabajo de Córdoba (Ley 7987 y modif., en adelante “CPT”), siendo estos determinables en razón del fondo de la cuestión que se discute. Para ser más claros, según nuestro modo de ver, los incisos del artículo 83 bis del CPT a los cuales resulta aplicable el procedimiento declarativo abreviado, versan todos sobre la naturaleza de las pretensiones que se reclaman (por ejemplo: reclamos de indemnizaciones derivadas del despido directo sin invocación de causa, reclamos a los fines del restablecimiento de condiciones laborales alteradas por un uso abusivo del *ius variandi*, etc.).

Pero en el caso del artículo 52 bis CPT², la razón de aplicación de dicho procedimiento no es la cuestión que se va a controvertir, es decir, el objeto del juicio, sino una circunstancia procesal sobreviniente a la interposición de la demanda.

Es el único caso contemplado en la normativa por el cual el trabajador, a la hora de iniciar la petición judicial, no conoce en primer momento cuál será el tribunal de mérito que va resolver el conflicto, porque la reconducción de un procedimiento ordinario a uno abreviado sucede por una circunstancia ajena a dicha parte, por una inacción de la contraparte.

Es por eso que resulta interesante analizar este fenómeno procesal pensado por el legislador y la importancia de su aplicación práctica.

II. IMPORTANCIA

Lo fundamental de la creación de este artículo es la posibilidad de, una vez cumplidos los requisitos previstos, se pueda tramitar la causa por el procedimiento declarativo abreviado, en estos juicios “sin contra parte”, en vez de un procedimiento ordinario que tiene distintos plazos y etapas. En esa misma línea lo expresa Carlos E. Alcazar: “con la presunción de veracidad de los dichos escritos

² Artículo 52 bis. *Incomparecencia del demandado. Transformación del procedimiento. Cuando en el proceso ordinario el demandado no compareciere a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 50 de esta Ley, no contestare la demanda y no ofreciere prueba vencido el plazo para el ofrecimiento de la misma, el Juez ordenará la continuación del trámite por el procedimiento declarativo abreviado previsto en el Capítulo Sexto del Título VI de esta Ley.*



en la demanda, con más la ausencia de prueba en contrario producto de la inacción, resulta por demás engorroso la inmersión de una causa al procedimiento común, el cual según la prensa local puede durar hasta ocho años”³.

III. REQUISITOS Y EFECTOS JURÍDICOS

La norma reza: “Cuando en el proceso ordinario el demandado no compareciere a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 50 de esta Ley, no contestare la demanda y no ofreciere prueba vencido el plazo para el ofrecimiento de la misma, el Juez ordenará la continuación del trámite por el procedimiento declarativo abreviado previsto en el Capítulo Sexto del Título VI de esta Ley”. De un primer análisis se desprende que para su aplicación el legislador idea tres

³ ALCÁZAR, Carlos E. En ARESE, César. *Código Procesal Del Trabajo De Córdoba: Comentario Y Concordado*. 1^o ed. revisada, Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 93.



requisitos de procedencia: el primero es que el demandado no comparezca, el segundo que no conteste la demanda interpuesta por el accionante y por último que tampoco ofrezca pruebas que hagan a su derecho. Es vital entender que solo con el cumplimiento de estos tres requisitos se produce la aplicación de la norma.

Podemos decir entonces, que la norma se torna operativa recién ante el vencimiento del término previsto para que la demandada ofrezca pruebas. Solamente allí, el tribunal, de oficio o a petición de parte (entendemos que una vez acreditado los extremos previstos por el artículo se debe realizar de oficio), puede realizar la reconducción del proceso al procedimiento declarativo abreviado.

Todo ello, sin perjuicio de que el tribunal en el decreto de admisión, donde fija la audiencia de conciliación haya o no plasmado en el proveído la posibilidad de la reconducción procesal dispuesta por el art. 52 bis de CPT, ya que como todos sabemos, el derecho se presume conocido y una vez vigente el artículo, es plenamente aplicable.

IV. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA

Primero, hay que tener en cuenta el artículo 7 de nuestro Código Civil y Comercial, que dice: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (...)”. En segundo lugar, analizar desde qué momento resulta aplicable el artículo 52 bis CPT, que entra en vigencia por el Acuerdo Reglamentario número 1746 Serie “A” de fecha 25/03/2022, que ordena: “(...) 1. DISPONER a partir del 01/04/2022 la ampliación del procedimiento declarativo abreviado con audiencia única en los procesos laborales a las hipótesis contempladas en los incisos b), c), d), e), g), i), j) del artículo 83 bis de la Ley 7987 y la implementación del supuesto previsto en el art. 52 bis de la mencionada ley (...)”.

Teniendo siempre en vista el artículo 52 bis CPT, se desprende que la situación que prevé se configura recién en el momento en el cual se encuentra vencido el término establecido a los fines que la accionada ofrezca prueba (sin que antes haya comparecido ni contestado la demanda); es entonces cuando acaece el supuesto de hecho que el legislador pensó a la hora de redactar el artículo.

En virtud de ello, entendemos que aunque la demanda interpuesta por la actora, la no comparecencia y la no contestación por la accionada hayan acontecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma (1 de abril del 2022), pero el vencimiento del plazo de ofrecimiento de pruebas suceda con posterioridad, sin que la demandada haya ofrecido prueba alguna, el artículo 52 bis sería aun plenamente aplicable y el Tribunal, de oficio, debería reconducir el proceso por el trámite del procedimiento declarativo abreviado. El fundamento de esta postura radica en que el presupuesto de hecho enunciado por el artículo 52 bis CPT se configura una vez que han sucedido necesariamente los tres eventos (la no comparecencia, la no contestación de demanda y el no ofrecimiento de pruebas). Entonces, es el momento en el que sucede el último evento (el no ofrecimiento de prueba), en el cual se debe analizar la vigencia o no de la norma para su respectiva aplicación.

V. CONCLUSIÓN

Las fechas en que sucedieron la interposición de la demanda o la no contestación por la accionada no deben ser límites para la aplicación del art. 52 bis CPT, lisa y llanamente porque no es eso lo que dice la ley, y no se deben hacer distingos donde esta no los hace.





Héctor Hugo Boleso¹

DERECHOS A LA SALUD Y AL TRABAJO

Los riesgos psicosociales del trabajo
y el deber de prevención



I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional tiene un Bloque de Constitucionalidad Federal -BCF-, además nuestro país se ha integrado al Sistema Mundial e Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

La reforma constitucional de 1994 reafirmó, enriqueció y extendió los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, especialmente el protector, el de igualdad y no discriminación, el de progresividad, el pro homine y las reglas in dubio pro operario, de la selección de la norma más beneficiosa y subsistencia de la condición más favorable.

La CorteIDH y la CSJN, han resuelto que los jueces nacionales deben realizar el control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana, de oficio y en el marco de sus respectivas competencias. Este control difuso de convencionalidad, convierte al juez nacional en juez interamericano.

La primera, reconoció a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) como derechos autónomos y justiciables, con arreglo al art. 26, CADH².

En particular se expidió sobre el “derecho al trabajo”, “el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo”³, doctrina reiterada en *Spoltore vs. Argentina*⁴, en *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*⁵.

Los trabajadores y trabajadoras poseen derechos fundamentales, mediante éstos, aquellos y sus representantes, pueden organizarse y expresar las reivindicaciones específicas acerca de sus *condiciones laborales*.

A su vez, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar estos derechos, los que permiten nivelar la relación desigual que existe entre trabajadores y trabajadoras, y empleadores y empleadoras, y el acceso a salarios justos, y *condiciones de trabajo seguras*⁶.

Puesto que los términos del derecho al trabajo son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ésta dispone “el trabajo es un derecho y un deber social”, que debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y *condiciones de trabajo aceptables para todos*”. Y lo previsto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que ordena que “toda persona tiene derecho al trabajo en *condiciones dignas*”⁷.

2 CorteIDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, S del 31.08.2017, Consid 143, www.corteidh.or.cr.

3 CorteIDH *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*, S del 15.07.2020, Consid 155, www.corteidh.or.cr.

4 CorteIDH, *Caso Spoltore Vs. Argentina*, S del 9.06.2020, www.corteidh.or.cr.

5 CorteIDH, *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, S del 31.08.2021, www.corteidh.or.cr.

6 CorteIDH, OC 27/21, del 5.05.2021, *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga*, etc, Consid 141, www.corteidh.or.cr.

7 CorteIDH, *Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú*, S del 1.02.2022, Consid 108, www.corteidh.or.cr.

A través del ejercicio del constitucionalismo transformador latinoamericano, la CorteIDH, en su jurisprudencia evolutiva ha reconocido otros DESCAs como el derecho a la seguridad social⁸, a la salud⁹, y con el propósito de garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas, el derecho a un ambiente sano¹⁰.

La interpretación y aplicación de las normas que hacen operativos tales derechos, debe hacerse, de acuerdo a la indivisibilidad e interdependencia propia de los Derechos Humanos, dado que éstos se potencian mutuamente, a fin de brindar mediante el proceso laboral, una tutela judicial efectiva que asegure la integridad y condiciones dignas de labor a los trabajadores.

II. CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO. RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO

El trabajo, el lenguaje, el amor y las relaciones sociales, constituyen dimensiones esenciales que caracterizan al ser humano.

El trabajo es una actividad humana realizada -cada vez más- bajo tensión, la que es sometida a determinadas condiciones y medio ambiente de trabajo (CyMAT), donde el trabajador tiene que aplicar sus capacidades físicas, mentales y psíquicas, gastar energías, vencer dificultades, hacer esfuerzos para usar eficazmente máquinas, soportar los riesgos del medio ambiente laboral, lo que puede generar fatiga y sufrimiento.

La actividad, impone al trabajador exigencias físicas, psíquicas y mentales que son fuentes de cansancio; lo que también puede traer dolor y predisponer a contraer enfermedades.

El trabajo siempre se ejecuta en un marco histórico, político y económico, en un determinado modo de desarrollo y evoluciona constantemente.

La CorteIDH determina los alcances del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador en el marco de los hechos probados en cada caso, a la luz del corpus iuris internacional sobre la materia y de la normatividad interna del Estado demandado.

En el caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos, se probó que las empleadas de la fábrica trabajaban en condiciones de precariedad, insalubridad e

8 CorteIDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú*, S del 6.03.2019, Consid 173; ídem, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria vs. Perú*, S del 21.11.2019, Consid 157, www.corteidh.or.cr.

9 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches vs. Chile*, S del 8.03.2018, Consid 106; ídem, *Caso Quachala Chimbo vs. Ecuador*, S del 26.03.2021, Consid 97, www.corteidh.or.cr.

10 CorteIDH, OC 23/17 del 15.11.2017, *Medio ambiente y derechos humanos*, etc., Consid 57, www.corteidh.or.cr.



inseguridad, en carpas ubicadas en potreros que no reunían los más mínimos estándares de seguridad para la realización de una actividad peligrosa y que no reunían condiciones que permitieran *evitar o prevenir accidentes de trabajo*. Nunca recibieron instrucción alguna sobre medidas de seguridad, ni elementos de protección para la realización del trabajo. El Estado no ejerció ninguna labor de supervisión o fiscalización orientada a verificar las condiciones laborales de quienes se desempeñaban en la fábrica de fuegos, ni emprendiera alguna acción orientada a *prevenir accidentes*¹¹.

Por lo que el Estado de Brasil desconoció el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, en la medida en que falló en su deber de *prevenir accidentes de trabajo*¹².

En el caso de los buzos, se comprobó que los hombres miskito practicaban la pesca por buceo “a pulmón” (sin equipo) para obtener langosta, primero para consumo familiar, y luego para empresas comerciales, al margen de la legislación laboral vigente, lo que produjo accidentes laborales, intoxicaciones y discapacidades para personas en edad productiva¹³.

La pesca por buceo a profundidad puede producir gravísimas consecuencias, sin embargo, la mayoría de los accidentes por buceo *son prevenibles* cuando se adoptan las medidas pertinentes y se dota a los trabajadores de equipos adecuados¹⁴.

La Corte concluyó que el Estado de Honduras incumplió con su obligación de garantizar el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo que aseguren la seguridad, la salud y la higiene del trabajador, en la medida en que falló en su *deber de prevenir* accidentes de trabajo y de garantizar la aceptabilidad y calidad del ejercicio laboral de las víctimas¹⁵.

11 CortelDH Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antón de Jesús Vs. Brasil, S del 15.07.2020, Consid 175, www.corteidh.or.cr.

12 CortelDH Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antón de Jesús Vs. Brasil, S del 15.07.2020, Consid 176, www.corteidh.or.cr.

13 CortelDH, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, S del 31.08.2021, Consid 31, www.corteidh.or.cr.

14 CortelDH, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, S del 31.08.2021, Consid 32, www.corteidh.or.cr.

15 CortelDH, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, S del 31.08.2021, Consid 32, www.corteidh.or.cr.

El trabajo no es patógeno, son las condiciones y medio ambiente de trabajo y los factores de riesgo psicosociales en el trabajo los que predisponen para la enfermedad.

En materia de prevención, el rol del Estado es determinante porque debe asumir la responsabilidad de cuidar la vida y la salud de todos los ciudadanos; es quien tiene la autoridad para fijar los objetivos, definir políticas y estrategias, establecer normas, promover la adopción de medidas de prevención en todas las empresas y organizaciones, asignando un presupuesto adecuado, estimular las acciones de formación e información sobre los RPST y realizar inspecciones para ayudar a tomar conciencia de las deficiencias constatadas y sancionar llegado el caso.

Actualmente las innovaciones científicas y tecnológicas exigen una constante adaptación, los sistemas informatizados de vigilancia y control producen una carga global de trabajo cada vez más intensa en cuanto a las dimensiones psíquicas y mentales, lo que tiene impacto directo sobre la salud biológica, como psíquica, mental y social.

En este momento histórico debemos discernir cómo y cuánto, las condiciones y medio ambiente de trabajo (CyMAT) y los riesgos psicosociales en el trabajo (RPST) impactan sobre la salud del trabajador. A fin de prevenir tales afecciones o minimizar el daño que ocasionan.

El proceso laboral es una vía propicia para lograr la prevención. Ello merece nuestra atención y estudio, para que lo utilicemos como vía idónea.

Sabemos que las CyMAT se modifican permanentemente como consecuencia del cambio científico y tecnológico, ya que las innovaciones de productos y procesos generan nuevos riesgos. Éstos impactan sobre el colectivo de trabajo, y para prevenirlos deberían eliminarse, reducir o controlarse en su fuente y hacer prevención para todo el colectivo de trabajo. No existe una predisposición natural al accidente o enfermedad profesional; los accidentados y enfermos son, por lo general, víctimas de las deficientes condiciones y medio ambiente de trabajo que pueden (y deben) cambiarse.

Además, podemos considerar como factor de riesgo, al neoliberalismo que en su fase actual, como una mutación del capitalismo, convierte (o hace creer) al trabajador en *empresario*, en grandes sectores del orbe.

Dice Han que, hoy creemos que somos un proyecto libre que constantemente se crea y se reinventa. Ignorando nuestro sometimiento.

Esto va acompañado de una sensación de libertad, que nos hace pensar que estamos liberados de las coacciones externas. Más nuestro yo, como proyecto, nos somete a coacciones internas y propias, en forma de una coacción hacia el rendimiento y la optimización.

Esta libertad, paradójicamente, genera coacciones, enfermedades como la depresión y el síndrome de *burnout* son un signo patológico de que la libertad se ha convertido en coacción.

El actual sujeto de rendimiento, se cree libre, pero se explota a sí mismo de manera voluntaria.

Por lo tanto quien fracasa en la sociedad neoliberal del rendimiento se hace responsable a sí mismo, se avergüenza, dirige el sentimiento de agresión contra sí, y se convierte en depresivo.

El sujeto de rendimiento constantemente se violenta a sí mismo. La autoexplotación le produce un cansancio infinito. Este sujeto, es la figura originaria de la sociedad del cansancio¹⁶.

Esto no hace más que mostrar la complejidad del tema, y la necesidad de una investigación exhaustiva, especialmente cuando las perturbaciones psicosociales relacionadas con las tareas afectan al trabajador de una manera menos directa y menos visible que las patologías físicas, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales reconocidas. Para prevenir es necesario dotarse de conocimiento y medios que permitan identificar rápidamente esos riesgos.

III. CONOCER E IDENTIFICAR LOS RIESGOS PSICOCOSOCIALES EN EL TRABAJO PERMITEN SU PREVENCIÓN

Las diversas crisis económicas -globales y locales-, más el impacto del COVID 19 en la actividad empresarial, han provocado que los RPST derivados de los cambios del proceso de trabajo, de su contenido y organización deterioraran las CyMAT, influyendo negativamente sobre la salud de los trabajadores.

¹⁶ Byung Chul Han, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de Poder*, Traducción de Alfredo Bergés, Pensamiento Herder, 1a. Edición digital 2014; Ídem, *La sociedad del cansancio*, Traducción de Arantazu Saratxaga Arregi, Pensamiento Herder, Barcelona 2012.





Los cambios introducidos para hacer frente a las crisis procuraron el incremento de la productividad, el mejoramiento continuo de la calidad, la búsqueda sistemática de la reducción de los costos, la introducción, aceptación y difusión de las innovaciones en cuanto a los productos y los procesos.

En tal contexto, la exigencia a los trabajadores para alcanzar esos objetivos y volumen de producción, intensificó el proceso de trabajo, las jornadas de labor se prolongaron -superando los máximos legales-, tal carga de trabajo provoca una excesiva fatiga, estrés, sufrimiento y aumento de los riesgos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que deterioran la salud de los trabajadores.

Los cambios dispuestos por las empresas, so pretexto de la eficacia, en un brutal contexto competitivo, contribuyen a desestabilizar las profesiones y los colectivos de trabajo y, por ende, su capacidad de resistencia.

También afecta a quiénes trabajan, la dificultad en la articulación de la vida familiar y la vida profesional, especialmente cuando determinados modos de organización del tiempo laboral y del tiempo privado no facilitan dicha conciliación.

Estos conflictos, si no se los previenen, pueden tener consecuencias nefastas para los trabajadores y traducirse en problemas de relaciones familiares y afectivas, en falta de satisfacción laboral, estrés y problemas de salud.

Antes de la pandemia, Neffa¹⁷, hizo una gran labor, sobre la importancia de identificar los principales factores de riesgos psicosociales en el trabajo, obviamente para intentar prevenirlos:

Y dice que son -muy sintéticamente-:

- a). La demanda psicológica y el esfuerzo requerido: la cantidad, ritmo e intensidad del trabajo que determinan la carga psíquica, mental y global de trabajo; la duración del tiempo de labor, la complejidad de la actividad.
- b). El estrés, como la capacidad que tienen los trabajadores para adaptarse y/o resistir a los riesgos y amenazas provenientes del proceso de trabajo.
- c). Las exigencias emocionales movilizadas en la actividad, que pueden causar daño o permitir el control sobre sí mismo y lograr satisfacciones, tanto en las relaciones con el público, clientes, usuarios o pacientes.
- d). La autonomía en el trabajo, que consiste en la posibilidad de ser actor, conducir su propia vida profesional y tener la posibilidad de progresar y hacer carrera.
- e). Las relaciones sociales en el trabajo, que son importantes y múltiples porque refieren a compañeros de trabajo, jefes directos, la jerarquía, la empresa, los clientes, usuarios, pacientes y educandos.

17 Neffa, Julio César. Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio. 1a ed - CABA: Centro de Estudios e Investigaciones Laborales - CEIL-CONICET. 2015. Libro digital. PDF.

f). Los conflictos éticos y/o de valores, que se pueden generar cuando el trabajador ve impedida la posibilidad de trabajar con calidad y respetar las reglas de la profesión, si sus medios de trabajo funcionan de manera imperfecta.

g). La inseguridad en la situación de trabajo y empleo, situación que puede darse cuando se es víctima del desempleo, el puesto de trabajo es de carácter precario, no está registrado; o si el porvenir es incierto por riesgo de despido, de suspensiones o de la reducción del salario.

Ahora bien, aquellos factores de riesgo interactúan con numerosas variables que se dan en el proceso de trabajo, y pueden ser agravados por problemas de salud que ya padecen los trabajadores. Por otra parte, el efecto sobre quiénes reciben el impacto será diferente en función de la posición en la estratificación social, educación, formación profesional, del género, edad, características de personalidad, capacidades de resistencia y adaptación al estrés.

Algunas molestias o violencias que pueden sufrir los trabajadores son:

1. Hostigamiento, mobbing, acoso moral.
2. El síndrome de burnout.
3. La violencia (física o verbal) en el trabajo.
4. Acoso sexual en el trabajo.
5. Adicción al trabajo (workaholism).
6. Consumo adictivo de drogas y de alcohol.
7. Acoso moral institucional, hace hincapié en las responsabilidades de las empresas frente a las consecuencias sanitarias de los modos de organización del trabajo¹⁸.

El Estado a través de decisiones políticas debería promover la incorporación de los conocimientos y metodologías ergonómicas en el diseño y refacción de los edificios, máquinas, herramientas, mobiliario, y demás medios de trabajo, insumos, software y velar para que la organización y el contenido de los procesos de trabajo sea más saludable, seguro, confortable y eficaz.

Debe promover la realización de investigaciones epidemiológicas para la confección de un listado de patologías inherentes a los RPST, identificar las causas que provienen de la vida laboral y de la vida doméstica y organizar la prevención y la reparación.

Es posible prevenir y gestionar con éxito las CyMAT, los RPST y el estrés que ellos ocasionan, independientemente de las dimensiones y del tipo de empresa, a condición de que se adopte un buen enfoque.

Esto no es solamente una obligación moral y una buena inversión de los empleadores, sino una obligación legal que ha sido insertada en los convenios colectivos de trabajo.

La CortelDH decidió que son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Las empresas deben adoptar, por su cuenta, *medidas preventivas* para la protección de los derechos humanos de sus trabajadoras y trabajadores, así como aquellas dirigidas a evitar que sus actividades tengan impactos negativos en las comunidades en que se desarrollen o en el medio ambiente¹⁹.

Agregamos que, la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19 prácticamente borró las fronteras entre lo laboral y lo extralaboral, por el impacto de las temporalidades del trabajo en la vida privada.

Desde el ASPO muchos trabajadores debieron trabajar desde sus casas, sin estar necesariamente preparados. Más, el cierre de escuelas obligó a padres, y más a las madres a tener que hacerse cargo también de actividades profesionales a distancia y de la educación de sus hijos.

En términos generales, el teletrabajo exige reorganizar los tiempos domésticos y laborales de una manera completamente nueva. Lo que puede resultar difícil de administrar ya que propicia eventuales aumentos del horario de trabajo.

A los que tuvieron que seguir yendo a sus lugares de trabajo, porque su actividad no podía hacerse a distancia -trabajadores de primera línea o trabajadores esenciales-, la pandemia les ha planteado problemas inéditos. El miedo a contagiar a sus seres queridos o al entorno laboral, el aumento del tiempo de viaje por la reducción de los servicios de transporte público y, en algunos casos, las horas extras para hacer frente a la crisis.

IV. EL DEBER DE PREVENCIÓN

El deber de prevención eficaz se funda en: el compromiso del Estado Nacional, de adoptar medidas preventivas, en casos de extrema gravedad, urgencia y necesidad, a fin de evitar daños irreparables a personas -Sistema Interamericano de DDHH-. El mandato constitucional impuesto a toda persona de no dañar -art. 19 CN-, el principio protector -art. 14 bis-; el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, el Protocolo de 2002, los Convenios 187 y 190 de la OIT -normas supraleales-.

Sumamos, el deber de indemnidad -art. 75 LCT- que pesa sobre todo empleador; el deber de prevenir el daño, que tiene toda persona, en cuanto de ella dependa -art. 1710 CCyC-, el principio de buena fé -art. 63 LCT-, los arts 4 apartado 1 y 31 de la LRT que obligan al patrón y a la ART a la prevención eficaz.

¹⁸ Coutrot Thomas: Después del juicio contra France Télécom: ¿cuál es el proyecto para el trabajo?, en: *De(s)liberar el Trabajo. Desafíos de la salud laboral: democracia y temporalidades*, Claire Edey Gamassou-Arnaud Mias (coordinación), Teseopress.com.

¹⁹ CortelDH, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, S del 31.08.2021, Consid 51, www.cortelidh.or.cr.



A su vez se armoniza con el derecho a la salud, “bien público” según la CortelDH, y que los Estados Parte del Sistema Interamericano se comprometen a resguardar adoptando las medidas atinentes a la *prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales y de otra índole* (art. 10.2. Protocolo de San Salvador).

Dada la indivisibilidad e interdependencia de los DDHH, debe sumarse el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana, garantizado por la CN, y que comprende el derecho a acceder a condiciones de labor que le garanticen una existencia digna²⁰.

El art 14 bis de la CN, funda el derecho de todo trabajador y/o trabajadora a la protección de la salud psíquica y mental. Y esa es una obligación de seguridad que incumbe al empleador. Este no tendrá excusas, si sobreviene un accidente en el lugar de trabajo, cuando había un peligro del cual tenía conciencia o debería haber tenido conciencia dadas sus funciones y porque no tomó las medidas de prevención para garantizar la salud física, psíquica y mental del trabajador.

El empleador no debe ser sólo juzgado por su buena intención, ni por los medios que dispuso para la prevención sino por el resultado de su acción. El principio general es que se debe adaptar el trabajo al trabajador para prevenir, antes que compensar económicamente el daño una vez producido y tratar de repararlo. El objetivo a lograr no es que la justicia condene sistemáticamente a los empleadores, sino que los estimule a adoptar medidas de prevención adaptadas a las condiciones de trabajo y verifiquen si lo hicieron.

El derecho civil regula la acción preventiva, que debe ser empleada procesalmente en el Derecho del Trabajo, con el fin de prevenir o hacer cesar actos lesivos, preservando la integridad psicofísica del/la trabajador/a, así como para hacer cesar actos de violencia laboral, mobbing, reiterados cambios organizacionales impuestos sin discusión, o cualquier conducta que actúe negativamente sobre los factores de RPST y que se produzcan en el trabajo.

El deber genérico de prevención reside en toda persona -art 19 CN- física o jurídica -art 14 bis CN, arts 75 y 63 LCT, pertinentes de la LRT, art 1710 CCyCom. Entre las últimas los estados Provincial y Nacional -art 1.1, 2 CADH-.

El art 1710 CCyCom, pone tal deber en cabeza de todos aquellos que se encuentren en posición de *evitar* la producción del daño. Ello deberá ser evaluado en cada caso concreto, *conforme a las circunstancias*, ya que deberá establecerse si la acción u omisión requerida *depende de ella*, recién ahí será exigible la *adopción de “medidas razonables” para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, todo ello en función del principio de buena fe* (art. 1717, inc. b, CCyCom).

V. LA SALUD Y EL TRABAJO SON DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando se fundó la OIT en 1919, la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo era una de las demandas más fuertemente exigidas por el sector trabajador²¹.

A partir de 1999, la OIT promueve la necesidad de que los trabajadores tengan un *trabajo decente*. Es decir aquél que es logrado en condiciones de libertad, equidad, *seguridad* y dignidad humana²².

21 Bueno, Carmen: *La seguridad y la salud en el trabajo a lo largo de un siglo: de la prevención del carbunco a los problemas de salud mental. Reflexiones sobre el trabajo Visiones desde el Cono Sur de América Latina en el Centenario de la OIT*, pág. 91. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-santiago/documents/publication/wcms_732837.pdf.

22 Conferencia Internacional del Trabajo, 87.ª reunión, Ginebra, junio de 1999, Memoria del Director General: Juan Somavia, Trabajo decente, OIT. www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ile/ilc87/rep-i.htm.

20 CSJN, “Silva, Facundo J e/Unilever”, 18.12/2007, ídem “Torrillo Atilio A c/Quil Oil Argentina”, 1.3.2009, www.esjn.gov.ar.

Se trata de un trabajo libre, productivo y *seguro*, en el que se respeten los derechos laborales.

El derecho a la salud como bien jurídico protegido, es inherente a la persona y clave para garantizar la dignidad humana, por ello es considerado de forma unánime como un derecho fundamental de todo ser humano y está consagrado por un vasto corpus iuris internacional²³.

Su operatividad efectiva resulta indispensable y para ello es necesario garantizar su plena aplicación también en los lugares de trabajo.

En materia de salud y seguridad en el trabajo, enfatizamos la necesidad de ambientes laborales sanos y seguros para preservar la salud física y mental de los trabajadores, y también estimular su desarrollo y desempeño profesional.

La Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo sentó claramente su posición al señalar que *la comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo la salud como uno de los derechos humanos. En un mundo en el que casi 3 millones de trabajadores siguen muriendo cada año como consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ha llegado el momento de que la seguridad y la salud en el trabajo sean reconocidas como un principio y un derecho fundamental del trabajo*²⁴.

23. Caso *Poblete Vilches vs. Chile*, S del 8.03.2018, Consid 106; ídem. Caso *Quachalá Chimbo vs. Ecuador*, S del 26.03.2021, Consid 114, www.corteidh.or.cr.

24. 23. Vega Ruiz, María Luz: *La salud y el trabajo, los derechos fundamentales del futuro*, *Revista Jurídica del Trabajo*, Enero-abril 2020, pág 28 y ss., www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com.

El modelo económico de desarrollo existente, produce graves consecuencia sociales, además de concentrar capital, producir desigualdad, pobreza, desempleo, y merma en la calidad del empleo, han afectado de forma negativa a la salud de los trabajadores, incrementando el número de accidentados y enfermos ocupacionales.

Asimismo el sujeto de rendimiento de la sociedad del cansancio, enferma de depresión. Hay una necesidad entonces, de preservar la salud física y mental, y el equilibrio personal.

La salud es esencial para trabajar dignamente, los operarios necesitan contar con un trabajo decente y un medio ambiente saludable, condiciones que anulen o disminuyan los riesgos psicosociales en el trabajo.

El hombre y mujer trabajadores son sujetos de preferente tutela constitucional -art 14 bis CN-, por lo que el Estado y las empresas, en cumplimiento del deber de prevención impuesto por normas constitucionales, convencionales y legales, deben garantizar y hacer operativos los derechos a la salud, al trabajo y a un medioambiente sano, por ser derechos fundamentales.

Corrientes, 22.04.2022





Solange D. Bressan¹



María J. Guerrero²

EL TRABAJO EN CONTEXTO DE ENCIERRO

1 Abogada. Universidad Nacional de Córdoba (2017). Escribana. Universidad Siglo XXI (2017). Profesora en Ciencias Jurídicas. Universidad Nacional de Córdoba (2020). Maestría en Derecho Procesal (continua) Universidad Siglo XXI. Auxiliar de Justicia (relatora) en Cámara Unica del Trabajo. Sala 10° Córdoba.

2 Abogada. Universidad Nacional de Córdoba (2016). Docente titular de Ética y Construcción de Ciudadanía. Nivel Superior. Instituto Juan Vicente Brizuela de Villa Dolores Cba. (2017/2022). Sumariante en Unidad Judicial de Villa Dolores Cba. (2017/2019). Empleada meritoria en la Fiscalía de Primera Nominación de Villa Dolores. Cba. (2019 /2022). Escribana. Universidad Siglo XXI (2019). Diplomatura en Derecho Penal (en curso) Universidad Blas Pascal (2022).

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, nos proponemos realizar un análisis integral de la normativa que refiere sobre el trabajo que efectúan aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad, a los fines de exponer el encuadre jurídico creado ante tal particular situación. Asimismo, se incorpora el análisis jurisprudencial del fallo “Pucheta, Pedro Luis s/ejecución de pena privativa de la libertad (para agregar) -Recurso de Casación³”, el cual trata la temática del trabajo entre muros, junto con la formación del “fondo de reserva” y su disposición, a los fines de estudiar la clasificación penal y laboral que nuestro Máximo Tribunal otorgó al mencionado instrumento, y que en definitiva se expande sobre la categorización del pago que reciben los reclusos por las tareas prestadas en dicho contexto.

II. PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Es importante comenzar exponiendo los objetivos del plexo normativo que rige la instancia de ejecución de la pena privativa de la libertad (ley 24660), ya que servirán de filtro o lente, para comprender el análisis propuesto del fallo citado. Para ello, debemos tener en cuenta los principios de la ejecución penal enseñados por Arocena⁴ (2014) reflejados en la norma mencionada: en primer lugar, el “ideal resocializador” contenido en el art. 1 que reza: *La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley..., procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto*. Esta finalidad se encuentra en consonancia con lo dispuesto por Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en la Constitución Nacional, por medio del art. 75 inc. 22. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y la Convención Americana de Derechos Humanos⁶ disponen “*que la finalidad de la ejecución penal será la reforma y la readaptación social de los condenados o penados*”. Es decir, lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social. Asimismo, Edwards⁷ (2014) sostiene “*que el tratamiento penitenciario debe procurar la resocialización del condenado para transformar-*

lo en un elemento útil a sí mismo y a la comunidad”. En segundo lugar, el principio de “reserva penitenciaria” que dispone el art. 2 lb. consiste en que *el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone*. Esto significa que el penado deberá ser reconocido como titular de los mismos derechos que las personas libres. Dichos derechos podrán ser afectados solo por lo dispuesto en la sentencia de condena Arocena (2014). En tercer lugar, el principio expuesto en el art. 3, denominado de control jurisdiccional permanente, establece que *la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley*. A su vez, se trata de un derivado del principio de legalidad ejecutiva que exige que una ley anterior al hecho del proceso defina el delito, la pena y las modalidades de cumplimiento de la sanción. Ello no solo, para conocer las consecuencias penales, sino también para que no sean aplicadas arbitrariamente. Como así también, guarda relación con el principio de respeto a la dignidad del interno, según lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸ que dispone: “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

Otros principios que podemos nombrar son: de régimen progresivo, de tratamiento interdisciplinario, de tratamiento programado e individualizado, de igualdad, de democratización, y de no marginación.

III. DERECHOS HUMANOS LABORALES

En el apartado anterior, hemos desarrollado los principios generales que hacen a la ejecución de la pena. Estos tienen incidencia necesaria sobre los derechos laborales reconocidos a las personas privadas de la libertad ambulatoria, contenidos en la misma norma, ya que constituyen el andamiaje jurídico y protectorio de los penados y procesados.

La norma que se analiza en el presente trabajo creó un sistema laboral, en donde se garantizan derechos de esta categoría a los reclusos, en base a su finalidad última: la reinserción social. Ellos están contenidos en el capítulo VII. Se complementa con las leyes provinciales 8812, 8878 de adecuación de las normas locales de la Provincia de Córdoba, a las disposiciones de aquella y los Decretos re-

3 TSJ, Sala Penal. PUCHETA, Pedro Luis s/ejecución de pena privativa de la libertad (para agregar) -Recurso de Casación. Sentencia: N° 595. (2015)

4 AROCENA, Gustavo, A., (2014). Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.

5 Art. 10, ap.3.

6 Art.5, ap.6.

7 EDWARDS, Carlos. E. (2014). Ejecución de la pena privativa de la libertad. Buenos Aires, Ed. Astrea.

8 Art. 8.2.





glamentarios provinciales N° 343/08 destinado a los procesados (art.76) donde se aplicará lo establecido en el Anexo III del presente y el N° 344/08 aplicable para los condenados con sentencia firme que en su Anexo V, regula los pormenores de la materia laboral, tales como los principios generales, la organización, la retribución, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la formación profesional.

Pero a su vez, este andamiaje jurídico tiene fundamento en normas de jerarquía superior, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que consagran la actividad laboral, como un derecho esencial y básico de todas las personas, independientemente de su situación de libertad o encierro.

Continuando con las normas de jerarquía constitucional, encontramos que la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dispone en su art. 23 que *“toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*. Se suma a ello, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU (Ginebra, 1955), que en la número sesenta establece: *1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona*. Asimismo, establece que *el trabajo, su organización y método, deberá asemejarse lo más posible a un trabajo fuera del encierro carcelario con el objeto de preparar a las personas privadas de su libertad para el momento en que egresen de prisión y trabajen fuera del establecimiento penitenciario*.

Asimismo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas disponen en el Principio XIV que *“toda persona privada de libertad tendrá derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa por ello, de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales, a fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir*

el ocio en los lugares de privación de libertad. En ningún caso el trabajo tendrá carácter aflictivo... Los Estados Miembros promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional; y garantizarán el establecimiento de talleres laborales permanentes, suficientes y adecuados, para lo cual fomentarán la participación y cooperación de la sociedad y de la empresa privada”.

Al respecto, las “Reglas Mandela”⁹ indican: *“El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano (Regla 5.1)”*; *“la organización y los métodos de trabajo en el establecimiento penitenciario se asemejarán todo lo posible a los que se apliquen a un trabajo similar en el exterior, a fin de preparar a los reclusos para la vida laboral normal (Regla 99.1.)”*.

Nos explica Sagastume¹⁰ (2019) que resulta entonces de vital importancia el acceso efectivo al trabajo no solo para velar por su derecho humano, sino también para una adecuada resocialización de la persona privada de su libertad y en pos de evitar una posible reincidencia delictiva, situación ésta que tiene relación con la seguridad ciudadana. (p. 3)

Como antecedente jurisprudencial, en el *leading case* “Verbitsky”, la Corte Suprema dictaminó que *“(...) la primera advertencia que corresponde formular es que la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo ‘superior’ de ese sistema”*.

También y para comprender mejor el porqué de la aplicación del orden público laboral a los trabajadores entre muros, resulta trascendente hacer mención del fallo “Képych Yúriy Tibériyevich s/

⁹ “Reglas Nelson Mandela” aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 2015, denominadas de esta forma en honor al presidente sudafricano, quien durante sus veintisiete años de prisión, luchó por los derechos humanos, la igualdad, la democracia, y la cultura de la paz.

¹⁰ SAGASTUME, P.(2019).Desafíos y dificultades actuales del Estado en su rol de garante del acceso a los derechos de educación, trabajo y visitas familiares en contexto de encierro.AR/DOC/3636/2019.

recurso de casación Sentencia N° 2490/14, de fecha 1° de diciembre 2014 causa n° 1318/13, en la cual se declaró que *el trabajo voluntario en contexto de encierro se rige por las normas del derecho laboral privado, ya que así lo disponen tanto la ley de ejecución penal como el Reglamento General de Procesados* (arts. 107 inc. g), 117, 120, 130 y 131 ley 24.660 y arts. 109, 103, 109, 112 y 113 RGP). El fallo dispone que resulta aplicable la Ley de Contrato de Trabajo, Ley sobre Jornada, Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Ley de Riesgos del Trabajo. A modo de síntesis, señala que “... en definitiva, para cualquier preso que trabaje no pueden dejar de gobernar como estándares -entre otros- el derecho a la remuneración y la regla de asimilación al trabajo libre, con todos sus alcances, (vgr. asignaciones familiares, obra social, cobertura frente a accidentes de trabajo, capacitación laboral, agremiación) por imperio del principio de progresividad. En este ámbito, como en el medio libre, nunca es tan necesario recordar el eterno adagio: *el trabajo digno dignifica al hombre...*”.

En la misma línea también encontramos el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al decidir respecto de una acción colectiva de amparo promovida por el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) con el objeto de que se condenase a la administración penitenciaria a abonar a la totalidad de las personas detenidas que trabajan en establecimientos penitenciarios federales, una remuneración equivalente al salario mínimo, vital y móvil.

Por otro lado, como antecedente doctrinario, y en relación al estudio del fondo de reserva, que se tratará infra, nos enseña Porta ¹¹ (2014): *El Estado impone al detenido limitaciones para usufructuar la remuneración que percibe por su trabajo. Siguiendo la ley 24660 un porcentaje amplio de su remuneración es retenida hasta tanto el trabajador egrese definitivamente del SPF, pese a la imperiosa necesidad que tiene de contar con esos fondos para solventar su encierro (falencias del Estado para garantizar condiciones de detención adecuadas mediante). Téngase en cuenta que, además, los detenidos necesitan de esos fondos para poder ayudar económicamente a su familia en el afuera. Si bien existe un trámite administrativo/judicial para poder utilizar la totalidad de su remuneración durante la detención, esa posibilidad suele verse impedida o dilatada por decisiones burocráticas. En definitiva, una serie de afectaciones a los derechos laborales de los detenidos mantienen plena actualidad en el régimen penitenciario federal* (p. 85).

Por último, resulta oportuna agregar, en apoyo a esta línea de análisis, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Procuración Penitenciaria de la Nación y otros s/ hábeas corpus”, donde los ministros compartieron los fundamentos y conclusiones del dictamen emitido por el Procurador General de la Nación, quien puso de resalto que en las instancias anteriores se había resuelto la cuestión con fundamento en la ley 24660 de Ejecución Penal en cuanto dispone que el trabajo de los internos respetará la legislación laboral y de la seguridad social vigente; que en su organización,

¹¹ PORTA, E. (2014). *El trabajo intramuros de las personas privadas de la libertad*. Revista Derecho del Trabajo. Año II, N°5, pag.53. Infojus. Id.SAJI:DACF130153



métodos, jornadas, horarios, seguridad e higiene, se atenderán las normas del trabajo libre, y que el salario será abonado en los términos establecidos en la regulación. Estos antecedentes, hacen al reconocimiento de un verdadero derecho laboral aplicable a las personas en situación de prisión.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A). HECHOS

El interno Pucheta, solicitó ante el Juzgado de Ejecución de Segunda Nominación, la disposición anticipada de una suma de dinero perteneciente a su fondo de reserva¹², formado de acuerdo a las disposiciones de la ley 24660, art. 121 Inc. d, con la finalidad de auxiliar a su pareja, quien se encontraba en un estado de necesidad extrema y de carencias materiales, “quebrado económicamente”, desocupado y sin posibilidades de insertarse en el mercado laboral por problemas de salud y de incapacidad física, sumando a ello, las valoraciones negativas ante su condición de género. Esto fue alegado por el Sr. Pucheta, como causales de la situación de vulnerabilidad en el que se encontraba su compañero (Toledo) de hace más de ocho años, quien había permanecido de manera incondicional al lado del recluso, siendo sostén y contención para éste y la persona de mayor confianza, pero con quien no se encontraba unido mediante un lazo legal.

Es importante señalar la finalidad y las condiciones del anticipo solicitado: Pucheta pretendía disponer de aproximadamente 1/6 de su fondo, para que su compañero instalara un local de venta de insumos de limpieza, inversión que no solo ayudaría a Toledo, sino que redundaría en un beneficio económico para el interno, aumentando de esa forma sus ganancias.

B). HISTORIA PROCESAL Y RESOLUCIÓN

El Sr. Pucheta inicia la solicitud de retiro anticipado de una porción de su fondo de reserva, la que fue resuelta mediante Auto n° 466 de fecha

¹² Artículo 121. - La retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente:

- a) 10 % para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, conforme lo disponga la sentencia;
- b) 35 % para la prestación de alimentos, según el Código Civil;
- c) 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento;
- d) 30 % para formar un fondo propio que se le entregará a su salida.

26/08/2015 por el Juez Ejecución de Segunda Nominación, quien consideró de forma negativa dicho pedido, por entender que las circunstancias del caso no reunían las exigencias de ley que habilitan de forma excepcional, su disposición anticipada.

Contra dicha resolución la letrada representante del interno, interpuso recurso de casación, alegando que el móvil que genera el pedido es auxiliar a su compañero que se encuentra en estado de necesidad extrema. Sin embargo, el Magistrado la rechazó por considerar que no se cumplimentaban las exigencias de ley. La letrada destaca que incluso el Fiscal con competencia en ejecución penal consideró que debía otorgarse la disposición solicitada en virtud de la agobiante situación de la pareja del interno.

A su vez, parte de la idea de que resulta errada la concepción sobre la “reinserción social” que el juzgador sostuvo en su resolución, interpretando que ésta se logra a través de la entrega del peculio reservado para cuando se otorga la libertad al recluso, sin considerar ni soslayar la situación de los internos que no trabajan y que por lo tanto no cuentan con dicho fondo.

También hace alusión al principio de reserva -art. 19 Constitución Nacional- y sostiene que a partir del análisis del art. 128 de la ley 24660, éste no establece cuáles son los supuestos legales y reglamentarios por los cuales procedería el anticipo de dicho fondo; estando debidamente justificado lo solicitado, mediante múltiples constancias fácticas. Recalca el carácter de inversión que constituye el retiro anticipado del dinero, pudiendo incluso tener, una vez obtenida la libertad, mayor estabilidad económica.

Cuestiona que el Magistrado haya omitido equiparar la condición de concubinos (no casados) de los involucrados en este caso, con lo reglado por el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 59 que “establece derechos a las uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común.

C). RATIO DECIDENDI

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti sostuvo que el planteo defensivo debía ser acogido. Para llegar a dicha resolución brinda las siguientes razones: en primer lugar, sostuvo que el Tribunal *a quo* no hizo lugar al pedido del interno atendiendo principalmente a la naturaleza del vínculo que unía a los Sres. Pucheta y Molina. A su vez, no meritó de suficiente el motivo del pedido. En segundo lugar, fundándose en el espíritu y la letra del art. 128 de la ley 24660 y art. 18 del Anexo V del Decreto Reglamentario 344/08 de Córdoba, considera que existe un vacío normativo que regule los supuestos fácticos en los que procedería la disposición anticipada del fondo de reserva del interno, condicionándola solo a la previa autorización judicial. En tercer lugar, y basándose en antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales sostiene que las excepciones por las

que prospera ese beneficio suelen estar orientadas por criterios como “familiar pauperizado, vital necesidad económica o urgencia impostergable” del interno o de su familia.

Por lo tanto, concluye diciendo que *“la interpretación normativa propiciada por el a quo resulta restrictiva a los derechos humanos, y contraria al principio “pro homine” que impera en esta materia, y del cual se desprende que debe privilegiarse la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”* (Cdo. 3, p. 7).

Repara en la plataforma fáctica del pedido de Pucheta y sostiene que se encuentra razonablemente acreditada la situación de “familiar pauperizado” de su compañero; y que a pesar de que no se encuentran unidos por la institución del matrimonio (y por lo tanto Molina no reúne el estado legal de cónyuge) la ley nada dice sobre qué condición debe reunir la persona afectada social, económica o físicamente, a quien en definitiva será destinado el porcentaje del fondo entregado anticipadamente. Atiende a características interpersonales de la relación entre los señores, tales como la duración del vínculo ininterrumpido por ocho años, el rol de sostén y referente que ha sido Molina para Pucheta, la intención manifestada de contraer matrimonio: *“Por ello, resulta razonable y atendible que Pucheta ante la situación que aqueja a su pareja, desee asistirlo económicamente”* (Cdo. 3, ap. D, p. 8).

Agrega: *“a su vez, las particularidades de la relación entre Molina y Pucheta, satisfacen claramente los fundamentos que giran en torno a la interpretación doctrinaria aludida. Por ello, restringir el otorgamiento de dicho beneficio excepcional fundado en la inexistencia de vínculo legal con el beneficiario, sin dudas no resulta una respuesta válida. Ello así, pues si bien por una cuestión fáctica no se encuentran conviviendo, no puede desconocerse de que existe una relación afectiva estable y con proyectos en común.”* (Cdo. 3, ap. D, p. 7).

Considera que Pucheta también se vería beneficiado con la inversión en el negocio, no solo económicamente sino también a los fines de su reinserción social.

V. CONCLUSIÓN

Cabe destacar que desde el punto de vista del ideal resocializador que propugna el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad, el trabajo debe ser considerado no solo como una herramienta para dicha finalidad, sino también como un derecho. A su vez, no se deben generar diferencias entre los regímenes de las actividades laborales entre personas libres y reclusas, sin agregar limitaciones al orden público laboral que éste no contiene, por el hecho de revestir las condiciones de “trabajo entre muros”, vulnerando en definitiva un derecho de raigambre constitucional y convencional.

El Estado es el encargado de materializar los objetivos de la ley 24660, velando por el desarrollo psicosocial del procesado. Tratándose de personas vulnerables (por múltiples factores), la creación del “fondo de reserva” aparece legítima y con una finalidad noble y equitativa. Por lo tanto, consideramos que debe primar como criterio para la administración y disposición del fondo creado por el art. 121 inc. *dlb*, la voluntad del trabajador, que como fruto de la prestación de su servicio personal, ha visto creado e incrementado progresivamente el mismo.

Nos explica Arocena¹³ que *es imprescindible que durante la ejecución de la pena se le dispense un tratamiento carcelario que reduzca a la menor expresión posible toda injerencia a su derecho a adoptar libremente sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su cuerpo, sobre su conciencia, sobre sus intereses y sobre la configuración del mundo que lo rodea. (p. 305) ... no es un atributo accidental, sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad para actuar autónomamente. (p.308).*

En conclusión, las normas laborales deben aplicarse y garantizarse sin distinción de la condición material en que se halle el trabajador, ya sea en libertad o por el contrario en situación de encierro, puesto que el trabajo constituye un derecho humano fundamental de carácter constitucional y convencional, que el Estado debe efectivizar, atendiendo al plexo normativo descrito y a la situación de vulnerabilidad de los presos.

¹³ Obra citada





Walter Neil Bühler¹

METAVERSO Y DERECHO DEL TRABAJO



¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Nacional y en la Católica de Salta. Presidente Asociación Argentina de Derecho del Trabajo filial Salta Conferencias dictadas en la Universidad de Salamanca, en Alcalá de Henares, en la sede de OIT en Ginebra, en la Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Sevilla, Universidad de Valencia, en la Universidad de París III (Sorbonne), en el Centro Turín de la OIT, etc. Fue Secretario de Estado de Seguridad Social, Fiscal de Estado y Convención Constituyente de la Provincia de Salta Periodista (Premio ADEPA 2012 y 2014) Mas de mil notas publicadas

El derecho va siempre a la zaga de los avances informáticos, se va construyendo a golpes de los casos que suceden en el mundo virtual. De allí, entonces, que debamos hacer un esfuerzo intelectual para anticiparnos a las conductas previsibles en el novedoso metaverso y a su regulación legal. En el caso del derecho laboral argentino demoramos 20 años en darle regulación legal al tema del teletrabajo y aun adeudamos una normativa que regule el fenómeno de las plataformas digitales. Con un juego de palabras diríamos que debemos prevenir el reverso perverso del metaverso, que puede presentarse en múltiples situaciones que afecten a los trabajadores de ese mundo virtual.

Cabe preguntarnos si nos encontramos en los albores de la creación de una nueva rama del derecho. Seguramente en un futuro muy próximo estaremos hablando de “Metaderecho” (no como aquello que está más allá del derecho, si no como concepto abarcativo del nuevo universo digital generado a partir del “metaverso”). Dentro de ese metaderecho jugarán un rol importante las normativas que regulen los derechos del metatrabajador.

El metaverso se originó en la industria de los juegos, pero se está extendiendo a una variedad de industrias que incluyen bienes raíces, comercio, venta minorista y artes. Aunque todavía estamos en los comienzos de esta tecnología, tiene una serie de graves implicaciones para el concepto de trabajo y vida laboral. Así como creará puestos de trabajo específicos, el metaverso planteará, paralelamente, problemas legales novedosos que surgen de la innovación tecnológica, lo que incluye potencialmente el desarrollo de nuevos conceptos legales. Pero antes de adentrarnos en esas cuestiones trataremos de hacer entendible esta extraña idea del Metaverso.

I. UN POCO DE HISTORIA

Cuando Mark Zuckerberg anunció que cambiaría el nombre de Facebook a Meta, el concepto del metaverso, hasta entonces cuestión de una elite, despertó el interés de la población a raíz de surápida viralización a través de los medios de comunicación y de las redes sociales. Pero la cuestión no es novedosa, parecería que se está echando vino nuevo en odres viejos (Lucas 5:33-39). La idea y el vocablo ya habían sido acuñados por el escritor Neal Stephenson en su novela de ciencia ficción “Snow Crash” publicada hace exactamente 30 años, en 1992.

Podríamos considerar que el metaverso será (o es) un espacio muy parecido a Internet, pero en el que se disfrutará de una mayor capacidad de interacción y una sensación de presencia más real de la que nos ofrece en la actualidad la Red. Tendremos la sensación, tanto física como psicológica, de estar interactuando en un mundo paralelo, virtual (pero no menos real). Tendremos una especie de gemelo digital inmerso en una simulación de lo que ocurre en el mundo verdadero. Podría pensarse que esto ya ocurre en los videojuegos donde se crea un personaje o avatar y uno se incorpora a un

mundo de aventuras a través de la computadora. Pero la principal diferencia radica -precisamente- en que no se trata de un juego. O en todo caso se tratará de un juego peligroso porque está claro que las grandes corporaciones digitales como Facebook, Nvidia o Microsoft intentarán dominar ese mundo en gestación. Aunque pasa desapercibido, sería algo similar a Google que silenciosamente pasea su cuasi monopolio reinado por Internet.

II. VERSIONES PREVIAS

Ya hace más de 20 años que existen en Internet espacios metavérsicos (permítasenos otro neologismo) como el de Second Life (abreviado SL, en español Segunda vida) donde los “residentes” interactúan, participan en eventos culturales, compran, venden, ofrecen servicios, etc. Otra experiencia paralela fue “There.com”, que cerró en el 2010 de la noche a la mañana dejando a los cibernautas desamparados porque, en la convivencia virtual, habían tejido fuertes lazos de amistad. Hoy existen muchos metaversos siendo los más importantes Decentraland (creada por argentinos), The Sandbox, SomniumSpace VR, Town Star, y CryptoVoxels; todos dedicados principalmente a la venta inmobiliaria. En este momento, estimado lector, su casa puede estar siendo subastada en alguno (o varios) de esos metaversos. Y se están pagando sumas importantes. Y Ud. se preguntará ¿qué imbécil compra un inmueble virtual? Fíjese que no es tan irracional. Acompañeme con la imaginación.

Suponga que en el metaverso que está construyendo Zuckerberg hay una calle virtual, de tipo comercial. Ud., como muchos otros avatares, pasean viendo vidrieras, y -de pronto- ve la campera que estaba buscando; entra al negocio y una señorita (¿avatara?) muy simpática, llamada Avy, lo atiende, le exhibe la campera en cuestión y le muestra otras. Ud. elige una, la compra, la paga con tarjeta y luego le llegará el envío por correo. Puede además comprar ropa para su avatar en una tienda especializada (esta no tiene gastos de envío). También podría adquirir zapatos, heladeras o un auto; de hecho, automotrices como Nissam, han comprado locales en ciudades virtuales. El que compra un inmueble (local comercial, vivienda u oficina) simplemente está haciendo un negocio.

Para muchos el Metaverso se presenta solo como una operación de marketing o un videojuego sensorial: sin embargo ya hay realidades concretas: los NFT, las criptomonedas o las finanzas descentralizadas que pueden revolucionar el mercado y la sociedad. Paralelamente la tecnología blockchain se ha convertido en una compañera de ruta imprescindible para el metaverso. El metaverso es un concepto que no depende necesariamente de la cadena de bloques, pero sí que se produce una simbiosis perfecta que hace imposible pensar en un metaverso que no esté basado en tecnología blockchain. El ecosistema es gigantesco y son muchos los proyectos que se han lanzado en este sector desde principios de siglo.



En este entorno, las personas pueden verse, hablarse usando su voz (a través de un micrófono conectado a la computadora), ver los movimientos de la mano de la otra persona y muchas cosas más. La tecnología en esta área se está moviendo muy rápido, incluso ya hay productos en el mercado que permiten a los usuarios usar un chaleco que les invita a sentir si otra persona los está tocando, o incluso artefactos que están hechos para que el usuario pueda correr pero permanecer en la misma posición.

Estas interacciones pueden darse en el ámbito de la educación, de la recreación, de las empresas; todo lo que ocurre en la vida real puede ser replicado en la Red. Y aquí entra a jugar el derecho, que por definición es un regulador de las conductas humanas. En lo que nos interesa veremos sus posibles consecuencias en el ámbito laboral.

III. METAVERSO EN EL TRABAJO

El metatrabajador no es un sujeto del futuro. Actualmente existen personas en el metaverso trabajando para otras personas del metaverso. Hay juegos Play to Earn como AxiInfinity, Splinterland o el propio Tibia, donde los jugadores farmean (cultivan) recursos para otros jugadores a cambio de dinero.

Hace dos meses, Nina Jane Patel, una psicoterapeuta de 43 años, denunció que fue acosada en la aplicación HorizonVenues de Meta (la que está impulsando Zuckerberg), a los 60 segundos de unirse a la plataforma. Allí, avatares masculinos comenzaron a sobrepasarse con ella, violaron a su avatar en grupo y tomaron fotos mientras ella trataba de escapar. La información no detalla en qué contexto se produjo el acoso, pero podría producirse en el ámbito laboral.

La problemática que se plantea tiene puntos en común con las cuestiones del trabajo en plataformas digitales, el teletrabajo y la robotización. Sobre estos temas hay mucho escrito, pero hasta ahora nadie se planteó las particularidades de las relaciones laborales en los metaversos; lo que está claro es que al ser modelos disruptivos no se pueden tratar con los elementos tradicionales de la legislación laboral actual. Por ello en esta etapa no solo faltan respuestas, sino que ni siquiera sabemos cuáles son las preguntas que provocará la concreta implementación de estos mundos virtuales. Me parece que aun las corporaciones que lo impulsan desconocen el resultado de la combinación de los ingredientes que han volcado en este caldero virtual. Experimentan como demiurgos desorientados o aprendices de brujo al ritmo de la frenética música de Paul Dukas.

Una primera cuestión es la que se planteará con relación a los avatares. Actualmente se discute si en el futuro los robots serán sujetos no humanos con derechos, como ahora existen para los animales. La misma cuestión se podría llegar a plantear con los avatares. Recordemos que etimológicamente avatar es una de las pocas palabras que nos llega desde el sánscrito y quiere decir “reencarnación”, por lo que estaríamos hablando de un segundo “yo” virtual.

Como sostiene el abogado Juan Corvalán, director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires, las leyes deben proteger y defender a una persona cuando asume el rol de avatar ya que detrás de ese avatar hay una persona humana. Atrás de Avy, la simpática avatara que nos vendió la campera hay una persona real, que debe recibir órdenes de una empresa y correlativamente percibirá una retribución por la tarea realizada. Claramente estaríamos ante una relación subordinada de carácter laboral. Pero ¿qué tal si un mismo avatar puede ser utilizado por distintas personas? Aquí se diluiría un elemento primordial de la relación laboral subordinada que es la prestación personal de la tarea.

Podemos imaginar múltiples situaciones en la vida laboral de Avy: desde su contratación a través de una entrevista virtual, trabajo en extensas jornadas, soportar el acoso de sus compañeros, sufrir problemas de estrés, ser suspendida y hasta despedida de su trabajo. También podría realizar retención de tareas ante un incumplimiento patronal. ¿Podrá también armar un sindicato con sus compañeros y recurrir a la huelga virtual?

Decíamos que fue Neal Stephenson quien inventó el concepto de metaverso, pero también ideó la acepción informática para la palabra avatar. Su novela es protagonizada por un repartidor de pizza (CosaNostra) y una mensajera. Recordamos que fue publicada en 1992 y casualmente esos personajes encaran hoy uno de los grandes debates laborales a raíz de la feroz irrupción de las plataformas digitales. Como otros grandes éxitos de la ciencia ficción (1984, Rebelión en la granja, Un mundo feliz) Snow Crash nos presenta un escenario distópico o cacotópico (del griego kakos, que significa malo y topía, lugar), por eso es importante que, desde ya, comencemos a indagar sobre las normas que protegerán a los nuevos ciudadanos virtuales.

IV. OTRAS CUESTIONES LABORALES

El concepto de trabajo en el metaverso (un individuo como avatar interactuando con colegas como avatares) puede parecer distante, especialmente porque actualmente el metaverso está encerrado dentro de plataformas particulares. Pero el objetivo final es que todas estas plataformas se interconecten. El metaverso planteará una serie de otros problemas, muchos de los cuales simplemente no se abordan en las leyes laborales existentes.

Dependencia. Una de las primeras cuestiones girará en torno a la ya vapuleada noción de subordinación y dependencia laboral. Por lo pronto el avatar-trabajador podría corresponder a una o más personas físicas reales que se turnen en su intervención en el modo virtual ¿o se regulará algún sistema de identificación por el que solo pueda pertenecer a una persona determinada?

Jornada. Por otra parte, en estas nuevas formas de metatrabajo podrán no existir horarios ni jornadas preestablecidas, atenuando las notas clásicas de dependencia y ajenidad.

Remuneración. Se da por descontado con el metaverso solo se utilizará moneda virtual. Ahora bien ¿qué ocurrirá con el salario abonado en esta moneda? ¿Tendrá poder cancelatorio? ¿O deberá considerarse como un salario en especie, sujeto al límite del 20% que establece nuestra LCT?

Higiene y seguridad. El trabajo en el metaverso necesariamente deberá desarrollarse con toda una parafernalia que incluirá cascos, auriculares, guantes, chalecos, etc. Si bien algunos videojuegos ya

requieren algunos de estos elementos no existen referencias sobre la incidencia física y psíquica que podrá tener sobre alguien que deba trabajar seis u ocho horas continuas encorsetado en esa vestimenta.

Competencia territorial. Los avatares que trabajen en una empresa virtual podrán corresponder a trabajadores ubicados en cualquier parte del mundo real. La contratación inicial puede haberse realizado en el mundo físico o en el propio metaverso. ¿Qué ley se aplica?

Sindicalización. Los avatares podrán sindicalizarse ¿lo harán dentro del propio metaverso o responderán a un sindicato existente en el mundo real?

V. CONCLUSIONES

Como expresáramos más arriba no es que nos falten respuestas para este alucinante fenómeno: inos faltan las preguntas! Y es precisamente función de los operadores jurídicos anticiparse a las consecuencias legales que implicará su futuro funcionamiento. El metaverso se presenta como una nueva revolución industrial que va a alterar el modo que tenemos de concebir nuestra existencia y, particularmente, las relaciones de producción. Llamativamente no se construirá sobre las bases de la realidad del mundo anterior, sino a partir de un escenario paralelo, con diferentes parcelas de las relaciones humanas. Una de ellas, de indudable importancia, serán las que se presente en el campo de las relaciones laborales, en el que -por más cambio revolucionario- no podrán diluirse los principios fundacionales del derecho del trabajo que tienen al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional.





Evelyn Daniela Caminos¹

Juzgar con perspectiva de género:

EL CASO:

**“DAIRY PARTNERS
AMERICAS
MANUFACTURING
ARGENTINA
S.A C/ T.C.”**



¹ Abogada, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC). Empleado del Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Maestranda en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Doctoranda en Administración y Política Pública (IIFAP – UNC). Adscripta en la Cátedra de Derecho Laboral (UCC). Publicista. Miembro investigadora de Proyectos SECYT.

“Tus valores y enseñanzas viven en nosotros y te hacen inmortal”.

En homenaje al reconocido Vocal de la Cámara del Trabajo de Villa María, Dr. Osvaldo Mario Samuel, víctima de Covid-19 (junio del 2021).

Magistrado especialista en materia laboral, precursor en materia de perspectiva de género y discriminación laboral.

I. RESUMEN

En el presente artículo se analizará la causa “Dairy Partners Americas Manufacturing Argentina SA c/ T., C. Procedimiento Sumario - Exclusión de tutela” desde un enfoque de género.

En primer lugar, se introduce al lector mediante un resumen de la causa y su tránsito por la justicia cordobesa. Para luego profundizar en los fundamentos mantenidos por los jueces de sentencia enmarcados en los estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos de las Mujeres, para encuadrar la conducta como acoso sexual.

Esto permite dar cuenta de las desigualdades estructurales y los estereotipos que rigen las relaciones sociales, y que colocan a la mujer en una situación de desigualdad. Y por lo tanto, la importancia o mejor dicho, obligatoriedad para los operadores de justicia de resolver con una mirada de género y una interpretación de igualdad como no sometimiento.

II. LA CAUSA: EXCLUSIÓN DE TUTELA SINDICAL, EL HECHO “TOCAR LA COLA”

La causa “Dairy Partners Americas Manufacturing Argentina SA c/ T., C. Procedimiento Sumario - Exclusión de tutela” recorrió todas las instancias de la justicia provincial hasta llegar por medio del recurso de casación al Tribunal Superior de Justicia –en adelante TSJ–.

La pretensión del demandante básicamente consistió en quitarle la tutela sindical al demandado -dirigente sindical- para poder sancionarlo, por haberle tocado la cola a una compañera de trabajo.

Con respecto al tema que nos convoca, fue la Cámara de Villa María –reafirmado por el TSJ– la que fundamentó su resolución con perspectiva de género y reconoció que su rol como organismo del Estado es el de incorporar los nuevos estándares

internacionales de Derechos Humanos, basados en parámetros de igualdad que abandonen estereotipos que perpetúen la discriminación.

De acuerdo a la Ley de Asociaciones Sindicales -LAS-, los trabajadores sindicales “no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa” -art.48-.

Ahora bien, la justa causa no la valorará el empleador a su criterio, sino que tendrá que ser discutido en un juicio denominado exclusión de tutela sindical, regulado en el art. 52 de la Ley 23.551. Mediante el cual se impone un límite al empleador de ejercer las facultades legales de organización, dirección, control disciplinario y *iusvariandi* respecto de aquellos trabajadores amparados por la LAS.

En el juicio se exige la acreditación de los siguientes requisitos²:

- 1). La existencia del hecho que se invoca como fundamento de la acción,
- 2). Que el mismo se encuentre reñido con las obligaciones laborales de los trabajadores,
- 3). La eliminación de una motivación antisindical por parte del empleador.

En el caso analizado, con respecto al requisito número 1), no hay dudas de que se logra probar el hecho imputado al demandado. “De dicho trámite sumarial se desprende con claridad que el hecho irregular existió, es más no fue negado por T., sino más bien minimizado”. El propio demandado relató cuando afirma “le di un golpecito -un golpe seco ni fuerte ni suave- en el costado derecho de su cuerpo a la altura de la parte alta de la cadera que pidió disculpas a la víctima y le dije ‘córrete de ahí’ o ‘salí de ahí’ o algo por el estilo... fue absolutamente natural, casual e intrascendente”³.

Probado el hecho cabe analizar los requisitos 2) y 3), y se concluye que la conducta probada excedió sus obligaciones laborales, y constituyó una acción irregular grave violatoria de sus deberes de conducta e imperativos de orden moral, como también el Código de Ética de la compañía reprochable a cualquier trabajador. Así, queda probado que no existe motivación antisindical en el acto irregular denunciado.

² Cámara Laboral de Villa María. “D. P. A. M. A. Sa. C/ T. C. Procedimiento Sumario. Exclusión de Tutela. Recurso de Apelación”. Resolución n° 183. 22 de junio de 2017. pág. 5

³ Cámara Laboral de Villa María. “D. P. A. M. A. Sa. C/ T. C. Procedimiento Sumario. Exclusión de Tutela. Recurso de Apelación”. Resolución n° 183. 22 de junio de 2017. pág. 6.



III. VALOR AGREGADO: JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DESMANTELAR ESTEREOTIPOS

Sin dudas, “la argumentación en base a perspectiva de género constituye el horizonte interpretativo en que las y los operadores de justicia pueden sentar precedentes fundamentales en la búsqueda y el avance progresivo del desarrollo de los Derechos Humanos de las Mujeres”⁴.

En línea con ello, los Magistrados de la causa entendieron que, los jueces deben resolver teniendo como horizonte la igualdad entre mujeres y hombres como fin último. “La perspectiva de género en el derecho tiene, como pocas otras áreas, la virtud de ser siempre crítica. Y esto ya es refrescante en la tan pesada y monótona tradición jurídica. La ley nunca es neutra”⁵.

En este contexto, existen prácticas judiciales “constructoras y/o reproductoras de órdenes sociales jerárquicos, todo ello en la mayoría de los casos, articulado bajo el velo de la abstracción, universalidad y neutralidad de las normas jurídicas”⁶, que perpetúan las violencias de los derechos de las mujeres.

Estas prácticas cuando son realizadas por los organismos del Estado, son atravesadas por estereotipos en perjuicio de los derechos humanos de las personas afectadas y se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo vinculado exclusivamente a la preconcepción, no sustentada, de quien juzga.

Los estereotipos de género: “Son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad -las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales-, comportamientos -las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano-, roles -las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor, características físicas -las mujeres son más débiles que los hombres- y de apariencia -los hombres deben ser masculinos-, ocupaciones -las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios- y supuestos de orientación sexual -las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos”⁷.

El desafío es “explorar cómo el uso de estereotipos en perjuicio del colectivo discriminado debe implicar poner en duda la garantía de imparcialidad judicial”⁸. Existe en la actualidad una tendencia cada vez mayor que advierte, identifica y desmantela los prejuicios y estereotipos de género.

Este nuevo enfoque es la respuesta a la propia lucha de grupos activistas que exigieron una modificación del sistema legal y normativo. Y son cada vez más los operadores de justicia que a través del discurso del derecho buscan evidenciar desde un abordaje crítico -que implica cuestionar la neutralidad de la ley, la imparcialidad el juez y la desigualdad estructural- las violencias contra las mujeres.

4 Oficina de la Mujer del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Nuñez (s.f.). Juzgar con perspectiva de género una cuestión de derechos humanos guía práctica. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de: <https://drive.google.com/file/d/1KSuFGn1TrbyT9asSQ2TUHHoYRWbCdSN/view> (Oficina de la Mujer del T.S.J Provincia de Córdoba).

5 ÁVILA SANTAMARÍA, R., SALGADO, J y VALLADARES, L. (comp.) (2009). El género en ensayos críticos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. págs. 73-74.

6 PEÑAS DEFAÇO, M. A. (2015). Violencias institucionalizadas: el discurso judicial sobre las mujeres. Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres; ex aequo; 31, pág. 63.

7 CLÉRICO, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. Revista Derecho del Estado, (41), págs. 73-74.

8 CLÉRICO, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. Revista Derecho del Estado, (41), págs. 69-70.

IV. INTERPRETACIÓN JUDICIAL: IGUALDAD COMO NO SOMETIMIENTO

La igualdad como no sometimiento permite “abordar, desde la interpretación judicial, el carácter estructural de la discriminación que sufren las mujeres como grupo oprimido en un contexto situado particular”⁹.

La adopción de un enfoque de igualdad como no sometimiento “implica indagar sobre los patrones culturales y económicos-sociales que informan la construcción genérica de las personas, mediante la afirmación de comportamientos diferenciados de acuerdo con el sexo y el impacto diferencial que producen en las oportunidades laborales de mujeres y varones. Estos patrones cimientan relaciones de poder asimétricas entre los sexos, en cuyo extremo más débil se encuentran las mujeres”¹⁰.

Las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas, se patentizan en la postura del demandado, “quien frente a la utilización de las perspectivas de género en el tratamiento del litigio se agravia y asume el rol de condenado por un hecho que estima menor, dejando de lado tanto el límite de la decisión -desplazamiento de la tutela sindical- como la posibilidad que invita a la reflexión acerca de las consecuencias que provocan las conductas tipificadas en los dispositivos que promueven su erradicación”¹¹.

Así advertimos que frente a un hecho como tocar la cola o dar una palmadita a una mujer puede ser minimizado para pretender su aceptación social, como lo deduce la defensa del demandado inclusive adoptando el rol de condenado, “el propio demandado relató que pidió disculpas a la Srta. O. y adujo que el mismo tratamiento tenía con su esposa e hija”¹².

O bien, juzgar con perspectiva de género, como lo hace la Cámara y el TSJ que reconocieron y visibilizaron un hecho de acoso. Tocar el cuerpo de una mujer sin su consentimiento, más aún tocar una parte de su cuerpo que posee connotación sexual, es violencia, es acoso sexual. Ninguna mujer debe soportar que un compañero de trabajo, ya sea que sea un superior o inferior la denigre mediante este tipo de acciones.

9 LOBATO, J. (2019). Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”. Revista de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de la Republica, 46, pág. 27.

10 LOBATO, J. (2019). Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”. Revista de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de la Republica, 46, pág. 7.

11 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral. “D. P. A. M. A. S.A. C/ T. C. -Procedimiento Sumario - Recurso de Casación”. Resolución 163. 10 de marzo de 2020. pág. 4.

12 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral. D. P. A. M. A. S.A. C/ T. C. -Procedimiento Sumario - Recurso de Casación”. Resolución 163. 10 de marzo de 2020. pág. 3.



V. VIOLENCIA DE GÉNERO, ACOSO SEXUAL Y NORMATIVA PROTECTORIA

La Cámara Laboral y luego el TSJ, teniendo en cuenta las directrices de juzgar con perspectiva de género para un avance progresivo del desarrollo de los Derechos Humanos de las Mujeres, fundamentan su postura en normativa internacional y nacional de protección de los derechos de las mujeres.

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, y los Estados condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Veamos:

A). LA CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW)

La CEDAW obliga a los Estados parte a reformar las leyes vigentes, establecer tribunales y las instituciones públicas para garantizar a las mujeres una protección eficaz contra la discriminación y eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones y empresas -art. 1 y 3-.

Y en lo que respecta al empleo dispone que “los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos” -art. 11.1-.

B). CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ

Dentro del Sistema Interamericano nos encontramos con la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer”. Es un instrumento que incluye una definición amplia de violencia contra las mujeres, identifica las formas en que se manifiesta, los lugares en los que puede tener lugar –público y privado-, y que puede ser llevada a cabo por particulares o por el Estado.

Establece “para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” -art. 1-.

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: (...) b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas,

prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y, que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.” -art. 2-.

C). A NIVEL NACIONAL LA LEY 26.485 “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”

Establece los derechos protegidos y reconocidos por las Convenciones CEDAW y Belém do Pará. Así podemos mencionar en cuánto es de interés de este trabajo, el derecho a una vida sin violencia y sin discriminaciones, a la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, que se respete su dignidad, un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca re victimización - art. 3 inc. a, c, d, y k-.

Esta Ley, define la violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basa en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...” -art. 4-; y clasifica los tipos de violencia contra la mujer que puede ser física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica -art. 5-.

D). ACOSO SEXUAL COMO UN TIPO DE VIOLENCIA: SU REGULACION EN DIVERSOS INSTRUMENTOS

El acoso sexual es un tipo de violencia, una manifestación grave de la discriminación por motivos de sexo y una violación de los derechos humanos. La Organización Internacional del Trabajo define al acoso sexual como: “Comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo”¹³.

Así pues, el acoso sexual puede abarcar una serie de comportamientos y prácticas de naturaleza sexual, chantaje, comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, bromas, la exhibición de fotografías o carteles que objetivan a las mujeres, el contacto físico, tocamiento, acercamientos innecesarios. El acoso sexual puede ser perpetrado por diferentes personas, propietarios, directivos, empleados, clientes, proveedores, y compañeros de trabajo.

¹³ Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). El hostigamiento o acoso sexual. p. 1. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de: https://www.ilo.org/sanjose/publicaciones/WCMS_227404/lang-es/index.htm

Independientemente de la forma que adopte, el acoso sexual se traduce en un entorno de trabajo inseguro y hostil para la persona que lo experimenta, así como para los testigos y los compañeros de trabajo. Además, la naturaleza a menudo “normalizada” y persistente del acoso sexual puede tener graves consecuencias para la salud de la víctima, conllevar costes económicos considerables para los empleadores y afecta el funcionamiento de las empresas y, más en general, del mundo del trabajo¹⁴.

La Recomendación General N° 19 de la CEDAW, define el acoso sexual como el “*comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil*”.

La Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre varones y mujeres en el mundo laboral que funciona en la órbita del Ministerio de Trabajo define el “*acoso sexual como el comportamiento de naturaleza sexual y puede manifestarse a través de contacto físico no deseado como palmas, roces con el cuerpo o también por insinuaciones sexuales, exhibición de fotos pornográficas o gestos impúdicos y hasta el intento de violación*”¹⁵.

Y, por último, el instrumento internacional más actual en la materia es el Convenio N° 190 de la OIT ratificado por Argentina en el 2020 y que entró en vigor hace apenas unos meses, el 23 de febrero del 2022, por lo que no es citado en el fallo.

Es el primer tratado internacional que reconoce el derecho de toda persona a un mundo laboral libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género. El convenio contiene definiciones amplias de “violencia y acoso” y también de “violencia y acoso por razón de género”, y ampara a las personas que trabajan tanto en los sectores públicos como privados. Asimismo, establece que tales conductas pueden tener lugar durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo.

Volviendo al caso bajo comentario, la normativa analizada, permite advertir, sin lugar a dudas, que la conducta imputable al demandado es acoso sexual, ya sea un golpecito en el costado derecho de su cuerpo a la altura de la cadera –como indica la defensa- o tocar la cola –como indica la empleadora-

VI. PALABRAS FINALES

Se escogió el presente caso atento a que el hecho de discriminación en contra de la mujer que se discute es el de “tocar la cola” o “dar una palmadita” que en la mayoría de las situaciones se minimiza y acepta socialmente, tal como pretendió hacerlo la defensa del demandado o como habrá sucedido muchas veces en la sociedad patriarcal en la que estamos inmersos.

Como vimos, la perspectiva de género tiene la virtud de ser siempre crítica y nos advierte sobre estas prácticas y las violencias ocultas, así es que, el rol del poder judicial como organismo del Estado es el de incorporar los nuevos estándares internacionales de Derechos Humanos basados en parámetros de igualdad que abandonen estereotipos que perpetúen la discriminación, para juzgar los casos sometidos a su jurisdicción.

En este sentido, es un desafío y exigencia de los operadores jurídicos, y en particular los jueces apropiarse de nuevas miradas teóricas y a transformar la forma en que ejercen el poder del que disponen.

Juzgar con perspectiva de género no es una facultad, sino que es una exigencia, porque la inobservancia de la normativa internacional en materia de derechos humanos constituye una violación de derechos con consecuencias jurídicas específicas.

Como resolvió en el caso el TSJ “estos nuevos estándares obligan a las entidades estatales y privadas a garantizar al colectivo de mujeres una protección eficaz contra la discriminación a través de políticas orientadas a prevenir y erradicar esta violencia. Y es la sociedad en su conjunto quien se encuentra conminada a reflexionar y desafiar las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo desigual y perjudicando no sólo a las mujeres, sino también a los hombres”¹⁶.



¹⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). El hostigamiento o acoso sexual. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de: https://www.ilo.org/sanjose/publicaciones/WCMS_227404/lang-es/index.htm

¹⁵ Cámara Laboral de Villa María. “D. P. A. M. A. Sa. C/ T. C. Procedimiento Sumario. Exclusión de Tutela. Recurso de Apelación”. Resolución n° 183. 22 de junio de 2017. pág. 6).

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sala Laboral. D. P. A. M. A. S.A. C/ T. C. -Procedimiento Sumario - Recurso de Casación. Resolución 163. 10 de marzo de 2020. págs. 2-3.



José Luis Ugarte Cataldo¹

EL DERECHO DEL TRABAJO Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO: Empresas de Plataforma



I. EL PROBLEMA DE LA SUBORDINACIÓN: EL EMPLEADOR ALGORÍTMICO

Desde un primer acercamiento, el trabajo en aplicaciones se exhibe con cierta paradoja: una vinculación especialmente débil desde el punto de vista jurídico –una relación de carácter mercantil o civil-, pero especialmente intensa desde el punto de vista laboral: largas jornadas a disposición de la empresa-plataforma y sus clientes. En ese sentido, lo novedoso de esa forma de organización del trabajo, es que la “periferia jurídica” en la situación formal de los trabajadores, no coincide con su centralidad productiva: la actividad propia de la empresa es, precisamente, el trabajo vivo prestado por los trabajadores².

¿Cómo puede, en ese sentido, un trabajador periférico jurídicamente hablando, estar en el centro de la actividad productiva flexible, intensa y ajustada “en línea” a la demanda?

La tecnología informática/digital hace aquí su aparición. Permitiendo una coordinación jerárquica y tensa entre empresa, trabajador y consumidor, lo que debilita la que era una razón fundamental para “internalizar” la relación con el trabajo: el control directo y permanentemente de los trabajadores a través de los poderes jurídicos formalmente reconocidos al empleador.

Particularmente, el teléfono celular o móvil hace la diferencia³. Ahora “el teléfono celular tomó el lugar de la cadena de montaje en la organización del trabajo cognitivo: el info-trabajador debe ser ubicado ininterrumpidamente y su condición es constantemente precaria”⁴. En efecto, como explica Han, estando “libres de las máquinas de la era industrial” los aparatos digitales “nos explotan de manera más eficiente por cuanto, en virtud de su movilidad, transforman todo lugar en un puesto de trabajo y todo tiempo en un tiempo de trabajo”⁵.

2 Esta centralidad productiva de los trabajadores (riders) en el funcionamiento de la empresa de plataformas es innegable y es el fundamento de la jurisprudencia estadounidense más significativa en la materia: *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court* (2018), sentencia de la Corte Suprema de California. En dicho caso, aplicando el conocido estándar “ABC test”, la Corte entendió que, en relación con la exigencia de que el trabajador sea considerado “contratista independiente” -la letra B del estándar- si realiza trabajos que están fuera del curso habitual de los negocios de la empresa contratante, los repartidores no cumplan con dicho elemento, en cuanto “en el presente caso, todo el negocio de Dynamex es el de un servicio de entrega. A diferencia de otros tipos de negocios en los que la entrega de un producto puede verse o no dentro del curso habitual del negocio de la compañía contratante, aquí la entidad contratante es una compañía de entrega” agregando que “en general, Dynamex obtiene a los clientes para sus entregas, establece la tarifa que se les cobrará a los clientes, notifica a los conductores dónde recoger y entregar los paquetes, rastrea los paquetes, y exige que los conductores utilicen su sistema de seguimiento y mantenimiento de registros”. Respecto de este fallo ver *Gould IV* (2018), pp. 898-1026.

3 La tensión del móvil en la producción es única en la historia del capitalismo: no solo por su potente ubicuidad -permite la comunicación en todo lugar y en todo instante-, sino por, como sugiere Ferraris, su inédita capacidad de registro. El rasgo distintivo sería “el hecho de poseer una grandísima capacidad de registro, lo que las vuelve mucha más potente que los aparatos técnicos que las precedieron” y en ese sentido “no se limitan a informarnos de algo, sino que registran lo que nos dicen, y lo que nosotros decimos a través de ellas, se apuntan lo que queremos saber y toman nota del hecho de que lo hemos sabido. Así pues, no se pueden fingir inocencia o desinformación con respecto a las órdenes: la huella está ahí; nos han buscado, querían que hiciéramos algo, aunque solo fuera para hacernos reaccionar, y la ausencia de reacción es ya una insubordinación” Ferraris (2017), p. 38.

4 Berardi (2009), p. 33.

5 Han (2014), p. 59.

En el caso de las empresas de plataformas, como veremos más adelante, disponer de trabajo “a pedido” constante y fluido frente a una demanda dinámica e incierta, sin asumir la necesidad de una jornada de trabajo limitada y continua, logra una pretensión perfecta para la empresa capitalista del siglo XXI: “el tiempo deja de ser lineal y se vuelve caótico, se rompe en divisiones puntiforme. Para funcionar y ser un componente eficiente de la producción en tiempo real, es necesario desarrollar la capacidad de responder frente a eventos imprevistos: es necesario aprender a vivir en condiciones de total inestabilidad”⁶.

En esta perspectiva, las nuevas tecnologías comunicativas, particularmente el teléfono móvil, aplicadas al trabajo en plataformas, si bien permiten constituir relación mediada por la distancia física entre la empresa y el trabajador⁷, no impiden en ningún sentido la formación de una relación de poder y control: “simplemente ello opera ahora de forma menos directa visible y materialmente (es también, como ahora casi todos los poderes, poder invisible). Remite a todo a sí mismo y somete a través de medios comunicativos y lingüísticos (más que a través de cadenas de mando personales o instrumentos mecánicos)”⁸.

La cuestión es si, desde el punto de vista del derecho, esa distancia física que se establece entre empresa y trabajador, suponen la inexistencia de una vinculación de naturaleza jurídico laboral. La respuesta es, como veremos, negativa.

1). SUBORDINACIÓN Y TRABAJO EN EMPRESAS DE PLATAFORMA

¿Cómo se determina, para un caso concreto, el contenido del control/dirección de la subordinación?

De partida, cabe constatar que el contenido del tipo se ajusta a la realidad productiva dominante del momento que le corresponde mediar jurídicamente. Y como ha apuntado buena parte de la literatura especializada sobre el trabajo en la sociedad capitalista del siglo XX, esté estuvo determinado por la integración física del cuerpo del trabajador, esto es, su fijación en un dispositivo disciplinario arquitectónicamente cerrado: la fábrica. En sus inicios, como explica Foucault, “el problema que se plantea entonces es el de fijar a los obreros al aparato de la producción, de incardinarlos o desplazarlos allí, donde se los necesita, de someterlos a un ritmo fijo, de imponerles la constancia y regularidad que dicho ritmo implica, en suma, constituirlos en fuerza de trabajo”⁹, de modo que la sociedad capitalista desde el siglo XIX supondrá un conjunto “de técnicas de

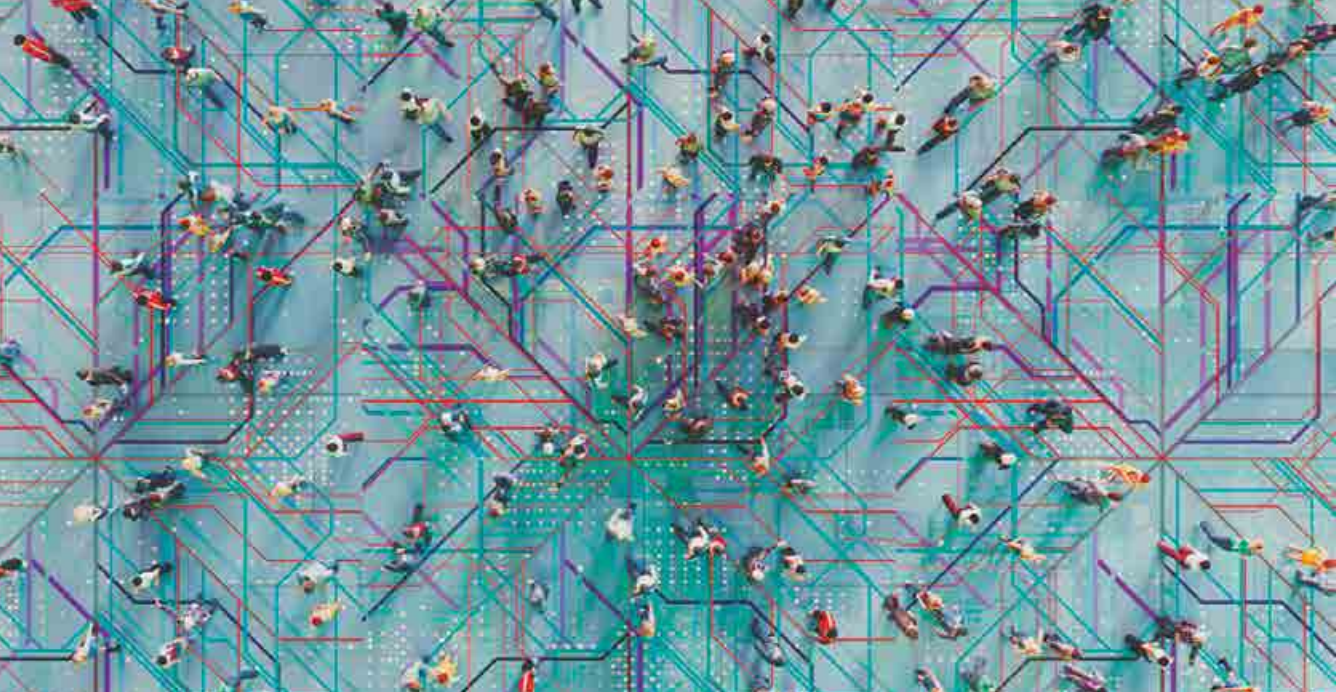
6 Fisher (2016), p. 65.

7 La nota distintiva de la gestión del trabajo en la gig-economía sería, precisamente, “la fatal de manifestación física de la supervisión: toda la supervisión es a través de la aplicación” Ivanova, Mirela et al. (2018), p. 7.

8 Revelli (2002), p. 101.

9 FOUCAULT (2016), p. 33.





poder, por las que el cuerpo y el tiempo de los hombres se convierten en fuerza de trabajo y tiempo de trabajo que pueden ser efectivamente utilizados para transformarse en plusganancia”¹⁰.

De esta manera, ha sido especialmente influyente en las manifestaciones que la expresaban para su aplicación a los casos concretos -la denominada técnica indiciaria-, las que se entendían tenían que poner de manifiesto -visibilizar- la sujeción disciplinaria del cuerpo del trabajador a la empresa titular del capital. De ahí, que se transformen en indicios relevantes que expresan esa subordinación disciplinaria propia de organización disciplinaria fordista: instrucciones directas, horario determinado, trabajar en lugar o local de la empresa, suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte del empleador, etc.

Según antes explicamos, el contenido del tipo de la subordinación se conformó en la empresa capitalista fordista en un sentido de control/dirección disciplinaria, siendo especialmente relevantes en los indicios que la expresaban para casos concretos, aquellos que lograban poner de manifiesto -visibilizaban- la sujeción física del cuerpo del trabajador a la empresa titular del capital¹¹. Pero aquí está la clave del problema. Eso es, precisamente, lo que ha comenzado a cambiar. De manos, principalmente, de la tecnología móvil-digital. Y modificada la forma o contenido del control, se modifican los indicios en que se expresa.

En la actualidad, por la evolución tecnológica que venimos retratando, las empresas no requieren -para explotar la fuerza de trabajo- que los trabajadores sean, en términos de Foucault, “fijados”

¹⁰ Foucault (2013), p. 146.

¹¹ En la misma perspectiva aquí explicada -de dirección y control disciplinario- se ha destacado que “esas relaciones se manifiestan mediante principios generales de la organización del trabajo que reducen el grado de autonomía de los trabajadores y los someten a una vigilancia y control permanentes en la ejecución de la norma de rendimiento” (Aglietta (1999), p. 91). En la organización capitalista de la empresa dominante del siglo pasado -la denominada ford-tayloriana-, como precisa Durand, “el jefe de equipo tenía ante todo una función disciplinaria con la cual aseguraba que la norma de trabajo (la tarea asignada) se cumpliera. Ello explica que dicho control de trabajo a menudo lo realizaban, en la producción en masa, antiguos militares, “líderes”, es decir, en este caso, garantes del respeto a la disciplina” Durand (2011), p. 74.

a un espacio geográfico determinado. El control se extiende a formas de trabajo que se realizan en cualquier lugar, en cualquier momento. Se ha ido transformando la forma que adopta el control que la constituye, según las exigencias y capacidad tecnológica del sistema productivo: del control disciplinario del cuerpo al control virtual de la vida. De este modo, no es que, en rigor, existan nuevos indicios que reemplacen o sustituyan a los antiguos sobre la misma base o contenido, sino que hay indicios propios de otra forma de control/dirección que comienza a extenderse en el trabajo asalariado: el control virtual o algorítmico.

¿Cómo explicar este cambio del control de trabajador y, por tanto, del contenido de la subordinación laboral?

Las nuevas tecnologías digitales estarían ayudando a derribar las barreras de la empresa -la fábrica contemporánea-. Ello permitiría una extensión ilimitada del espacio empresarial y, por lo mismo, del control del trabajo humano. El trabajo cada vez más se hace ahora a través de las tecnologías de la comunicación. Es decir, “en el posfordismo, cuando la línea de producción se convierte en flujo informativo, la gente trabaja precisamente comunicándose. La comunicación y el control se requieren mutuamente”¹².

La informática y las nuevas formas de comunicación digital a las que da lugar -en este caso, entre empleador y trabajador-, diluirían de este modo cualquier espacio físico y temporal que pretendiera erigirse como límite o frontera. Así, el poder sobre el trabajador deja de reconocerse por el control disciplinario del cuerpo, disolviendo la empresa como un territorio geográficamente delimitado. En el caso de los trabajadores de aplicaciones esa peculiaridad se expresaría, precisamente, en la distancia que media entre empresa y trabajador, provocada por la falta de conexión física o material entre ellos. Ello supondría la ausencia de algunos indicios tradicionalmente utilizados para determinar la existencia de subordinación, tales como el uso de instalaciones o infraestructura de la empresa, falta de órdenes directas, etc.

¹² Fisher (2016), p. 65.

Esa ausencia no es determinante. Es necesario revisar si concurren manifestaciones propias de la forma de trabajo vía aplicaciones que expresen la existencia del contenido propio de la subordinación: dirección y control¹³. Puestos en el caso de los trabajadores de empresas de aplicaciones, parece clara la existencia de una forma de subordinación que se manifiesta en una doble dimensión de control: uno tecnológico u algorítmico y otro reputacional¹⁴.

En esa primera dimensión, el control sobre el trabajador de plataforma se realiza desde la distancia física, pero cercanía tecnológica -en lo que podría denominarse un control algorítmico-: “al igual que una fábrica o una oficina, la plataforma representa el lugar por el cual los procesos sociales de producción se someten a lógicas de gestión y organización del trabajo dentro de un entorno único, claramente delimitado. Al igual que en un lugar de trabajo tradicional donde los trabajadores registran con su tarjeta de tiempo, los trabajadores de concierto inician sesión en una aplicación y, al hacerlo, quedan sujetos a una autoridad externa”. Dicha autoridad, explica Gandini, se manifiesta en que “(a) traduce la demanda de los consumidores o clientes en los pedidos que necesitan para ejecutar, y que reciben en forma de notificaciones digitales; (b) determina qué tareas tienen que ejecutar, dónde y cuándo; (c) determina directa o indirectamente cuánto dinero se les pagará por la ejecución de tales tareas; y (d) controla directa o indirectamente la ejecución del trabajo y el desempeño de un trabajador en el trabajo”¹⁵. En ese sentido, la “aplicación del software de seguimiento” permite a “las plataformas poder monitorear en detalle el proceso de trabajo”¹⁶, tal como “Taylor pudo haberlo soñado”¹⁷.

En la segunda dimensión, el control se expresa en los diversos mecanismos de evaluación del trabajo realizado. Como se ha puesto en relieve “las empresas controlan el proceso laboral a través de plataformas digitales que ellas proporcionan, los trabajadores están sujetos a una “infraestructura de evaluación” que utiliza calificaciones cuantitativas como una forma de control reputacional”¹⁸. Para ello juega un rol clave la dirección y el control reputacional del trabajador, esto es, la estimulación y evaluación conductual derivada de la calificación que tanto la empresa, como los clientes hacen del

¹³ Buena parte de la “duda de laboralidad” se ha alimentado de la sobvaloración de un elemento indicativo de autonomía, y que se refiere al hecho de que los trabajadores “pueden elegir sus horas de trabajo y, de hecho, inscribirse para tareas específicas” lo que da como resultado que “se argumenta que no cumplirían con la definición estricta de un empleado” Minter (2017), p. 439. En rigor, se trata de un indicio de “no laboralidad” más débil de lo que parece: más relevante del hecho que el trabajador elija el momento en que presta servicios, es si esa prestación -una vez decido efectuarla por el trabajador- está o no sometida al poder y control ajeno. Dicha forma de razonamiento jurídico ha sido utilizada en fallos relevantes, como la sentencia del Tribunal de Casación de Francia que, haciendo suyo los argumentos del tribunal inferior sostiene que “en relación con la libertad de conexión y la libre elección de los horarios de trabajo, que el hecho de poder elegir los días y los horarios de trabajo no excluye por sí mismo una relación laboral subordinada, ya que cuando un conductor se conecta a la plataforma de Uber, se incorpora a un servicio organizado por la empresa Uber BV” (Sentencia n°374-4/ 2020).

¹⁴ Srnicek (2018), p. 72.

¹⁵ Gandini (2019), p. 1045.

¹⁶ Ivanova, Mirela et al. (2018), p. 7.

¹⁷ Thomson y Briken (2017), p. 251.

¹⁸ Vallas (2019), p. 1.





desempeño del trabajador, el que opera por múltiples formas: premios por disposición, evaluación continua por el servicio prestado, preferencia en el orden de llamadas para entregas o servicios, etc.¹⁹.

Por lo mismo, con idas y vueltas -propias de la progresiva incardinación del trabajo en plataformas en la realidad laboral de los diversos ordenamientos jurídicos-, la jurisprudencia judicial comparada ha ido progresivamente considerando la laboralidad de la figura en análisis²⁰. Como dijimos al inicio de estas líneas, superada esta etapa inicial en la historia jurídica de esta forma empresarial de organizar el trabajo, corresponde avanzar más allá del cerco de la subordinación. Avanzar hacia una revisión crítica de una posible regulación.

2). EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN: EXPLOTACIÓN Y JORNADA

Tras el problema de la calificación de laboralidad de los trabajadores de plataformas, cabe preguntarse ¿Qué espacios existen, desde el derecho, susceptibles de ser regulados en la prestación de trabajo en empresas de plataforma?

Pueden ser resumidos en lo fundamental en dos: por una parte, el modo de acceso de esos trabajadores al sistema jurídico-laboral, y por otra, el contenido de la regulación. Respecto del acceso, es posible distinguir según reconozca o no una cláusula de entrada al Derecho del Trabajo, esto es, una previsión normativa expresa referida a la situación de los trabajadores de plataformas. De partida, está la opción de inexistencia de una cláusula de entrada. En dicho caso, la situación de estos trabajadores queda en espacio de indeterminación: serán trabajadores bajo la regulación del Derecho del Trabajo según se determine, caso a caso, por los órganos de aplicación. Se trata, en algún sentido, la situación que existe en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos, donde esa calidad de trabajador sujeto a la normativa laboral común queda en manos de una solución del caso particular,

¹⁹ La reputación juega un papel clave en la interacción trabajador y empresas de plataformas, su rol, como explica Gandini, es "central para los trabajadores del conocimiento digitales y autónomos, junto con su reconocimiento en diversos contextos, parece ser una de las muchas manifestaciones de la última y controvertida evolución de la relación entre el capitalismo neoliberal y el trabajo". Aquí, el control toma la forma de evaluación dada por el hecho de que "las plataformas hacen que todas las relaciones y conexiones en red, comentarios y clasificaciones, sean visibles y de acceso público en forma de una medición aproximada". Lo anterior, como sugiere el mismo Gandini, supone un grave riesgo, provocado "principalmente por el secreto de los algoritmos de cálculo. El fetichismo por la adquisición de reputación que surge ampliamente en los diversos ejemplos aquí discutidos debería alertarnos sobre los riesgos de lo que podría calificarse como una potencial "algoritmocracia". Gandini (2016), p. 82.

²⁰ La jurisprudencia sobre calificación de laboralidad del trabajo prestado en plataformas es, en la actualidad, numerosa y aunque tendencialmente predomina la condición de asalariado subordinado, no es unánime. Por citar casos relevantes, por considerarlos autónomos: sentencia del Consejo de Hombres Prudentes de París, del 29 de enero del 2018 (F 16/11460), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 4 de lo Social, de 19 de septiembre de 2019 nº 715/2019 (rec. 195/2019). A su turno, por considerarlos trabajadores subordinados: sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 10 de enero 2019 (NºRG 18/08357), sentencia de la Corte Suprema de California de Dinamex, de 30 de abril de 2018, sentencia del Juzgado de Letras de Trabajo de 6º turno de Montevideo (Nº77/2019), Sentencia nº374-4 de marzo de 2020 del Tribunal de Casación de Francia.

en base -fundamentalmente- a la acreditación de la subordinación o dependencia²¹. Esta situación es, como parece obvio, la regla generalísima en el Derecho del Trabajo comparado.

En segundo lugar, la opción de que el sistema legal incluye una cláusula de entrada al Derecho del Trabajo para estos trabajadores. Dicho de otro modo, se provea al sistema legal de una referencia explícita a la situación de estos trabajadores, atendida su progresiva masificación y los consecuentes conflictos político-laborales a los que da lugar. Como se ha apuntado, “a medida que las plataformas crecen en importancia, los conflictos sobre sus prácticas ganaran de seguro fuerza”²².

Esa cláusula de entrada puede ser abierta o cerrada, a su turno, según provean una decisión condicional o categórica a la entrada de los trabajadores de plataforma al espacio normativo de la legislación laboral respectiva²³.

De ser abierta, la referencia a los trabajadores de plataforma supone que podrá ser considerados trabajadores si se cumple alguna condición exigida por las normas que los enuncian, que comúnmente puede ser la subordinación u otra categoría equivalente. Cumplida esa condición prevista en las propias normas, el trabajador de plataforma se integra a la regulación laboral común de que se trate.

Parece ser, hasta ahora, la opción de las novísimas regulaciones, como la Ley N°45/2018 de Portugal. Dicha regulación establece que la situación del trabajador quedará sujeta “independientemente de la denominación que las partes hayan adoptado en el contrato” a “las disposiciones del artículo 12 del Código del Trabajo”, esto es, a las normas generales de acreditación de la relación laboral²⁴. También puede considerarse el caso italiano, que no resuelve tajantemente el carácter laboral del trabajo para la

entrega de bienes o servicios por la vía de plataformas digitales, pero considera que debe aplicársele la regulación común del “trabajo subordinado” en caso de relaciones de colaboración que resultan “en servicios de trabajo prevalentemente personales y continuos y cuyos métodos de ejecución son organizados por el cliente” (Decreto-Legge, 3 settembre 2019, n. 101)²⁵. }Es el caso del derecho español, que en la ley 12/2021 establece que “se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancia, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Como se ve, se trata de una presunción de laboralidad, que esta abierta a la posibilidad de ser desvirtuada fácticamente por el empleador. No hay una decisión tajante o cerrada de establecer, en cualquier circunstancia su carácter de relación laboral²⁶.

Esa parece también la opción de la novísima ley chilena en la materia (Ley 21.431/2022) que señala que “el trabajador de plataformas digitales será considerado como trabajador dependiente o trabajador independiente, según concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 7° del presente Código” (artículo 152 quater Q), poniendo de cargo del trabajador de plataforma acreditar judicialmente la existencia de un vínculo con subordinación con la empresa de plataforma.

De ser cerrada, la decisión de las normas que lo regulan es que el trabajo vía plataformas quede categóricamente regulado dentro del Derecho del Trabajo, no exigiéndose de modo expreso ninguna condición distinta y propia a la del común de los trabajadores. Se trata de una forma regulatoria que, comúnmente, debería de la mano, del diseño de una relación laboral con una regulación especial. Hasta el momento se trata de una opción especulativa, en cuanto no existe un caso relevante en el derecho comparado de esa regulación. No obstante, atendido el enorme debate político que este tipo de trabajo está generando en las comunidades legales, no parece extraviado plantear su implementación.

En este último caso, despejado el carácter laboral de este tipo de trabajadores, ya sea por una cláusula expresa de carácter abierto o cerrado, correspondería resolver la segunda dimensión problemática para

21 Existen otras opciones distintas a la subordinación, como es el caso del derecho norteamericano, particularmente en el caso del denominado “Abe test”, que pone el acento más allá del control y dirección del trabajador, exigiendo un esrutinio más exigente para descartar la calificación de laboralidad: no basta acreditar que no existe control/dirección(a), sino que, además, la actividad de que se trata no es parte del giro ordinario o habitual de la empresa respectiva (b), y que, además, el trabajador se dedica habitualmente a un oficio o profesión, de modo independiente, de la misma naturaleza del que está involucrado en el servicio contratado (c). Ver Deknatel y Hoff-Downing (2015), pp. 54-103. Asimismo, Rodríguez, (2018), pp. 91-100.

22 Vallas (2019), p. 51.

23 Siempre es posible una cláusula cerrada de salida, esto es, una decisión de des-laboralización del trabajo prestado en plataformas, descartando ex ante la laboralidad y, por tanto, el ingreso de este tipo de trabajadores del espacio protector del Derecho del Trabajo. Se trata de una opción extremadamente flexibilizadora, por lo que cuesta pensar en su implementación efectiva en alguna tradición legal en concreto. No obstante, su exageración en favor de los intereses empresariales en juego, no han faltado intentos. Es el caso del proyecto de ley presentado en Chile por el Gobierno de S. Piñera, que pretendía transformar en ley la siguiente proposición normativa (Boletín 12.618-13/2019): “Artículo 8 bis. - De los servicios prestados a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación. No dan origen al contrato de trabajo, los servicios prestados por personas naturales a través de plataformas digitales que intermedien entre estas personas y los usuarios de dichos servicios, sin obligación de exclusividad, y con libertad para determinar la oportunidad y tiempo que destinarán a la prestación de tales servicios”.

24 En todo caso, se trata de una opción regulatoria extraña, por decir algo, la del derecho portugués. Si bien la Ley N° 45/2018 contiene una cláusula abierta de laboralidad de trabajadores vía plataforma, restringida eso sí al transporte individual y remunerado de pasajeros en vehículos que no sean taxis u análogos –“descaracterizados”, el posible vínculo laboral -sometido a la presunción de contrato de trabajo del artículo 12 del Código del Trabajo- se imputa normativamente a un sujeto distinto de la empresa de plataforma: el denominado “operador TVDE” –operador de transporte de vehículos descaracterizados a partir de plataforma electrónica-. Dicho operador corresponde a una persona jurídica autorizada por el Ministerio de Transporte, para ofrecer este servicio a través de conductores vinculados jurídicamente con ella mediante un contrato celebrado por escrito. Como se ve, es todo un enigma porque el legislador portugués decidió hacer opaca a la empresa de plataforma, interponiendo un tercero -el operador TVDE- entre aquella y los trabajadores-conductores.

25 Es la situación de los trabajadores de plataformas en la nueva regulación legal del Estado de California -denominada AB-5 workerstatus- que reformó el Código del Trabajo para incorporar como estándar de laboralidad el ya explicado “ABC Test”. De este modo, los trabajadores de plataformas podrán entenderse incorporados a la legislación laboral siempre cuando acrediten encontrarse en alguna de las situaciones reguladas en esa nueva normativa legal: son trabajadores que están sujetos a control y dirección, realizan un trabajo para la empresa que es parte de su giro habitual de la empresa, o no realizan una actividad como independientes de la misma naturaleza que el involucrado en el trabajo de la empresa. Ver Rosenfeld (2020), pp.11.112-11.134.

26 Es el caso, en fin, del derecho francés. A pesar de que el Código del Trabajo (artículo L8221-6) establece una presunción de “no laboralidad” -incorporada por la Ley N°2015-991 del 2015- para “las personas naturales inscritas en el Registro Mercantil”, situación en la que expresamente se encuentran los trabajadores de plataformas de transporte, dicha circunstancia “no cierra” su acceso al Derecho del Trabajo. Como señalará expresamente la Corte de Casación (sentencia n°374 – 4 de marzo de 2020) dicha situación debe ser evaluada para el caso concreto a la luz del mismo artículo citado que permite establecer la existencia de un contrato de trabajo en caso de existir “subordinación jurídica permanente” con la empresa a la que se le prestan servicios (artículo L8221-6 II del Código del Trabajo).



el Derecho del Trabajo en plataformas: a qué normas laborales será sometida esta forma de trabajo. Dentro del amplio espectro que supone la regulación de una relación laboral, parece especialmente problemática la cuestión que hace el corazón de esta fórmula de trabajo -como explicamos antes-: la discontinuidad del trabajo, organizado ahora en torno a un flujo constante y en “tiempo real” de información entre empresa, clientes y trabajador.

II. JORNADA, PLATAFORMAS Y “TIEMPOS MUERTOS”

Con el trabajo en las plataformas el debate del tiempo vuelve al centro del debate político-laboral. Ello, porque una de las manifestaciones centrales del trabajo en esta nueva etapa del capitalismo -la de la flexibilidad tecnológica-, como ya apuntamos, es la de romper con la limitación y continuidad de la jornada de trabajo: pulverizar la idea de un esfuerzo laboral distribuido regularmente desde un inicio a un fin. O sea, esto que desde el Derecho del Trabajo se ha denominado una jornada de trabajo continua. Como se ha sugerido “en el centro de estas transformaciones, tematizadas como la disolución de límites, subjetivación y precarización del trabajo, se encuentra el control sobre recursos del tiempo. La imposición de formas de producción flexibles significa así la transición hacia un régimen de tiempo discontinuo”²⁷.

La fragmentación de la jornada en el caso del trabajo en plataforma puede ser explicada por la supresión o disolución de los costos de transacción propios de recurrir a estrategias de externalización laboral: las nuevas tecnologías móviles permiten

el control de la intensidad y ritmo productivo sin necesidad de integrar laboralmente al trabajador. En otros términos, la coordinación productiva con el trabajador “en tiempo real” vía tecnología móvil difumina los costos propios de la negociación del esfuerzo: no es necesario negociar día tras día la cantidad, ni la intensidad, ni el ritmo del trabajo, todo lo que está ya inherentemente resuelto por el algoritmo que dirige la aplicación²⁸.

La versión más extrema es, precisamente, el trabajo en plataformas. En ese sentido, mirando más allá de la contingencia jurídica en que estamos hoy entrampados -el de la calificación del vínculo-, parece relevante explorar esta dimensión problemática en el trabajo subordinado como lo conocimos hasta ahora: la inédita posibilidad, estimulada por la tecnología, de eludir la continuidad de la jornada de trabajo. Dicho de otro modo, la posibilidad de utilizar el trabajo subordinado de los trabajadores solo en el momento exacto de la demanda, sin necesidad de asumir salarialmente una extensión continua de tiempo -jornada de trabajo- que fue uno de los pilares de la organización del trabajo en la empresa fordista.

Se abren en este espacio dos direcciones problemáticas intrincadamente relacionadas: por una parte, si esa la jornada de este tipo de trabajadores debe estar sujeta a una limitación en su extensión, y por otra parte, si deben pagarse las fracciones pasivas -sin prestación efectiva de trabajo- dentro de esa jornada en que el trabajador está a disposición de la empresa.

La primera dimensión del diseño de un régimen de jornada para trabajadores de plataforma es la determinación de un límite del número de horas de trabajo. Limitación, ya sea en forma promedio anual o mensual, o de un máximo por semana,

27 Puesto en términos crudamente empresariales, el consejero delegado de la plataforma para micro-tareas Crowdflower -Lucas Biewald- señala que “antes de existir Internet era realmente difícil encontrar a personas y llevarlas a sentarse y trabajar diez minutos, y luego despedirlas cuando habían pasado los diez minutos». Hoy, en cambio, «se puede encontrar a esas personas, pagarles un mínimo importe de dinero y luego liberarse de ellas cuando ya no se las necesita” en www.nuso.org/articulo/se-quiere-mejorar-el-crowd-work-entonces-hay-que-regularlo, visitado 29.01.2020.

27 Dorre(2016), p. 43.

según la forma normativa de cada tradición legal. Parece muy relevante esta limitación, por cuanto la literatura ha destacado como uno de los principales efectos precarizadores la exagerada expansión del tiempo de trabajo: “en otras palabras, pese a que pueda esgrimirse que una de las ventajas para el trabajador es la flexibilidad horaria, ésta se torna en su contra, en la medida en que están permanentemente disponibles (abierto las 24 horas, 365 días al año normalmente), la precariedad del servicio y la escasa remuneración les obliga a hacer jornadas muy extensas, perdiendo buena parte de esta flexibilidad para ganar lo suficiente, diluyendo los códigos de espacio y tiempo”²⁹. Podría debatirse, atendido la irregularidad de la prestación de los servicios laborales -sujeto a una demanda irregular en tiempo real- la razonabilidad de un “jornada extendida”, usuales en el derecho comparado. Pero ese, como parece obvio, una decisión accesoria sobre la principal: el trabajo en plataformas debe someterse a un límite cuantitativo³⁰.

La segunda dimensión relevante de la regulación laboral del trabajo en plataformas, es someterla a las reglas de continuidad de la jornada. De este modo, el trabajo queda sometido a la fijación de un inicio y término determinado de la jornada, fijación que debería quedar hecha en el mismo acto convencional que le dio origen. De este modo, el trabajador conoce de antemano cual es el espacio de tiempo que deberá dedicar a su trabajo diario. Otra cuestión que se adopten reglas para flexibilizar esa determinación, dándole una fijación dinámica -por unidad de tiempo de semana, mes u otra- ya sea por decisión de una o ambas partes³¹. En dicho caso, el efecto principal para la perspectiva aquí sostenida será la inclusión de la idea de “tiempo pasivo” de trabajo en la regulación del contrato de trabajo en plataforma. Esto es, el derecho de pago del espacio de tiempo que el trabajador este a disposición del empleador sin ser utilizado sus servicios laborales por razones que no le son imputables, particularmente aquellos tiempos que median entre encargos digitalmente solicitados³².

29 Igartua (2018), p. 344. La cuestión es “que, en puridad, no siempre estamos ante prestaciones efectivas del servicio sino ante larguísimo tiempos de espera o disponibilidad que invaden el tiempo de no trabajo (o de descansos) del prestador del servicio. Se ha propuesto una nueva regulación ad hoc de esta materia que estableciera al menos un máximo imperativo de jornada semanal, global, esto es, computando todas las horas trabajadas en distintas plataformas, con objeto de evitar sobrecarga de trabajo” (Igartua (2018), p. 345).

30 En todo caso, nada parecido a la figura de exención de limitación de jornada, prevista en el derecho chileno en el artículo 22 del Código del Trabajo. Extraña figura de precarización laboral -que incluye el teletrabajo- construida sobre la razón de la falta de control o fiscalización del empleador sobre el trabajador. Eso, por razones obvias, no es lo ocurre con el trabajador de plataforma como hemos descrito acá con suficiencia: se trata de un trabajador sometido a un control tecnológico aplastante, segundo por segundo, instante por instante, a través de la conexión digital.

31 En el extremo opuesto se ubica la opción de que una jornada discontinua al modo “cero horas” (zerohours) o “a llamada”, donde más allá del límite de jornada, no se fija ni su inicio ni su término, quedando el trabajador sujeto al requerimiento discrecional del empleador. En términos de la OCDE, se trata de un contrato donde simultáneamente “el empleador no tiene la obligación de proporcionar una cantidad mínima de horas” y “el trabajador no tiene la obligación de trabajar una cantidad mínima de horas” O’Sullivan(2019), p. 8.

32 La regulación jurídica que se le otorgue a esos tiempos de trabajo “pasivo” o “muertos” dependen, por supuesto, de cada experiencia jurídica en concreto, aquí asumiremos su condición de tiempo de trabajo en términos jurídicos: los espacios de tiempo que el trabajador ésta a disposición del empleador para el uso de su fuerza de trabajo, pero que no utilizados efectivamente, por razones inimputables al trabajador, son componentes ese tiempo de trabajo y generan la respectiva contraprestación salarial. Es el caso, por de pronto, del derecho chileno que establece -en el artículo 21 del Código del Trabajo- que se considerará jornada o tiempo de trabajo “también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables”.

Como la cuantía de las remuneraciones de este tipo de trabajadores depende de las entregas efectivas que realicen, su remuneración tendrá un carácter mixto: en un nivel base dependería del mínimo establecido en la legislación laboral general, y en el excedente, dependerán de las comisiones que reciban por entrega efectiva. Es obvio que esta forma de regulación supone que los “tiempos muertos” en el trabajo de plataformas será de cargo de la empresa algorítmica y no de los trabajadores, lo que suprime una de las ventajas económicas relevantes en términos de costos para las plataformas³³. A cambio, los trabajadores obtienen la protección salarial que el derecho suele proveer para aquellos casos donde el trabajador está a disposición del empleador sin prestar servicios efectivos por razones ajenas e inimputables al mismo trabajador. Se trataría, en ese sentido, de la opción de máxima tutela en este punto a los trabajadores de plataforma.

En algún sentido, esta es la opción -prácticamente única en el derecho comparado- de la legislación italiana (Legge N°128, 2 de noviembre del 2019), que aunque no califica categóricamente el trabajo en plataformas como un vínculo laboral, crea un régimen mínimo de protección. En relación al trabajo en plataformas -“para actividades de entrega de bienes”- calificadas de autónomas se establece un “nivel de tutela mínima”, que contempla, entre otras normas, la que señala -en su artículo 47-quater 2.- que “no pueden ser remunerados en función de las entregas realizadas y se debe garantizar a los trabajadores una compensación mínima por hora basada en los parámetros mínimos tablas mínimas establecidas por convenios colectivos nacionales de sectores similares o equivalentes firmados por el sindicato y las organizaciones de empleadores que son comparativamente más representativos a nivel nacional”.

La novedosa ley chilena que regula la materia (Ley 21.431/2022), se vio forzada a reconocer este punto. Estableciendo el derecho de los trabajadores al pago del “tiempo de espera”, pero no de modo efectivo, sino calculado de modo abstracto -20 por ciento de la remuneración efectiva-. El citado proyecto, en su artículo 152 quáter V, establece que “en cualquier caso, la remuneración por hora efectivamente trabajada no podrá ser inferior a la proporción del ingreso mínimo mensual determinado por ley, incrementado en un veinte por ciento, el que tendrá por objeto remunerar los tiempos de espera, así como cualquier otro tiempo de trabajo no efectivo a los que pueda estar sujeto el trabajador de plataformas digitales dependiente. Para estos efectos, se dividirá el valor del ingreso mínimo mensual por el número resultante de la multiplicación por cuatro del máximo de jornada semanal ordinaria establecido en el artículo 22 del presente Código. La empresa, en el respectivo período de pago, deberá verificar que las remuneraciones devengadas por los servicios efectivamente prestados cumplan con estos valores mínimos y, en caso de no alcanzarlos, deberá pagar al trabajador la diferencia”.

33 La noción de “tiempo muerto” dice relación con “el tiempo ligado a la coordinación de los diferentes segmentos del proceso de trabajo” resultado de “las discontinuidades en las prácticas de producción que impiden que la totalidad de la jornada de trabajo sea una sola masa de trabajo abstracto” Aglietta (1999), p. 91.





Se trata, en todo caso, de una concesión estratégica en el contexto de una ley cuya pretensión es consolidar la precaridad laboral del sector. Porque no reconoce explícitamente la relación laboral, sino que deja entregada la calificación al juez, siempre que, como dijimos, el trabajador está en condiciones de acreditar judicialmente la subordinación de su caso en concreto. En caso contrario, la relación se rige por una extraña figura que la ley se da el tiempo de inventar -no existe nada igual en el derecho chileno de hoy, ni existió en el de ayer: una relación civil regulada dentro del Código del Trabajo. Un esperpento de aquellos en pocas palabras.

III. CONSIDERACIONES FINALES: LA LIBERTAD EN JUEGO

La importancia de la regulación del trabajo en plataformas en lo referido al tiempo de trabajo fragmentado y discontinuo, no se agota en la solución al exceso de explotación, generada por exceso de jornada y el no pago de los tiempos pasivos. Permite, al mismo tiempo, explorar algunas perspectivas críticas de las consecuencias de las exigencias que la economía del capitalismo digital pone sobre los trabajadores.

En ese sentido, sostendremos para terminar, que algo más está en juego que el exceso de tiempo dedicado al trabajo. Y eso además es la propia libertad del trabajador de plataforma, y con ella, intereses relevantes socialmente hablando: la conciliación familia-trabajo, el ocio activo y la vida privada.

El régimen de trabajo que somete al trabajador a una jornada discontinua e ilimitada puede empobrecer significativamente su experiencia de la libertad. Lo anterior, porque lo somete a una sujeción de

tal intensidad y extensión, que tiene el potencial de ahogar espacios autónomos de la vida en las exigencias algorítmicas de rendimiento. Esto aparece, en principio, algo paradójico³⁴. Toda la narrativa empresarial asociada a esta figura de trabajo en plataforma -y al resto de los trabajos en flexibilidad de jornada- apunta en la dirección contraria: se trataría una forma potente de expansión de la libertad vital del -ahora llamado- emprendedor³⁵. Como apunta agudamente Zizek, deshaciendo la paradoja, “en nuestra sociedad la libre elección se eleva a valor supremo, el control y dominación social ya no pueden aparecer como algo que coarta la libertad de cada uno: tiene que presentarse (y preservarse) como la mismísima experiencia de los individuos en cuanto que seres libres. Existe una multiplicidad de cómo la no-libertad aparece disfrazada de lo opuesto: cuando ya no podemos confiar en tener un empleo a largo plazo y nos vemos obligado a buscar un nuevo trabajo precario cada par de años, se nos dice que se nos brinda la oportunidad de reinventarnos” y nosotros -agregaríamos- cuando ya no podemos tener una jornada con un inicio y un término previamente determinado, nos vemos obligados a aceptar quedar a disposición de la voluntad empresarial, se nos dice que estamos siendo empoderados para ser dueños de nuestro tiempo³⁶.

³⁴ Paradoja, en todo caso, nada nueva para el Derecho del Trabajo. Como apuntaba -a mediados de los setenta- el laboralista alemán Kahn-Freund “no hay nada más confuso en la esfera de las relaciones laborales que la ambigüedad del término “libertad”. Al restringir el poder directivo empresarial sobre el trabajador individualizado, las leyes establecen límites al deber al deber éste de obedecer las reglas dictadas por el empresario. De este modo, la legislación laboral amplía la esfera de libertad de los trabajadores frente al poder de dirección de los empresarios” Khan-Freund (1987), p. 59.

³⁵ La expansión del trabajo en plataforma por el mundo se ha hecho de la mano de la “ideología thatcherista” que enfrentó “la cultura del emprendimiento” contra la “cultura de la dependencia” y que “forman parte de un modelo social que insiste en que somos los autores de nuestras propias vidas y los arquitectos de nuestros propios destinos. Es difícil pensar en una instancia más pura del “proyecto neoliberal del yo” que “convertirse en su propio jefe” Mc Donald y Giazitzoglu (2019), p. 7.

³⁶ Zizek(2016), p. 38.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERARDI, Franco (2009). *Generación Post Alfa*. Madrid: Tinta Limón.

DEKNATEL, Anna y HOFF-DOWNING, Lauren (2015). "ABC on the Books and in the Courts: An Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statutes". *Univ. Of Pennsylvania. Journal of Law and Social Change*, N°53, pp 54-103.

DORRE, Klaus (2016). "Capitalismo, Landnahme y regímenes sociales de tiempo: un panorama general". *Pléyade*, Número 18.

DURAND, Jean Pierre (2011). *La cadena invisible, flujo tenso y servidumbre voluntaria*. México: Fondo de Cultura Económica.

FERRARIS, Maurizio (2017). *Movilización Total*. Barcelona: Herder.

FISHER, Mark (2016). *Realismo capitalista ¿no hay alternativa?*. Buenos Aires: Caja Negra.

FOCAULT, Michel (2013). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

FOCAULT, Michel (2016). *La Sociedad Punitiva*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

GANDINI, Alessandro (2016). "The Reputation Economy, Understanding Knowledge Work in Digital Society". Palgrave Macmillan, Londres.

GANDINI, Alessandro (2019). "Labour process theory and the gig economy". *Human Relations*, Volúmen 72, Issue 6.

GOULD IV, William (2018). "Dynamex Is Dynamite, but Epic Systems Is Its Foil – Chamber of Commerce: The Sleeper in the Trilogy". *Missouri LawReview*, Volumen, 83, Issue 4, pp. 898-1026.

HAN, Byun-Chul (2014). *En el enjambre*. Barcelona: Herder.

HAN, Byun-Chul (2017). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.

IGARTUA, María Teresa (2018). *Ordenación flexible del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

IVANOVA, Mirela; BRONOWICKA, Joanna; KOCHER, Eva; DEGNER, Anne (2018). "The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management". *Arbeit | Grenze | Fluss - Work in Progress interdisziplinäre Arbeitsforschung*, N° 2, p.

KHAN FREUND, Otto (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.

MC DONALD, Robert y GIAZITZOGLU, Andreas (2019). "Youth, enterprise and precarity: or, what is, and what is wrong with, the 'gig economy'?". *Journal of Sociology*, Volúmen 55, Issue 4.

MEZZADRA, Sandro (2014). *La cocina de Marx*. Buenos Aires: Tinta Limón.

MINTER, Kate (2017). "Negotiating labour standards in the gig economy: Airtasker and Unions New South Wales". *The Economic and Labour Relations Review 2017*, Volúmen 28 (3).

REVELLI, Marco (2002). *Más allá del Siglo XX, La política, las ideologías y asechanzas del trabajo*. Madrid: El Viejo Topo.

RODRIGUEZ, Andrea (2018). "Estándares de laboralidad en tiempos de Economía Digital, Revista Derecho del Trabajo. *La ley*, Año VI, N°21, pp. 91-100.

ROSENFELD, Abigail (2020). "The Supreme Court of California Modernizes ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in *Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*". *Boston College Law School*, Volúmen 61, pp.II. 112-II.-134.

SINZHEIMER, Hugo (1984). *Crisis Económica y Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.

SRNICEK, Nick (2018). *Capitalismo de Plataformas*. Buenos Aires: Caja Negra.

THOMSON, Paul y BRIKEN, Kendra (2017). "Actually existing capitalism: some digital delusions". *The New Digital Workplace: The New Digital Workplace. Critical Perspectives on Work and Employment*, Palgrave MacMillan.

O'SULLIVAN, Michelle (2019). "Introduction to Zero Hours and On-call Work in Anglo-Saxon Countries", en O'SULLIVAN, Michelle; LAVELLE, Jonathan; MCMAHON, Juliet; RYAN, Lorraine; MURPHY Caroline; TURNER, Thomas; y GUNNIGLE, Patrick (editores), *Zero Hours and On-call Work in Anglo-Saxon Countries*. Singapur: Springer.

VALLAS, Steven (2019). "Platform Capitalism: What's a Stake for Workers?". *New Labor Forum*, volumen 28, issue 1, pp. 48-59.

ZIZEK, SLAVOJ (2016). *Problemas en el paraíso. Del fin de la historia al fin del capitalismo*. Barcelona: Anagrama, p. 45.





José Luis Coppari Gigena¹

El proceso de **REGULACIÓN DE HONORARIOS**

Por actuaciones ante la SRT/
Comisiones Médicas
en la Provincia de Córdoba



Honorarios:

1. *Bajos*: Juez Mezquino.
2. *Altos*: Proporcionalidad irritativa.
3. *Altísimos*: Incobrables.
4. *Abono*: Servicio insuficiente.
5. *Por horas*: Los auditores externos controla cómo se factura más horas que la vida activa del abogado que los percibe.
6. *Provisorios*: Reflexión de economía doméstica.

(del *Diccionario del Abogado Exquisito*. Horacio Roitman)

I. INTRODUCCIÓN

La declaración de constitucionalidad de la *instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente* ante las Comisiones Médicas dispuesta por el Art. 1 de la LN. 27.348 por parte de la CSJN in re POGONZA supuso una ratificación a la realidad transitada por el sub-sistema de riesgos del trabajo en la Provincia de Córdoba desde la sanción de la Ley Provincial de Adhesión N° 10.456.

La modificación que esta norma efectuó al segundo párrafo del Art. 46 del Código Procesal Laboral LP. 7.987 y el contenido de la Cláusula Vigésimoprimera del *Convenio de Colaboración y Coordinación* suscripto por el Gobernador de la Provincia y la SRT, supusieron que a partir del 15 de Septiembre de 2017 toda demanda ordinaria que enarbolará una acción de las previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo fuera acompañada con el *instrumento que acreditará el agotamiento de la vía administrativa por ante la Comisión Médica correspondiente*. Este estado de los hechos no ha mutado a la fecha en la que se redacta el presente y no existe motivo serio que augure un cambio de rumbo.

El referido Art. 1° de la norma *Complementaria* de la LRT impone que el colectivo de trabajadores siniestrados acudan a la repartición competente con el *debido patrocinio letrado*. Así las cosas, pasando por alto la profusa doctrina y jurisprudencia a la mano del operador judicial que cuestiona o ratifica los pronunciamientos y normativa antes señalada, advertimos en los hechos su acatamiento, sea que el accionante lo haga con un abogado de su confianza o bien la asistencia profesional le sea brindada conforme Art. 36 párrafo 2° de la Resolución SRT N° 298/2017.

Sumado a la letra del Art. 37 de la mentada resolución, impone el Art. 6° del Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba LP. 9459 que los *"honorarios profesionales de abogados... revisten carácter alimentario"* y que toda actividad profesional *"se presume onerosa"*, ergo, toda actuación que los letrados desplieguen ante las Comisiones Médicas asesorando, acompañando, patrocinando y representando a su cliente impondrá el débito de estipendios profesionales.

El objetivo que aquí se persigue es de orden práctico, nos proponemos generar un pequeño aporte de fácil acceso para "ambos lados de la barandilla" frente al reclamo del abogado litigante que persigue ya sea la determinación del quantum cuanto la ejecución de los honorarios que merece su labor profesional.

II. COMBO CORDOBÉS

La constelación normativa que sobre este tema se impone en nuestra provincia merece una breve sistematización y sin pretender agotar el universo de mentas, deberíamos atender a: (i) Constitución Nacional: Artículo 14 bis. (ii) LN. 27.348 - en particular: Art. 1 párrafos 1 y 2, Art. 2 párrafos séptimo, octavo y último, Arts. 2 y 4 del Anexo I. (iii) Resolución SRT N° 298/17 - en particular: Art. 5, 36 y 37. (iv) Ley Provincial 10.546 - en particular: Art. 2 incs. g) y h). (v) Ley Provincial 9.459 Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba - en particular: Arts. 6, 30, 31, 33, 39, 100, y todo el Título III comprendido entre los Arts. 108 a 123. (vi) Ley Provincial 7.987 (Código Procesal del Trabajo) y sus reformas - en particular: Arts. 1, 4 inc. 7, 31, 68 inc. 5 y 71 a 74.

III. DERECHO A PERCIBIR HONORARIOS

Evitaremos reiteraciones a lo expuesto al introducir el tema, mas se impone destacar que conforme mandas constitucionales todo trabajador (en este caso el letrado en ejercicio de su oficio) tiene derecho a una remuneración justa y de acuerdo al Código Arancelario y al Art. 1322 del CCCN, toda actividad profesional *se presume onerosa*.

El Art. 37 de la Res. 298/17 indica que el actuar del abogado patrocinando a un trabajador siniestrado o sus derechohabientes frente a la Comisión Médica generará honorarios en tanto se curse uno de los procedimientos establecidos por la *Ley Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo* (LN. 27.348), estimamos que esta disposición no es excluyente, por cuanto - conforme se señalara anteriormente - toda labor del profesional del derecho generará estipendios a su favor, sin importar en qué tipo de procedimiento se haya actuado (tema sobre el que se profundizará luego al analizar el incidente regulatorio).

Teniendo por seguro que los "letrados pertenecientes al Servicio de Patrocinio gratuito" quedan excluidos en la percepción de honorarios, el debate se suscita en torno a la doble requisitoria que este artículo impone a los abogados de la matrícula para acceder a los suyos: Primero, que la actuación resultare *oficiosa* y luego el *reconocimiento total o parcial* de la pretensión esgrimida por su cliente. Lo que en nuestra provincia parece haber pasado inadvertido no lo ha sido tanto en la vecina Mendoza, donde la Suprema Corte de Justicia en autos "LINCHETA" (Sentencia del 7/9/21) se pronunció concluyendo: "1) Por el patrocinio letrado ejercido en favor del trabajador damnificado en el ámbito del trabajo, el abogado particular tiene derecho a la retribución por el control jurídico técnico ejercido en interés del trabajador en el trámite por ante la CMJ; 2) Dicha retribución debe ser abonada por la



ART o EA si la labor profesional ha sido oficiosa y se ha admitido total o parcialmente la incapacidad; 3) Un dictamen denegatorio de incapacidad determina la exclusión del sistema previsto por la Res. 298/017 a la que remite también la Ley 9017 [sic. ídem 10.456 Córdoba] y la remisión a la aplicación de las reglas generales de determinación y pago de honorarios esto es, disposiciones del contrato de locación de servicios por las cuales el comitente, trabajador con dictamen denegatorio, debe soportar dichos gastos, calculados conforme normas arancelarias locales...” Esta posición ha cosechado por igual críticas² y elogios³, lo que nos obliga a adoptar una postura.

En este orden de ideas y salvando algunas excepciones que luego serán materia de especial atención, compartimos la posición de la Corte Mendocina, distinguiendo por un lado el derecho a percibir los honorarios y por el otro el obligado al pago. Lo primero nace de la actividad desplegada por el profesional del derecho que asume una “obligación de medios” debiendo desdoblarse todo su conocimiento y pericia en la representación del interés de su cliente (oficiosidad). En segundo lugar, el principio objetivo de la derrota indica que las aseguradoras, empleadores autoasegurados o no asegurados asumirán el pago de los honorarios del abogado del trabajador en tanto la pretensión de este último haya sido reconocida en sede administrativa. Aún frente a la inexistencia de la regulación impuesta por el Art. 37 de la Res. 298, insistimos, los principios de orden procesal y sustancial que venimos señalando habilitarán al letrado a perseguir el cobro de sus honorarios.

² NATALE, Mariano. *Apuntes prácticos para un proceso por regulación y cobro de honorarios por actuación ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales*. RC D 23/2022.

³ DE ARCE, Clarisa. *Honorarios del abogado por actuación inoficiosa y/o sin éxito ante las Comisiones Médicas*. RC D 637/2021.

IV. LA COMPETENCIA MATERIAL

La Sala Civil del TSJ en autos “Mansilla Ingaramo JM c/ Gobierno de la Provincia - Abreviado - Regulación de Honorarios - Expte. 9348899” ejerciendo su función nomofiláctica (Art. 383 inc. 3 CPCC) ha saldado la disputa que se advertía entre la primera instancia civil y laboral a la hora de avocarse a planteamientos de la órbita que nos convocan.

En el Auto N° 80 del 28/4/22 sostiene nuestro Címero Provincial que “...Se observa entonces que los intereses y derechos por los que el profesional abogó -como ya se insinuara- encuentran una vía específica para su protección. En aval del aserto, adquiere particular relevancia destacar que los estipendios de que se trata provienen de la actuación extrajudicial del letrado dentro de un proceso administrativo impuesto por la Ley n.º 27.348, que en su art. 1º prescribe que los honorarios profesionales que correspondan por patrocinio letrado y demás gastos en que incurra el trabajador a consecuencia de su participación ante las comisiones médicas estarán a cargo de la respectiva Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART)...” y luego, a partir del Art. 37 Res. 298/17 y del Art. 2 inc. H de la LP. 10.456 continúa afirmando “...que los gajes devengados en la sustanciación de dicho procedimiento revisten carácter accesorio del reclamo -de derecho del trabajo- ventilado ante la autoridad administrativa-laboral en la etapa prejudicial obligatoria. Desde esa atalaya, tratándose de la retribución por la asistencia técnica brindada al trabajador durante el trámite previo que la ley especial impone agotar en defensa de derechos originados en una relación individual de trabajo, la demanda regulatoria formalizada por el abogado en relación al asesoramiento letrado que prestara en esa etapa

accede a la competencia del fuero especializado en la materia, en los términos que prevé el art. 4, inc. 7 de la ley n.º 7987. Ello así, en la férrea convicción de que dicha directiva procesal, en cuanto habilita a los Jueces de Conciliación y del Trabajo a conocer "...en el trámite incidental para la regulación de honorarios", debe ser entendida como asignación de competencia para los pedidos de regulación por actuaciones extrajudiciales o administrativas, si la labor profesional se vincula con el ámbito de la competencia material del art. 1, inc. 1, ib...".

Desde nuestra perspectiva, esta conclusión carece de sustento normativo en tanto la vinculación que se establece entre el abogado y quien se encuentra obligado al pago de sus honorarios es de tipo civil (no laboral) y por ende corresponde al juzgado con competencia en dicho fuero entender sobre estas peticiones. Así lo había sostenido la Fiscalía General en autos "Mansilla Ingaramo" y era la que por entonces había establecido la Sala Electoral del TSJ en autos "Cooperativa de Electricidad Obras y Servicios Públicos Ltda. Las Higueras c/ La Segunda ART – Ordinario - Cuestión de Competencia (Expte. N.º. 2781690)" a través de Auto N.º 28 de fecha 29/05/2018 donde se sostuvo que *"...el Derecho Procesal del trabajo posee como base una serie de principios (in dubio pro operario, impulso procesal de oficio, celeridad, entre otros) que no tendrían fundamento y, por ende, tampoco aplicación, de no existir esta parte más débil –que se pretende tutelar- en la relación jurídica. En este contexto, no surge de la demanda que haya una relación laboral entre las partes en conflicto que fundamente el emplazamiento de la competencia en el fuero del trabajo..."*.

Al comentar el Art. 109 del CA sostiene Calderón que *"... la ley no establece cuál es el tribunal competente para regular los honorarios por actuaciones... extrajudiciales (arts. 104-107 C.A.)... resulta competente en estos casos el juez de primera instancia en lo civil y comercial con competencia territorial en el lugar en que se desarrolló la tarea profesional. Esto así porque se trata de una acción tendiente al cobro de una obligación contractual..."*⁴ postura compartida por Ferrer⁵.

Siguiendo la pauta de *practicidad* perseguida en el presente, en tanto ambos fueros poseen canales idóneos (Art. 418 CPCC y Art. 31 CPT en el caso de procurarse un "incidente de regulación", Art. 517 CPCC y Art. 68 CPT en caso que se promueva acción en base a un título ejecutivo), toda vez que esta circunstancia es incapaz de provocar agravio al derecho de defensa de la demandada, existiendo avocamiento por parte de Juez civil o laboral, podrán sustanciarse las referidas pretensiones sin mayores inconvenientes.

⁴ CALDERON Maximiliano R., *Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba: Ley N.º 9459. Advocatus, Córdoba, 2017, pág. 461/462.*

⁵ FERRER Adan Luis, *Código arancelario comentado y anotado. Ley 9459. Alberoni Ediciones, Córdoba, 2010, pág. 262.*





V. DISTINGUIENDO ACCIONES

Partiendo de la base de que se ha obtenido un resultado favorable a la pretensión de trabajador (cliente) ante la Comisión Médica, a fin de procurar los honorarios de mentas proponemos, por razones de simple practicidad, distinguir entre procesos: A. De ejecución autónoma. B. De regulación autónoma. C. De regulación accesoria.

A). DE EJECUCIÓN AUTÓNOMA

Nos referimos a los procedimientos en donde los honorarios del letrado del trabajador han sido convenidos y no se han pagado una vez vencido el término legalmente dispuesto (Art. 13 párrafo 4º Res. 298/17). El itinerario lógico propuesto comienza por afirmar que el Acuerdo Homologado ante el SH de la CM dictado mediante *Resolución de Alcance Particular* reviste la calidad de instrumento público en los términos del Art. 296 CCCN. Ello así toda vez que el Art. 2 inc. "H" de la LP. 10.456 indica como condición infranqueable para que tal homologación suceda *el establecimiento e imposición del monto de honorarios*. Vale decir que, en el ámbito de la Provincia de Córdoba, el Titular del Servicio de Homologación de la SRT (Comisión Médica) – quien conforme Art. 26 Párrafo 5º de la Res. N° 298/17 es quien dicta el acto administrativo de homologación – debe verificar y constatar que en el acta de acuerdo se hayan establecido e impuesto los honorarios del letrado interviniente – lo que en la práctica ocurre como modelo *pro forma*–, bajo sanción de no homologar el acuerdo propuesto.

En tanto el Art. 2 de la LN 27.348 *in fine* otorga carácter de cosa juzgada administrativa a la resolución referida y esta subsume *de lege data* al acuerdo de honorarios, formando ambos un único acto administrativo que agota el procedimiento ante la CM, deben tenerse por cumplidos los requisitos del Art. 518 inc. 8 del CPCC así como los del Art. 68 inc. 6 del CPT (esto último en el caso de promover acción ante el fuero laboral). Los convenios habitualmente celebrados cuantifican los honorarios en un porcentual de la prestación principal, con lo que bastará promover demanda indicando expresamente el monto.

Sintetizando: si no se paga en tiempo y forma los honorarios convenidos en sede administrativa – al igual que ocurre con la prestación principal convenida – el letrado posee expedita la acción ejecutiva para hacerlos efectivos. Conforme lo señalado por el TSJ en "Mansilla Ingaramo" sugerimos transitar el andarivel procesal del Art. 68 y concordantes del CPT, acompañando en calidad de título ejecutivo constancias de acuerdo y resolución homologatoria emitida por la SRT.

B). DE REGULACIÓN AUTÓNOMA

Entendemos este cauce como el apto para cursar la mayoría de las acciones en procura de determinar el monto y hacer efectivos los honorarios de los letrados que patrocinan reclamos en el ámbito de la Comisión Médica, en tanto la pretensión principal entablada haya encontrado eco en una resolución de dicho organismo. Nos referimos a todo expediente administrativo ante SRT donde el letrado haya participado asesorando el requerimiento de un trabajador y la petición incoada haya sido aceptada. Habiéndose establecido jurisprudencialmente una pauta rectora en orden a la competencia laboral, las acciones que contemplamos en este apartado transitarán el procedimiento previsto por el Art. 31 de la ley adjetiva de este fuero más deberán observar las pautas ordenadas por los Arts. 108 a 123 del Código Arancelario.

En función de estos últimos, al momento de efectuar el requerimiento (acción) sugerimos atender especialmente:

- a. Art. 108: Especificar a quién debe imponerse el cargo de pago de los honorarios y en qué extensión de participación corresponde (v.gr. *se promueve la presente a fin de que se regulen honorarios cuyo cargo de pago deberá imponerse en su totalidad a ... ART S.A./ENÁ*).
- b. Art. 100: Indica con claridad que las actuaciones como las que nos ocupan *se regulan en la misma forma y bajo las mismas prescripciones que en los procesos ordinarios*. Entiende aquí Calderón que "... se trata de un supuesto de aplicación analógica (no supletoria), lo que permite al juez realizar adaptaciones suficientes para obtener una decisión justa y adecuada"⁶ y llegados a esta instancia se impone destacar que la regulación prevista por la Res. 298/17 y sus modificatorias asimilan en su totalidad la tramitación de la acción administrativa a la de una judicial: El letrado debe efectuar un estudio previo de la causa, acudir a la CM a promover la petición respetando los requisitos de admisibilidad impuestos so pena de archivo, ofrecer pruebas, asistir a juntas médicas, evacuar vistas de dictámenes médicos y letrados, recurrir, se encuentra sometido a plazos perentorios, entre tantas otras vicisitudes inherentes al proceso. Así las cosas, no se advierte un motivo de fuste que permita apartarnos de la imposición de este artículo en tanto establece asimilar lo acontecido en sede administrativa a un proceso sustanciado ante el Poder Judicial.
- c. Art. 114: Estimar la base y la regulación pretendida, bajo pena de inadmisibilidad de la demanda. Apuntando a una síntesis que aclare en medio de una reglamentación gordiana, atendiendo al primer requisito y en orden a determinar el *quantum* desde el que se partirá para establecer los honorarios (Arts. 31 y 32 CA), proponemos distinguir entre aquellos expedientes que concluyan haciendo lugar a una pretensión donde se haya establecido una suma líquida de las que



no lo hagan. Entre los primeros (v.gr. expedientes donde se haya determinado ILP, contemos con liquidación propuesta por SH y no se arribe a un acuerdo o bien cuando se conceda el pago de una ILT) no encontraremos mayores inconvenientes en tanto el valor surgirá de las mismas actuaciones. Ahora bien, frente a los segundos se impondrá indagar si la entidad de lo resuelto es susceptible de apreciación pecuniaria o esto se torna imposible. En tanto lo resuelto por la CM permita su cuantificación en dinero (prestaciones en especie: sesiones de fisioterapia, intervención quirúrgica) será menester que el letrado efectúe las averiguaciones previas que en el incidente le permitan – prueba mediante – demostrar la racionalidad de la base propuesta (a modo de ejemplo: informativa remitida a Colegio de Kinesiólogos y Fisioterapeutas). Ante la inexistencia absoluta de valores siquiera de referencia que nos permitan establecer el punto de partida para el cálculo de los honorarios pretendidos, es acorde acudir a los mínimos impuestos por el Art. 36 *in fine* y a los criterios del Art. 39 del CA.

No se ignoran los encendidos debates que esta última referencia suscita y aunque su extensión y profundidad excede en mucho el objeto del presente, estimamos conveniente reiterar lo previamente señalado en cuanto a la labor que insume para el letrado la tramitación de todo expediente ante la CM, enmarcado en una regulación procesal que lo asimila casi en su totalidad a un juicio *abreviado*, lo que nos permite concluir que de ninguna manera podrá vulnerarse el piso de quince (15) jus.

En cuanto a la *regulación pretendida*, siendo recomendable la determinación específica, numérica y en dinero de los honorarios perseguidos, superado el piso recientemente establecido, en aquellos casos donde encontramos una suma líquida o en los que ésta es susceptible de apreciación pecuniaria, el mínimo es establecido en un 10% por el Art. 2 inc. "H" de la LP. 10.456 mientras que el máximo invulnerable se impone en un 25% en virtud del Art. 36 del

6 CALDERON Maximiliano R., Código Arancelario ..., cit., pág. 423.



C.A. La determinación del porcentaje acorde – sin perjuicio de su proposición fundada y detallada en demanda – es discrecional para el magistrado, quien deberá exponer sus fundamentos conforme dispone el Art. 29, ponderando, como ya se señalara, las reglas cualitativas del Art. 39 del mismo cuerpo legal.

C). DE REGULACIÓN ACCESORIA

Advierte Ferrer⁷ una excepción a la regla que indica que las tareas del profesional en sede administrativa es anexa o preparatoria a las del juicio cuando la frustración de esta “...conduce a la promoción de litigio...” indicando que “... es procedente regular honorarios por los recursos administrativos, con independencia de los devengados en la ulterior acción judicial”. Calderón profundiza sobre esa línea y sostiene que el Art. 100 del C.A. “... alcanza a diferentes tipos de tareas en sede administrativa, ya que el segundo párrafo de la norma establece la regla de la autonomía regulatoria “en ambos casos”... Entonces quedan comprendidos los actos tendientes al agotamiento de la vía administrativa... y otros procesos administrativos previos al litigio”⁸.

Consideramos posible requerir la regulación de honorarios por las tareas desempeñadas en sede administrativa de manera accesoria al procedimiento ordinario (o declarativo abreviado) donde se sustancie la pretensión del trabajador y en función esta autonomía regulatoria que éstos sean determinados independientemente de los correspondientes por las labores del juicio, dentro de idénticos parámetros a los señalados en el precedente apartado.

Así lo entendió la Corte Mendocina en el precitado “Lincheta” donde se afirmó que los honorarios de los letrados patrocinantes de los trabajadores que

actúan ante las CMs deben regularse “... inclusive cuando en sede judicial se reconoce finalmente el derecho al trabajador reclamante pues ello integra los costos por el trámite íntegro que procura el reconocimiento de un infortunio laboral... el estipendio profesional deberá, en caso de sentencia judicial condenatoria de la ART o EA... incluirse en la liquidación judicial que del crédito del trabajador se realiza en la instancia jurisdiccional en el fuero laboral” concluyendo que “... el Tribunal Colegiado Laboral actuante podrá, a petición expresa del abogado particular interviniente, determinar los honorarios por la etapa administrativa previa obligatoria y pronunciarse sobre la imposición de dichas costas, que como accesorios íntegra, en caso de acogerse la pretensión del trabajador, la indemnización del siniestro...”

Esta idea también puede leerse en el precedente “Mansilla Ingaramo” emitido por la Sala Civil de nuestro TSJ en tanto expuso “... Piénsese que la casuística derivada de las gestiones administrativas ante las comisiones médicas informa la probabilidad cierta de que el procedimiento prosiga su curso ante la sede judicial laboral, en cuyo caso corresponde al tribunal interviniente justipreciar la tarea profesional llevada a cabo en la etapa previa, dada su íntima vinculación con la causa que la motiva. En tales supuestos, no cabría duda alguna acerca del vínculo de conexidad verificable entre el reclamo llevado adelante en aquella instancia y la causa judicial posterior por desconformidad con la decisión adoptada.”.

Siendo así, en consonancia con las directrices impuestas por el Art. 37 de la Res. 298/07, si ante la instancia judicial se alcanza el reconocimiento total o parcial de la pretensión del trabajador, frente a la petición del letrado, corresponde se regulen sus honorarios por la labor profesional que desplegó en sede administrativa como rubro independiente dentro de la liquidación final del juicio. Conforme lo sostenido hasta aquí, huelga señalar la más absoluta insuficiencia de la disposición contenida en el Art. 104 inc. 5 en orden a establecer un parámetro al que atender sobre este punto.

7 FERRER Adan Luis, Código arancelario cit., pág. 241.

8 CALDERON Maximiliano R., Código Arancelario cit., pág. 423.

VI. PRESCRIPCIÓN

Toda vez que no existe una norma específica sobre la materia, corresponde acudir al Art. 2560 del CCCN que indica un plazo de prescripción genérico de cinco años para promover las acciones bajo estudio. En cuanto a la fecha de inicio de cómputo de tal término, indica Calderón⁹ que *“para que corra el plazo de prescripción, es necesario que el proceso haya concluido, haya intervenido el profesional hasta su conclusión o se haya apartado antes...”* todas estas circunstancias en las que el profesional deberá poner especial atención tomando en consideración la simpleza con la que el procedimiento ante la CM permite la sustitución de los letrados que patrocinan a trabajadores. Continúa el autor al comentar el Art. 109 del C.A. que *“... es indudable su aplicación a los honorarios por trabajos en procedimientos administrativos, en cuyo caso también existe una tarea prestada en un trámite cuya conclusión marca el dies a quo de la prescripción”*. Habrá que verificar entonces qué procedimiento se ha entablado ante la SRT, cuál es la resolución administrativa que le da término (Dictamen, Disposición Conjunta), a quién y cómo ha sido notificado para dar inicio al cómputo de plazo extintivo.

⁹ CALDERON Maximiliano R., Código Arancelario cit., pág. 457.

VII. CONCLUSIÓN

Esperamos que este trabajo brinde a los letrados que desarrollan sus labores dentro del sistema de la LRT herramientas prácticas en procura de lograr el digno reconocimiento de su labor profesional por su actuar ante las Comisiones Médicas, al tiempo que genere en la magistratura un cuestionamiento hábil para conmovir ciertas posturas estancas sobre la materia propuesta.





Esteban Corti¹

El Procedimiento de Resolución de **CONFLICTOS DEL SISTEMA DE RIESGOS DEL TRABAJO Y EL CAPITULO “POGONZA”**

La independencia
de los médicos y el
acceso a la justicia



¹ Abogado (UBA). Mención de Honor (UBA). Experto Universitario en Derecho del Trabajo (Universidad Internacional de Andalucía). Auxiliar docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cátedra Dr. Miguel Ángel Maza. Integrante de la Sección Jóvenes Juristas de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social- sección Buenos Aires.

RESUMEN:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s/ accidente – ley especial”, determinó la constitucionalidad de la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas regulada por la ley 27348.

El objetivo del presente es realizar un breve repaso histórico destacando los acontecimientos que afectaron al procedimiento de resolución de conflictos creado por la ley de riesgos del trabajo e identificar las modificaciones creadas por la ley 27348. Para luego, reflexionar sobre los fundamentos dados por la CSJN en la causa “Pogonza” haciendo hincapié en la independencia del órgano administrativo y el acceso a la justicia.

I. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO (24557)

A). LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

El proceso de resolución de conflictos, creado por la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), generó desde su origen cuestionamientos por parte de la doctrina. Dicha norma, dispuso en su artículo 21, que un órgano administrativo tiene la función de dirimir los conflictos que se produzcan entre los damnificados y los encargados de otorgar las prestaciones del sistema. Tal norma, aún vigente, determina que:

“Las comisiones médicas y la comisión médica central creada por la ley 24241 (artículo 51) serán las encargadas de determinar: a) La naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad; b) El carácter y grado de la incapacidad; c) El contenido y alcances de las prestaciones en especie. Estas comisiones podrán, asimismo, revisar el tipo, carácter y grado de la incapacidad, y -en las materias de su competencia- resolver cualquier discrepancia que pudiera surgir entre la ART y el damnificado o sus derechohabientes...”

La composición de las comisiones médicas y el proceso de selección de sus integrantes son reguladas por el artículo 50 de la LRT en cuanto establece:

“Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central estarán integradas por cinco (5) médicos que serán designados: tres (3) por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y, dos (2) por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, los que serán seleccionados por concurso público de oposición y antecedentes. Contarán con la colaboración de personal profesional, técnico y administrativo.”

Los médicos que integran las comisiones médicas son contratados por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT) mediante concurso público lo que recepta la CSJN en el fallo “Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s accidente – ley especial” (considerando 8 párrafo 4):

“Los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas se eligen por concurso público de oposición y antecedentes conforme al orden de mérito obtenido, y deben contar con título médico expedido por una universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente (art. 50 de la ley 24.557, resolución SRT 45/2018).”

La relación contractual, entre los integrantes de las comisiones médicas y la SRT, se rige por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) de acuerdo a lo regulado por el artículo 38.3 de la LRT. Por lo tanto, los profesionales de la salud carecen de estabilidad en el empleo y pueden ser despedidos por la SRT sin expresión de justa causa.

B). EL ACCESO A LA JUSTICIA

Señala Miguel Ángel Maza² que la instancia ante las comisiones médicas constituye un desvío de la competencia natural de la justicia del trabajo hacia tribunales administrativos postergando el acceso a la justicia a los trabajadores y derechohabientes.

La LRT, en el artículo 46 de su texto original, determinó que lo resuelto por las comisiones médicas podía ser recurrible ante los jueces federales cuyas decisiones eran apelables ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.

II. LAS CRÍTICAS DE LA DOCTRINA AL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CREADO POR LA LRT. EL FALLO “CASTILLO ÁNGEL C/ CERÁMICA ALBERDI SA”

El procedimiento de resolución de conflictos fue cuestionado desde su origen. Dentro de las principales críticas³esgrimidas por la doctrina se destacan: la falta de capacidad de los médicos para resolver conflictos jurídicos, la no estabilidad en el empleo de los integrantes de las comisiones médicas y la

² MAZA Miguel Ángel “Constitucionalidad de la competencia asignada a las comisiones médicas” en Rubinzal. *Culzoni Revista de Derecho Laboral* 2021-2

³ ACKERMAN, Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo VI-A Riesgos del Trabajo. Pág. 320 y ss.



vía creada para acceder a la revisión judicial dando intervención al fuero federal en desmedro a las facultades no delegadas a la Estado federal por los Estados provinciales.

El último de los cuestionamientos a la constitucionalidad del procedimiento fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Castillo⁴:

“...5°) Que, por ende, no es constitucionalmente aceptable que la Nación pueda, al reglamentar materias que son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el citado art. 75, inc. 12. Lo contrario implicaría tanto como reconocer que las pautas limitativas que fija la Constitución Nacional cuando se trata de derecho común, referentes a la no alteración de las jurisdicciones locales y a la aplicación de esas leyes por los tribunales de provincias si las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, pueden ser obviadas por la sola voluntad del legislador (Fallos: 271:206, 209, considerando 4°).

A todo evento, las excepciones a tan terminante regla están rigurosamente condicionadas a que los efectos de esta alteración “han de ser tenidos por válidos, siempre que la intención de producirla sea inequívoca y no se apoye en el mero arbitrio del legislador, sino en necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad” (Fallos: 248:781, 782/783, considerandos 1° y 2°; 300:1159, 1161/1162, considerando 3°, y 302:1209, 1214, considerando 2° y 1552, 1557, considerando 5°)...”

Surge del considerando transcrito que la CSJN resolvió decretar inconstitucional el proceso creado por la ley 24557 en cuanto establece la intervención de la justicia federal en la resolución de conflictos que son propias del fuero común.

Tal situación determinó que, en la práctica procesal, los damnificados no deban transitar en forma obligatoria las comisiones médicas y accedan a la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial.

III. LA LEY 27348 COMPLEMENTARIA DE LA LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO

Desde el dictado del fallo Castillo en el año 2004 y hasta el día 24 de febrero de 2017 no se modificó el artículo 46.1 de la LRT que habilitaba la intervención del fuero federal y que fuera declarado inconstitucional en aquella sentencia.

La ley 26773 dictada en octubre de 2012 que se titula “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” no modificó el procedimiento ante las comisiones médicas y su vía recursiva ante la justicia federal lo que mantuvo la inconstitucionalidad señalada.

Con el objetivo de subsanar la inconstitucionalidad declarada por la CSJN en la causa “Castillo” y a fin de restablecer la obligatoriedad en los hechos del paso por las comisiones médicas, la ley 27348 modificó el acceso a la justicia luego del tránsito por el órgano administrativo.

El artículo 1 ratificó que la actuación de las comisiones médicas constituye una instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención.

El artículo 2 modificó el acceso a la justicia al establecer la facultad del trabajador a interponer un recurso contra lo dispuesto por la comisión médica ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial.

El artículo 4 invitó a las provincias a adherir al procedimiento lo que determina la delegación a la jurisdicción administrativa nacional de las competencias necesarias para regular la instancia ante las comisiones médicas que son organismos de carácter federal.

⁴ CSJN, 07/09/2004, autos Castillo, Ángel Santos c Cerámica Alberdi S. A.

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 27348. EL FALLO POGONZA

La ley 27348 mantiene el procedimiento de resolución de conflictos creado por la LRT (lo que implica el paso previo y obligatorio ante un órgano administrativo que son las comisiones médicas). A fin de subsanar la inconstitucionalidad declarada por la CSJN en Castillo, la norma modifica el acceso a la justicia dando intervención a los tribunales ordinarios y exigiendo para su aplicación la adhesión de los Estados provinciales.

Con respecto a la adhesión provincial, y sin perjuicio de no ser objeto de análisis en este trabajo por no ser discutido en la causa Pogonza, es importante remarcar que Machado⁵ con claros fundamentos señalo que las provincias no pueden abdicar por ley ordinaria una facultad que les reservó la Constitución Nacional.

La norma en análisis ratifica la decisión del legislador de conferir, a órganos de la administración, competencia para dirimir controversias entre los damnificados y los encargados de otorgar las prestaciones del sistema, y establecer el acceso a la justicia a través de un recurso. La constitucionalidad de la delegación de competencia judicial a favor de las comisiones médicas fue cuestionada ante la justicia.

El día 2 de septiembre de 2021 al resolver la causa “Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s/ accidente – ley especial”, la CSJN recordó:

“Que en nuestro país existe una larga tradición legislativa en virtud de la cual se le han conferido a órganos de la administración competencias para dirimir controversias entre particulares sobre diversos temas”.

Y, siguiendo lo resuelto en la causa “Ángel Estrada”⁷, afirmó que los cuatro requisitos que debe cumplir el sistema de resolución de controversia a cargo de un órgano de la administración son:

- 1). La decisión administrativa que dirime un conflicto entre particulares debe estar sujeta a un control judicial amplio y suficiente.
- 2). Los organismos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley.
- 3). Independencia e imparcialidad del órgano.
- 4). Razonabilidad del objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y restringir, así, la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia

⁵ MACHADO, José Daniel. *Las provincias no pueden abdicar por ley ordinaria a una facultad que reservó la Constitución Nacional*. Cita: RC D 655/2017

⁶ ACKERMAN, Mario E. *Pogonza: A la previsibilidad del núcleo de su decisión la Corte parece sumar la mutación del recurso en acción*. Cita: RC D 619/2021

⁷ CSJN, 05/04/2005, Ángel Estrada y Cia. S.A. c/ Resol. 71/96 – Sec. Ener y Puertos (Expte. Nro.) 750-002119/96=.





La CSJN concluyó que el sistema de controversias creado por la ley 24557, y modificado por la ley 27348, cumple con todos los recaudos mencionados.

De los propios fundamentos expuestos por la CSJN, para arribar a la constitucionalidad del procedimiento, surgen algunos interrogantes sobre el cumplimiento de dos de los recaudos exigidos.

1). INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO

En la causa Pogonza, la CSJN expresa que se encuentra garantizada la independencia de las comisiones médicas. Destaca que los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas se eligen por concurso público de oposición y antecedentes. Asimismo expresa que los secretarios técnicos letrados, quienes emiten un dictamen jurídico previo cuando se encuentre controvertida la naturaleza laboral del accidente, solo pueden ser desvinculados con fundamento en una grave causal debidamente acreditada.

La sentencia omite palmariamente analizar la estabilidad en el empleo de los médicos que integran las comisiones médicas. Y tal omisión resulta más evidente cuando la CSJN destaca el régimen de estabilidad en el empleo de los secretarios letrados cuyos dictámenes son no vinculantes.

Se recuerda que la relación contractual entre los integrantes de las comisiones médicas y la SRT se rige por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) -de acuerdo a lo regulado por el artículo 38.3 de la LRT-. Por lo tanto, los profesionales de la salud carecen de estabilidad en el empleo y pueden ser despedidos sin expresión de justa causa.

Machado afirma que⁸ la independencia del órgano es lo más frágil del sistema en cuestión. Y citando a Devis Echandía: “El principio de independencia rechaza toda coacción sobre el juez en el ejercicio de sus funciones. Un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de derecho. También requiere este principio que las personas encargadas de administrar justicia sean funcionarios oficiales con sueldos pagados por el Estado”.

De modo que los médicos integrantes de las comisiones médicas carecen de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, no tienen la independencia propia de los jueces que consiste precisamente en que su duración en el cargo no dependa de la voluntad de sus superiores.

⁸ MACHADO, José Daniel. *Las provincias no pueden abdicar por ley ordinaria a una facultad que reservó la Constitución Nacional. Cita: RC D 655/2017*

2). EL CONTROL JUDICIAL AMPLIO Y SUFICIENTE

La sentencia en análisis afirma que la ley 27348 cumple con las exigencias fijadas en la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial.

El Tribunal para justificar la constitucionalidad de la norma expresa que “La norma instituye una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente y que permite la revisión del acto por parte de un tribunal que actúa con plena jurisdicción a fin de ejercer el control judicial suficiente y adecuado que cumpla con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional”.

Ackerman⁹ expresa que la CSJN produce un cambio conceptual y jurídico categórico para calificar el acto procesal de revisión creado por la ley 27348 en una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente.

V. CONCLUSIONES

Los fundamentos expuestos por la CSJN en la causa Pogonza originan algunas reflexiones.

La sentencia omite referirse al sistema de estabilidad que regula a la relación contractual de los médicos que cumplen funciones de jueces como integrantes de las comisiones médicas. Tal silencio

aturde cuando se destaca la estabilidad del empleo de los secretarios letrados sin ni siquiera mencionar el régimen de empleo de los profesionales en la salud.

El Tribunal, en exceso de su competencia, modifica el recurso creado por la ley 27348 y lo denomina acción. Dicha decisión jurídicamente errónea por suplir la tarea del legislador, parece dar una orden a los tribunales inferiores que deviene en la apertura de los recursos y el sorteo de un perito médico. Lo expuesto resulta aplicable en la Justicia Nacional ya que los Estados provinciales, al adherir en los términos del artículo 4 de la ley, establecieron una acción laboral ordinaria de revisión.

En síntesis, la Corte Federal decidió convalidar el régimen de resolución de conflictos creado por la ley 24557, y modificado por la ley 27348, sin seguir los claros recaudos que establece el precedente “Ángel Estrada”.

Y tal decisión determina que los damnificados por infortunios laborales deban transitar en forma obligatoria y excluyente por una instancia administrativa a cargo de médicos sin estabilidad en su cargo y cuya decisión es revisable por la justicia a través de un recurso concedido en relación y con efecto suspensivo.

El reproche jurídico a lo resuelto por la CSJN no quita que estemos ante una decisión política pragmática que tenga como objeto la resolución -previo acceso a la justicia- de un gran número de controversias. Sin dejar de advertir la gravedad que implica que el Máximo Tribunal justifique sus sentencias dando prioridad a cuestiones prácticas sobre las normas constitucionales en pugna.

⁹ ACKERMAN, Mario E. Pogonza: A la previsibilidad del núcleo de su decisión la Corte parece sumar la mutación del recurso en acción. Cita: RC D 619/2021





María Julia Foddanu¹

REVOLUCIÓN DIGITAL Y PRECARIZACIÓN LABORAL:

El caso de los
trabajadores
“a pedido”
mediante
plataformas
digitales



I. INTRODUCCIÓN

La primera revolución industrial marcó el paso de la producción manual a la mecanizada con la máquina de vapor a finales del siglo XVIII en Inglaterra. La segunda revolución industrial se producirá un siglo más tarde con el descubrimiento de la electricidad y el desarrollo de la producción en cadena. A mediados del siglo XX se inicia la tercera revolución industrial con la electrónica y las tecnologías de información y comunicaciones. Esta vez no se trata de la aplicación a la industria de nuevas tecnologías, sino de la confluencia de ellas. El auge de la cuarta revolución industrial representa un cambio de paradigma que repercute en la forma que vivimos y nos relacionamos.

El mundo del trabajo no resulta ajeno a ello, mientras que algunas actividades laborales se flexibilizan o quedan obsoletas también nacen nuevas formas del trabajo, “nuevas” fundamentalmente cuando las comparamos con las formas de empleo que podemos caracterizar como tradicionales y netamente dominantes hasta los últimos años. Así, el empleo estable por tiempo indefinido a jornada completa y fuertemente regulado tanto por las acciones legales y normativas, como por medio de la acción colectiva, viene perdiendo fuerza a favor de otras formas de empleo en las que alguna de esas características se transforma sustancialmente.

Una de las categorías que integra estas “nuevas formas de trabajo” se encuentra compuesta por aquellos trabajadores que mediante el uso de plataformas digitales ejecutan los servicios de mensajería y la entrega de productos a domicilio -usualmente conocidos como repartidores, delivery o riders-, cuya situación laboral será analizada en el presente artículo.

II. ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

Se denomina plataformas digitales a las “redes o plataformas informáticas que sirven para intermediar y coordinar la transacción de bienes o servicios en el mercado a través de algoritmos informáticos”².

Los algoritmos informáticos, en términos simples, son fórmulas matemáticas que permiten la ejecución de un conjunto de órdenes para realizar determinadas operaciones.

Según la Comisión Mundial para el futuro del trabajo creada por la OIT en agosto de 2017, la “economía de plataformas” surgió a principios de la década de 2000 en paralelo con la expansión de internet, ofreciendo oportunidades para la producción y prestación de una variedad de servicios que se proporcionan a través de mercados (plataformas) en línea.

Si bien la Comisión advierte que las plataformas digitales de trabajo adoptan distintas formas, considera que es útil distinguir entre el “trabajo colaborativo” que se refiere habitualmente a actividades o servicios que se realizan en línea, independientemente de la ubicación y el “trabajo a pedido a través de aplicaciones” que se refiere a actividades físicas o servicios que se realizan localmente.

Los repartidores son un clásico sector del “trabajo a pedido a través de aplicaciones”, tienen una alta visibilidad social ya que su actividad implica que circulen constantemente en la vía pública; cargando sus mochilas y cajas de colores con mercadería, comida preparada, bebida, remedios, entre otros.

En nuestro país las principales plataformas de mensajería y entrega de productos a domicilio son PedidosYa, Rappi, y Treggo.

III. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LOS REPARTIDORES

El conjunto de normas que rige la actividad de los repartidores en general no es igual en todos los casos. Es importante establecer algunas diferencias fundamentales.

En primer lugar se encuentran *los repartidores que entregan productos a domicilio y se dedican al servicio de mensajería*, pero no prestan estos servicios a través de las plataformas digitales. Estos trabajadores se rigen por la ley de contrato de trabajo y las restantes normas laborales que tutelan a los empleados en relación de dependencia. Es decir, cuentan con la protección laboral típica de un trabajador subordinado. Asimismo, gozan de representación sindical a través de la Asociación Sindical de Motociclistas, Mensajeros y Servicios, en adelante ASIMM. La ASIMM celebró la convención colectiva de trabajo 722/2015 con la representación empresarial del sector. En dicha convención se establecen regulaciones específicas, ajustadas al trabajo en la vía pública, e incluye a todo trabajador mensajero que realice sus tareas utilizando como herramienta de trabajo una moto, triciclo, ciclomotor, cuatriciclo, bicicleta y/o todo vehículo de dos ruedas y que realice gestiones, entrega y retiro de sustancias alimenticias, elementos variados de pequeña y mediana paquetería, en un plazo menor a las 24 horas.

En segundo lugar se encuentran *los repartidores que prestan el servicio de delivery como dependientes de un establecimiento gastronómico*. En estos casos se rigen por la convención colectiva de trabajo N° 389/2004 complementada por la ley de contrato de trabajo. Su representación colectiva responde al sindicato con actuación en el ámbito de esta actividad, la Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina.

² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de los riesgos laborales*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, 2018, pag. 45.



Por último, se encuentran los repartidores que entregan productos a domicilio y prestan el servicio de mensajería a través de plataformas digitales. Las plataformas utilizan mayoritariamente la modalidad de trabajo independiente para definir la relación con los trabajadores. En Argentina, quienes trabajan de forma independiente pueden optar entre dos regímenes, que dependen principalmente de su nivel de ingresos: el régimen general y el simplificado (monotributo). Estas regulaciones específicas para el trabajo independiente son muy desiguales en términos de beneficios y cobertura de la seguridad social respecto de los trabajadores en relación de dependencia. Si bien resultan opciones relevantes para incluir a estos trabajadores en los sistemas de salud y previsional (es decir, el sistema de jubilaciones y pensiones), el nivel de prestaciones que brindan es muy bajo³.

Cabe destacar que en el inicio de sus actividades en nuestro país, la empresa PedidosYa utilizaba exclusivamente la modalidad de contrato de trabajo dependiente. Sin embargo, en virtud de que otras plataformas obtenían la misma prestación a través de sujetos considerados independientes, a partir de comienzos de 2019, PedidosYa también comenzó a utilizar esta última modalidad simplificando la contratación y generando menores costos.

A modo de referencia escueta por la extensión del presente artículo, la conocida empresa denominada “Rappi” se define en su página web como administradora de la plataforma virtual para dispositivos móviles que “facilita la vinculación entre personas humanas que se desempeñan como cadetes/repartidores independientes “Rappitenderos” y personas humanas y/o jurídicas que requieren del servicio de cadetería. Igualmente aclara que “El servicio a ser prestado por los Rappitenderos a los consumidores se denomina “Servicio de Cadetería”, ejecutado a través de un contrato de mandato, donde el Rappitendero actúa como mandatario y el consumidor se constituye como mandante en dicha relación. La Plataforma únicamente constituye un mecanismo de intermediación entre Rappitenderos, y consumidores. Asimismo, los

rappitenderos reconocen que RAPPI no presta servicios de cadetería, mensajería, transporte ni logística. Bajo ninguna circunstancia los Rappitenderos serán considerados empleados de RAPPI ni de ninguno de sus afiliados. Los Rappitenderos prestan el Servicio de Cadetería por cuenta y riesgo propios y liberan a RAPPI de cualquier responsabilidad que pudiera surgir durante la prestación del mismo”⁴.

Así, las plataformas digitales se conciben como simples intermediarias entre tres usuarios: consumidor, repartidor y comercio. Los tres usuarios pagan por el uso de la plataforma. Afirman que no operan en un sector específico como es la mensajería y entrega de productos a domicilio, sino que integran un amplísimo espacio de las empresas tecnológicas.

Por esta razón, para que se les reconozca el carácter de trabajadores dependientes los riders deben iniciar las acciones judiciales pertinentes en los tribunales ordinarios.

IV. EL ACCESO A LA PLATAFORMA Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN

El acceso de los aspirantes a repartidores inicia llenando un formulario con datos básicos en la página web de las empresas, para luego ser convocados a una reunión de capacitación informativa virtual o presencial donde se lo asesorará en todo lo relativo al uso de la plataforma.

En general, los requisitos para ser repartidor en plataformas digitales son: ser mayor de 18 años, tener DNI argentino, pasaporte o certificado de residencia precaria, poseer moto o auto (con licencia de con-

³ LOPEZ MOURELO, Elva. “El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Argentina: Análisis y recomendaciones de política” Buenos Aires: Oficina de país de la OIT para Argentina, 2020, pág. 25. ISBN 9789220327937 (impreso) ISBN 9789220327920 (pdf web)

⁴ Disponible en: <https://soyrappi.ar/terminios-y-condiciones/>. Fecha de consulta: 22/04/2022.

ducir, cédula y seguro vigentes) o bicicleta. Los gastos por mantenimiento, combustible, y elementos de seguridad del vehículo son a cargo del trabajador.

También el rider tiene que contar con un teléfono celular cuyo sistema operativo sea compatible con la aplicación (Android o iOS) y le posibilite conectarse a internet. El costo del plan de datos móviles es a su cargo.

Por último debe estar inscripto en el monotributo y tener cuenta bancaria su nombre. Si no cuenta con estos últimos dos requisitos, la empresa facilita la realización de los trámites administrativos pertinentes durante el proceso de alta en la plataforma.

La cuenta de cada repartidor en la aplicación es personal e intransferible. Como son geolocalizados, la plataforma y el consumidor conocen con exactitud en qué momento los repartidores arriban a un comercio, cuándo salen de allí, cuánto tiempo van a demorar hasta entregar el producto y, en general, todo dato vinculado al repartidor, a la demora o no de los comercios, a los traslados y al consumidor que aguarda la entrega⁵.

El sistema de control y supervisión que utilizan las plataformas otorga al consumidor y a la empresa proveedora de los productos (es decir, el restaurante u otro negocio) la capacidad de calificar a la persona que presta el servicio. El puntaje se obtiene como resultado de distintas variantes como finalizar entregas exitosas, las tasas de cancelación, la participación en horas punta, la antigüedad, el número de entregas y la velocidad de entrega.

Los trabajadores tienen libertad para rechazar o aceptar los pedidos, pero, si lo rechazan, en algunos casos la aplicación les requiere que exprese los motivos y los evalúa. Asimismo, si no trabajan los días y horarios de alta demanda, van perdiendo puntos o se les rebaja la categoría. Una mayor cantidad de días trabajados y de pedidos realizados significan mayor número de puntos adquiridos y un aumento de posición en el ranking. En algunas plataformas, de los puntos depende la cantidad de días y horas que se puede trabajar la semana siguiente y obtener algunos beneficios, como indumentaria, equipos de trabajo o acceder a ciertas clases de pedidos.

La asignación, evaluación y gestión algorítmicas de las tareas tienen enormes consecuencias para los trabajadores, que pueden no tener acceso a un mecanismo justo de resolución de conflictos a la hora de rebatir o apelar lo que consideren un rechazo injustificado de su trabajo o una mala calificación.

Son sancionados por diversas causas. Una de estas es, generalmente, por rechazar más de un pedido o demorar su entrega más de lo previsto. Se los puede castigar bajándolos en el ranking, bloqueándolos temporalmente y otras veces directamente se los bloquea definitivamente, cancelándoles la aplicación. En otras palabras, se los despide a través de este medio de forma discrecional y sin invocación de causa.

⁵ Litterio, Lilitiana Hebe "Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo" ¿De la informatización al informalismo? La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2020, pág. 102





Los riders no gozan de vacaciones pagas, licencias por enfermedad inculpable, ni de otras licencias. Además, no se les reconoce el derecho al salario mínimo ni perciben el sueldo anual complementario.

Por supuesto que los repartidores corren riesgos, todo el tiempo. Los más frecuentes son los accidentes en la calle y los robos del medio de locomoción, la mercadería y el dinero que portan. Generalmente sólo cuentan con seguro de vida y de responsabilidad civil por daños a terceros durante el ejercicio del trabajo.

V. ¿ES POSIBLE CONSIDERAR A LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES COMO DEPENDIENTES?

Si analizamos las notas características de la dependencia laboral en las relaciones de los repartidores a pedido con las plataformas digitales podemos afirmar que se trata de una relación subordinada. Así lo reconocen muchas sentencias internacionales⁶ y algunas locales⁷.

Estas notas serán analizadas desde el punto de vista de la dependencia económica, jurídica y técnica, según los elementos constitutivos que se verifican en la construcción del clásico concepto de trabajador⁸.

Con respecto a la dependencia económica, la mayoría de los trabajadores quedeseempeñan este tipo de actividad necesitan de su remuneración para poder vivir. No se trata de trabajadores que tienen un empleo principal y se dedican en sus ratos libres al reparto para generar ingresos extras como lo plantean las páginas web de las plataformas que invitan a ser repartidor.

Otro aspecto relevante de la dependencia económica es que si los repartidores se desvincularan de la plataforma a la que se hallan sujetos, no podrían llevar adelante la actividad que realizan utilizando sus propios medios. Es decir, los clientes son de la plataforma y de la marca que vende la plataforma, a la cual el repartidor es ajeno. La aplicación consigue los clientes, no el repartidor. El medio de producción es la plataforma. En consecuencia, como no son los “dueños” de la plataforma, son ajenos al principal medio de producción (sin perjuicio de que aporten un vehículo y un teléfono), a los frutos del servicio que prestan para una marca determinada y a los riesgos de esa empresa.

6 A modo de ejemplo en “Jose Enrique c. ROOFOODS SPAIN S.L.” Juzgado de lo Social de Valencia N° 6. Sentencia 244/2018; “DynamexOperations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County” Sentencia N° S222732 del 30/04/2018.

7 “Ministerio de Trabajo c/ RappiArg S.A.S. S/ Apelacion De Resolucion Administrativa” Tribunal De Trabajo Nro 2. La Plata, Buenos Aires, 29/09/2021. Disponible en: www.sajj.gob.ar.

8 Cfr. BRONSTIEN Arturo, “Retos actuales del derecho del trabajo”, DT 2005 (octubre), 1367.

Por último, la dependencia económica se manifiesta en la fijación unilateral de los precios y las tarifas pagadas al repartidor, así como también en la posibilidad de modificarlas unilateralmente y sin que deba mediar conformidad de quien realiza el servicio. Es la plataforma digital la que realiza todas las gestiones relativas a las cobranzas y los pagos. También es ésta la que determina la modalidad del régimen simplificado para pequeños contribuyentes que importa la expedición de facturas a favor de quien la aplicación indique, por los montos y con la periodicidad que esta estipule.

En lo que concierne a la dependencia jurídica y técnica es la empresa la que crea, controla, administra y mantiene la plataforma, a través de la cual se conecta con los trabajadores, con los consumidores y con los comercios.

La empresa da las órdenes que los riders deben cumplir -aunque a veces las presenta como recomendaciones o sugerencias- pues, si no lo hacen, son bloqueados, temporal o definitivamente, es decir, suspendidos o despedidos. Los usuarios y consumidores califican a los repartidores, y eso genera la conocida "reputación" online, sistema que permite su evaluación permanente. De esta forma se controla el desempeño del trabajador. Se ejerce igual la facultad disciplinaria. Los trabajadores están insertos en las normas de la aplicación. La información clave para desarrollar el negocio la tiene la plataforma. Además, las empresas tienen la potestad de modificar a su arbitrio los términos y condiciones del trabajo, cosa que hacen periódicamente.

Aunque los trabajadores pueden elegir cuándo trabajar, se trata de una pseudoliberalidad cuyo ejercicio acarrea consecuencias para el trabajador. Tampoco obsta la circunstancia de que utilicen su propio medio de locomoción. El hecho de usar su propia bicicleta, moto o auto no los convierte en empresarios, pues lo importante es que existe ajenidad y subordinación.

No está de más tener presente que la exclusividad no es una nota característica de la relación de dependencia laboral en nuestro país, motivo por el cual el hecho de que trabajen al mismo tiempo para más de una plataforma o tengan otro trabajo autónomo o dependiente, no priva de laboralidad al vínculo de la empresa con el trabajador a demanda.

VI. ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO A LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES?

Reconociendo que las características de esta labor incluyen ciertas particularidades, serán señalados los aspectos de la legislación laboral que resultan compatibles y permitirían la ejecución del servicio que ofrecen las plataformas digitales, pero median-

do un vínculo dependiente entre estas y quien realiza la labor. También se indicarán las cláusulas que la legislación del trabajo no admitiría.

Como los repartidores tienen la posibilidad de establecer sus horarios y días de trabajo, así como la frecuencia con la que se colocan a disposición de la aplicación para desempeñar sus tareas, la legislación permitiría la contratación dependiente con carácter permanente y por tiempo indeterminado, pero con una prestación discontinua, dejando a salvo que la determinación de los periodos de activación o desactivación quedarían bajo la decisión exclusiva del trabajador⁹.

La modalidad de trabajo eventual quedaría excluida para regir este tipo de vínculos conforme el art. 99 de la LCT, ya que no hay en la naturaleza o la característica de la prestación una necesidad extraordinaria o transitoria, ya sea por parte de la plataforma o de la empresa que requiere los servicios de reparto para sus productos, cuando ello forma parte del giro habitual de estos sujetos.

Teniendo en cuenta la distribución desigual de la jornada de trabajo, una solución sería establecer una cantidad de horas semanales y diarias que respeten las pautas máximas establecidas por la ley 11.544, además de respetar los periodos de descanso entre jornadas y el descanso semanal, establecidos en la LCT.

Sin pasar por alto que los fines de semana son los momentos de mayor demanda, sería posible el trabajo durante el descanso establecido para los sábados después de las 13:00 horas y los domingos, fijando un sistema de francos compensatorios.

En cuanto a la remuneración, el salario podría resultar de un importe tarifado según la cantidad de solicitudes realizadas, pudiendo pagarse a destajo (art. 116 de la LCT). Sin embargo, el empleador debería garantizar dos cuestiones que las plataformas digitales no aseguran: que el importe percibido por el trabajador no sea inferior al que establece el salario básico en la convención colectiva de trabajo de la actividad o, en su defecto, al salario mínimo vital y móvil. Además debería brindar la cantidad suficiente de pedidos para que el dependiente pueda percibir su salario en tales condiciones.

Asimismo el art. 103 de la LCT establece que el empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél, es decir que a partir la conexión del trabajador en la aplicación el empleador debería pagarle, y además, asignarle envíos conforme el deber de ocupación que debe garantizar el empleador (art. 78 LCT).

Las cláusulas de exención de responsabilidad de las plataformas digitales, así como las que obligan al repartidor a mantenerlas indemnes de cualquier eventualidad que pudiere surgir como consecuencia

⁹ Cfr. MUÑOLO, Juan P., GOLCMAN, Martín F. y CAPARRÓS, Lucas J., "Análisis jurídico sobre las relaciones de trabajo en los servicios de entrega de productos a domicilio a través de plataformas digitales en la Argentina", DT2019 (mayo), 1069.



de la prestación del servicio entran en contradicción con las normas laborales. Por el contrario, el principio de indemnidad asiste al trabajador, quien cuenta con los deberes de todo empleador para velar por su seguridad, y para resarcirlo de cualquier gasto realizado para el cumplimiento adecuado del trabajo, o bien, por los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del trabajo (según arts. 75 y 76 de la LCT). En directa vinculación con ello está también la responsabilidad que las plataformas digitales cargan sobre el repartidor en relación con los gastos de combustible y mantenimiento del medio de transporte que utilizan.

En relación a las herramientas de trabajo como el teléfono celular, la bicicleta o la moto, la ley de contrato de trabajo permite que sea el trabajador quien provea sus propias herramientas. Por el contrario, los elementos de protección personal que sean necesarios, por ejemplo un casco, deben ser provistos por el principal.

El régimen de extinción del contrato de trabajo también establecería un marco protectorio al dependiente que en el ejercicio de una actividad independiente no tiene, ante la rescisión unilateral e injustificada que decide la plataforma digital; también, para el caso de suspensiones arbitrarias. El trabajador tendría la posibilidad de impugnar las causas y hacerse acreedor de las indemnizaciones que le correspondiesen si estas no se verifican o no representan incumplimientos tan graves como para finalizar el contrato de trabajo.

Además, se deberían cumplir las pautas relativas a la forma escrita y con expresión suficientemente clara de los motivos en los que se funda, sin admitir la variabilidad de la causa invocada.

Sí se puede encontrar un mayor grado de compatibilidad con la actual modalidad de desvinculación en los casos en donde se pueda considerar que medió una "voluntad concurrente de las partes, si

ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas" (art. 241 de la LCT), lo que tendría lugar en caso de transcurrir un lapso considerable en el que el repartidor no se conectase a la aplicación.

Respecto de la cobertura por enfermedades inculpables y de los riesgos del trabajo, incluyendo aquí cualquier supuesto de accidente que se pudiese sufrir con motivo o en ocasión del trabajo, la incorporación del repartidor en el régimen de contrato de trabajo importaría un cambio sustancial, pues el trabajador autónomo carece de toda protección en relación con los riesgos del trabajo, y si bien el pago del "monotributo" conlleva un aporte al sistema de obras sociales, pudiendo acceder a las prestaciones médico-asistenciales que estas brindan, no hay una licencia remunerada por un lapso considerable para sustituir el ingreso del trabajador.

El monotributo admite prestaciones por asignaciones familiares, previendo la situación de hijos a cargo, embarazo, hijos con discapacidad y una ayuda escolar anual, pero no acceden los trabajadores autónomos a los demás sistemas de la seguridad social, como la prestación por desempleo o la indemnización en caso de extinción del contrato de trabajo por invalidez total del empleado.

Por último, ha de señalarse que a fin de suponer la aplicación de una convención colectiva de trabajo determinada, las partes del contrato individual de trabajo deben haberse visto representadas por los sujetos colectivos que resulten representativos. Así, considerando que el servicio de reparto a domicilio a través de las plataformas digitales incluye pero no se limita tan solo al delivery de comida, quienes llevan a cabo esta tarea estarían representados por la Asociación Sindical de Motociclistas, Mensajeros y Servicios, y no por el sindicato de la actividad gastronómica. Luego, para que la convención colectiva de trabajo 722/2015 comprenda en su ámbito a los contratos individuales de trabajo

que se desempeñan mediante las aplicaciones, estas han de ser consideradas representadas por la asociación gremial patronal que la negoció, es decir, la Cámara de Empresas de Mensajería por Moto y Afines de la República Argentina. Tratándose de una convención colectiva de trabajo de actividad, para que ello sea así las plataformas digitales no deberían ser consideradas empresas de tecnología que intermedian entre quienes necesitan un servicio de reparto y quienes lo prestan, sino como verdaderas empresas de mensajería que utilizan la tecnología digital para llevar a cabo su finalidad.

VII. REFLEXIONES FINALES

El carácter de los vínculos que generan las plataformas digitales debe apreciarse a la luz de las circunstancias de hecho que dejan traslucir la presencia de la facultad de dirección, reglamentaria y disciplinaria de las empresas configurándose nítidamente las notas características de la dependencia laboral a partir de los indicios específicos que en general permiten determinar la existencia de una relación de trabajo, algunos de los cuales ya habían sido sugeridos por la Recomendación N° 198 de la OIT sobre la Relación de Trabajo, 2006 y a la cual han recurrido varias sentencias extranjeras.

Los trabajadores “a pedido” de plataformas digitales son falsos autónomos aun cuando las empresas tratan de imprimirle ciertos sesgos de liberalidad que, no hacen más que poner en evidencia su intención fraudulenta.

Más aún, a tal extremo llega la subordinación, que se configura un típico contrato de adhesión, sin que el trabajador tenga posibilidad de negociar absolutamente nada. El contrato instrumentado virtualmente mediante “términos y condiciones”, es aceptado por el trabajador la más de las veces con un simple “click” sin siquiera poder leerlo ni entender de qué se trata, en razón de la extensión del texto y la premura por acceder a la fuente laboral.

Siguiendo a Goldin lo cierto es que la verdadera ratio detrás de la legislación laboral es la hiposuficiencia económica del trabajador, de la cual parte su desigual posición al momento de establecer el modo en que prestará el servicio¹⁰. Por ello sería de suma importancia establecer un régimen jurídico específico los riders sin perjuicio de que deberían estar amparados por la regulación general del trabajo dependiente. En ningún caso deberíamos dejarlos librados a la precarización laboral disfrazada de tecnología.

El modelo de negocios que impone la economía colaborativa se podría establecer igualmente por empresas tradicionales que nadie calificaría de economía colaborativa y menos todavía intentaría justificar en base a la tecnología. La presencia de plataformas digitales en el sector no es sino un pretexto de modernidad con el fin de burlar la legislación laboral.

El trabajo de los repartidores “a pedido” mediante aplicaciones es trabajo humano, y debe ser trabajo decente.

¹⁰ GOLDIN, Adrián O., “Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio”, *Relaciones Laborales*, 2, Madrid, 2014.





Paula Andrea Frescotti¹

EL “*IUS VARIANDI*” EN EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ABREVIADO CORDOBÉS Una causal única y diferente

¹ Paula Andrea Frescotti. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente de la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la UNC. Tutora en la especialidad de Derecho de Trabajo de la UBP. Secretaria Letrada de Cámara por concurso. Autora de numerosas publicaciones sobre derecho del trabajo. Co-directora del Libro “El Procedimiento Declarativo Abreviado por laboristas” /ed./Córdoba/ Alveroni Ediciones/ 2021.

I. INTRODUCCIÓN

El título propuesto esboza la idea acerca de la originalidad que implicó incluir dentro del procedimiento declarativo abreviado cordobés, a la solicitud de restablecimiento de las condiciones laborales alteradas. Entiendo que se trata de un acierto legislativo que no tiene que ver con lo acotado del debate causal como sería posible afirmar de los restantes incisos del PDA² sino con la necesidad de responder a la manda de fondo contenida en el art. 66 de la LCT, otorgándole un contenido procesal acorde a la naturaleza célere que el dispositivo requiere.

II. CUESTIONES GENERALES

Como bien es sabido, existe la posibilidad brindada por nuestra norma fondal, al trabajador, de ejercitar dos conductas frente a un ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte del empleador. Así, el empleado tendrá la opción de considerarse despedido de modo indirecto, lo cual actualmente, en nuestra provincia, deberá ser a canalizado por medio del juicio ordinario laboral, o, de solicitar el restablecimiento de las condiciones laborales alteradas, mediante un procedimiento que la LCT denomina “sumarísimo”. Este es el trámite que trataremos en el inc. f) del art. 83 bis de la reforma procesal laboral instaurada por la Ley 10.596³.

Esta elección de trámite abreviado responde también a la necesidad de dar una respuesta rápida a la perturbación que significa este tipo de sucesos en la vida de las empresas, donde están en juego el poder de dirección patronal y la indemnidad del trabajador.

Cabe interrogarse si sólo comprende el restablecimiento de las condiciones laborales alteradas, atendiendo a la literalidad de la norma, o pueden incluirse en el reclamo, por ejemplo, las diferencias de haberes que se generen con el cambio impropio al ser accesorios del mismo. Estos interrogantes irán desentrañándose con el andar de la jurisprudencia. Personalmente estimo que deberá darse cabida a lo accesorio de la petición que no exorbita el objeto principal, siempre teniendo en miras la accesibilidad a la justicia a través de la simplificación de requisitos y trámites.

Cabe recordar que siempre procederá el juicio abreviado laboral en casos en los cuales el trabajador esté registrado, pudiendo también ser admitido

ante una registración deficiente, más no será admisible el trámite que nos ocupa cuando la relación laboral se desenvuelva en la clandestinidad absoluta, supuesto excluido por el art. 83 bis, in fine, CPT.

A los fines de caracterizar esta figura, debemos puntualizar que la facultad de la cual goza el empleador, derivada de su poder de dirección, implica la posibilidad de variar elementos “no esenciales” del contrato de trabajo. A los fines de deslindar el campo de análisis cabe resaltar que estamos tratando el ejercicio una facultad es unilateral, dado que, nos encontramos frente a un acuerdo de partes, no podemos hablar de *ius variandi*, sino que deberemos ponderar la convención efectuada a la luz del art. 15 LCT, vale decir que sea “una justa composición de derechos e intereses de las partes” y que no se vulneren, mediante renunciaciones no permitidas, derechos indisponibles que integran el orden público laboral (art. 12 LCT).

Sin perjuicio de lo expuesto, hay casos que podrían denominarse “grises”, en los cuales la modificación contractual comienza como un ejercicio unilateral del empleador, pero luego por el transcurso del tiempo, sin la oposición expresa del trabajador, es considerado por alguna jurisprudencia como expresión de la decisión conjunta de las partes⁴.

Sin embargo, en estas situaciones, se entiende que corresponde confrontar la hipótesis con el art. 58 de la LCT, que claramente no admite la presunción de renuncia de derechos derivada del silencio del trabajador, salvo que exista un “comportamiento inequívoco en aquel sentido”. Por lo cual el paso del tiempo deberá ir acompañado por actos incuestionables de aquiescencia a la nueva situación, sin dejar de reconocer al trabajador la posibilidad de probar y asesorarse sobre el cambio propuesto y luego oponerse al comprobar los daños materiales o morales que le acarrea. La prudencialidad de este lapso, deberá ser evaluada en cada caso concreto.

III. INTIMACIÓN PREVIA

Como una aplicación concreta del principio de buena fe, aunque la norma de fondo no lo consigne como requisito, se impone la necesidad de una comunicación previa a la interposición de la acción judicial reclamando el restablecimiento de las condiciones laborales alteradas. La finalidad de la comunicación es que el empleador revise su decisión o pueda contestar y fundamentar la misma. Resulta también útil, en caso de silencio, respuestas evasivas o negatorias, ya que se fijan las posiciones de las partes. Este intercambio de posturas es un antecedente importante, y entonces, la acción judicial aparece como una reacción justificada y proporcional. Esto impacta favorablemente en varios aspectos, inclusive en caso de ser desestimado el restablecimiento, en el orden de imposición de costas, las cuales deberán aplicarse por el orden causado,

2 PDA: Procedimiento Declarativo Abreviado.

3 La nueva ley 10.596 se sanciona el 12 de diciembre de 2018 y es publicada el 28/12/2018. Establece que su vigencia se producirá a los seis meses de su publicación con algunas causales (seis incisos) y sin incluir a los fueros de competencia múltiple. Ley 10.640 (sanción 26/06/2019, publicación 28/06/2019) suspende la vigencia 180 días, faculta al PE a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conjuntamente con el TSJ para la implementación progresiva. Luego se dicta la Ley 10.676 (sanción 27/11/2019, publicación 27/12/2019) que establece su vigencia a partir del 01 de abril de 2020 y su aplicabilidad para los juicios iniciados con posterioridad, en la primera circunscripción sin juzgados de competencia múltiple y respecto de los incisos A, F, H y L. Se faculta al PE y TSJ a ampliar las hipótesis. AR TSJ 1662 del 25/09/2020, establece vigencia a partir del 1 de abril del 2021. AR TSJ 1683 del 11/03/2021, se extiende a los juzgados de Conciliación de Río Cuarto, San Francisco y Villa María. AR 1746 del 25/03/2022, a partir del 1/4/2022 se abren todas las causales a excepción de la contemplada en el inciso K.

4 CSJN, 11/06/1998, Zorzín Victor R. c. YPF SA (inédito). CNAT, Sala III, Paolucci, Luis c/ Editorial Kapelusz SA, Sentencia del 28/09/1990.



en función de la prolija conducta previa del trabajador y la respuesta evasiva o silenciosa del empleador. Desde el punto de vista práctico, la intimación que se efectúe deberá contener: una clara oposición al cambio, el fundamento del rechazo, enlazando los datos fácticos del caso con los límites que postula la norma, la petición de que no se produzca la variación o se retrotraigan al momento previo las condiciones laborales alteradas, un plazo para el cumplimiento que no podrá ser inferior a dos días y finalmente el apercibimiento claro y expreso, de iniciar la acción judicial en caso de incumplimiento. Se recomienda que sea fehaciente.

IV. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL *IUS VARIANDI*⁵

Una vez dentro del ámbito del *ius variandi*, vale decir, efectuada la toma de una decisión unilateral por el empleador en uso de su poder de dirección existen tres vallas o tests que deberá sortear la misma para ser válida y oponible al trabajador. Analizaremos a continuación cada uno de estos estándares: el *sustancial*, el *general u objetivo* y el *particular o subjetivo*.

A). TEST SUSTANCIAL

El primero tiene que ver con la materia sobre la cual recae, sólo puede admitirse una decisión empresarial sobre **aspectos no esenciales** del contrato de trabajo, vale decir que deben ser accidentales o secundarios.

Discriminar este aspecto es una de las tareas más arduas que han pretendido los distintos doctrinarios a lo largo de las épocas.

Los “clásicos” como Justo López, Juan Carlos Fernández Madrid, Norberto Centeno, incluyen en la categoría de esencial: la jornada laboral, la categoría profesional y el salario, relativizando el lugar de trabajo, según el caso.

Este último -establecimiento- es colocado como esencial por Antonio Vázquez Vialard. Más contemporáneamente sostienen Julio A. Grisolia, Héctor Guisado y Jorgelina Alimenti que el salario, la calificación contractual y el tiempo de trabajo no pueden ser afectados por ser esenciales. En la postura más actual, que llamaremos “progresiva” encontramos a César Arese, que resalta que el encuadramiento convencional, es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo individual.

La jurisprudencia que tuvo ocasión de relevar podía ser dividida en casos “indiscutibles”, y casos “opinables”, adhiriendo en esta clasificación en todo a lo sostenido por los primeros maestros del derecho del trabajo, que denomináramos “clásicos”.

Según esta postura clásica los indiscutibles son: el salario, la categoría profesional y el tiempo de trabajo. Así, la reducción o modificación peyorativa de la obligación fundamental derivada del sinalagma laboral, cual es el *pago de la remuneración* al trabajador a cambio de poner su fuerza de trabajo a favor del empleador es, en esencia, excesiva, ya que trastoca principios liminares como el de irrenunciabilidad y ajenidad de los riesgos por parte del trabajador. Por ello, prima facie, se encuentra vedado por el art. 66 LCT.

Por su parte, el cambio en la *categoría profesional o de tareas*, es también en principio abusiva, pues las tareas o incumbencias del empleado integran el objeto de lo pactado expresa o tácitamente al inicio de la relación. Puede verse reflejado en la variación de una tarea por otra, la recarga o disminución de tareas, así como los ascensos y degradaciones de categoría⁶. Por su parte, la jornada o tiempo de trabajo es el término durante el cual el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, sin poder realizar actividades en beneficio propio. Este es el

⁵ La presente construcción teórica fue extraída del Cap. VIII del Libro “El Procedimiento Declarativo Abreviado por laboralistas” / 1ª ed./Córdoba/ Alveroni Ediciones/ 2021, de mi autoría.

⁶ Con respecto al cambio de tareas, se sostiene que en la práctica, una especie de atenuación fundada en el concepto de “polivalencia funcional”, en especial respecto de trabajadores sin profesionalidad como un “peón general” o los escasos trabajadores que integran una PYME o emprendimientos de pequeños empresarios o comerciantes, dado que la prestación laboral en estos casos resulta indeterminada y es el empleador, en ejercicio de su facultad direccional, quien puede precisarla en virtud de las necesidades empresarias.

concepto “nominal” de jornada que recepta nuestra LCT en el art. 197 y ha sido caracterizada también como uno de los elementos centrales del contrato de trabajo y por consiguiente ajeno a las previsiones del artículo 66 de la LCT.

Sin perjuicio de lo expuesto, no se puede soslayar que, en función de las facultades de organización del empleador, está habilitado para diagramar los horarios de labor dentro de los límites legales (Ley 11.544) y el trabajador al comenzar a trabajar se incorpora a una organización. El conocimiento y aceptación por parte del empleado del esquema horario constituye un pacto contractual entre partes y no puede ser modificado unilateralmente posteriormente, sin erigirse en un incumplimiento contractual.

Dentro de los elementos que suscitan opiniones encontradas de los autores podemos mencionar el lugar o establecimiento. Así, en casos en los cuales la movilidad entre objetivos es propia de la relación laboral como sería el caso de los vigiladores o empresas de limpieza, se entiende que el cambio de lugar integra el pacto inicial entre empleador y trabajador.

Es notable que en los casos en que se considera al cambio de lugar como un ejercicio abusivo del ius variandi, el mismo casi indefectiblemente va acompañado de un perjuicio material o moral para los trabajadores, todo lo cual reafirma su carácter de accesorio, en la mayoría de los casos, siendo esta la razón de la trasgresión de los límites del art. 66 LCT, y no el cambio de lugar en sí mismo.

B). TEST GENERAL U OBJETIVO

El segundo test es de índole general, ya que si falta afecta a todos los trabajadores por igual. Es una base objetiva que debe estar presente en todas las decisiones. Dicho piso mínimo es la **razonabilidad** y **funcionalidad** de la decisión empresarial. Normativamente esta receptada en los arts. 65 y 68 de la LCT. La medida dispuesta debe ser proporcionada a las circunstancias que la motivan y a los fines que se propone con ellas. Asimismo, debe tener criterio funcional, no caprichoso o arbitrario, sino en beneficio del éxito de la empresa. A esto debemos agregar, como requisito básico que tanto la razonabilidad como la funcionalidad de la medida deben ser explicitadas al trabajador, que goza del derecho de información.

C). TEST PARTICULAR O SUBJETIVO

Esta limitación posee su último fundamento en el principio “*alterum non laedere*”, piedra angular de toda sociedad organizada. Es particular para cada trabajador. Así, una resolución del empleador legítima, sobre elementos accidentales del contrato, razonable y funcional, válida para la mayoría de los trabajadores, no poseerá efectos oponibles al empleado afectado, de modo actual o potencial, ya sea material o moralmente.



El empleador no puede dañar al trabajador, ya sea afectándolo económicamente o espiritualmente. Es una derivación necesaria del principio de indemnidad. El daño puede haber acaecido o ser de segura producción y pesa en cabeza el trabajador la carga de alegar y probar estas circunstancias.

D). APLICACIÓN PRÁCTICA DEL INCISO QUE TRATAMOS

Existe un reciente fallo respecto del inc. f del art. 83 bis CPT, dictado por la Sra. Jueza de Conciliación de Primera Nominación de Córdoba y confirmado por la Excma. Sala Undécima de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba en autos: “B. O., VALERIA C/EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CORDOBA (E.P.E.C.) - PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ABREVIADO - OTROS”, Expte. N° 10301059- SENT. N° 216, del 27/12/2021”.

Como una especie de ejercicio teórico aplicaremos los tests reseñados más arriba a fin de dilucidar si se presentó en el caso un ejercicio abusivo del *ius variandi* que habilitaba la orden de restablecimiento de las condiciones modificadas en relación a la jornada- semana calendaria de 7 a 14 hs. - y lugar de prestación de tareas, tal como fuera resuelto.

1). Presentación del caso: La decisión de cambio recayó sobre el horario y el lugar de trabajo. La demandada adujo que la decisión de trasladar a la actora no podía ser cuestionada de “arbitraria” ni “injustificada”, debido a que la misma se fundó en razones de servicio de acuerdo con las necesidades y el giro comercial de su representada en ejercicio de sus facultades de organización y ante el cierre de las sucursales ubicadas en Av. Colón y Chaco y posteriormente la de Argüello. La accionante sostuvo que existió menoscabo moral consiste en la afectación a su grupo familiar y, expresamente, el tiempo y el vínculo personal con sus hijos menores de edad (6 años y 4 años), quienes poseían su centro de vida y actividades por la mañana, siendo el horario de la tarde el momento en el cual comparte sus actividades, juegos, los educa, contiene emocionalmente y se encarga de su crianza. Asimismo se alegó la existencia de perjuicio económico derivado del mayor costo de traslado, siendo que la sucursal de origen (Argüello) ya se hallaba refaccionada, habiendo la demandada convocado a otras personas y no a la compareciente.

2). Fundamentos de las resoluciones del Juzgado y Cámara intervinientes:

a). Test Sustancial: Como advierte la Juzgadora estamos frente a uno de los elementos del contrato de trabajo que más arriba denomináramos “opinables” por no existir uniformidad en su consideración de esenciales, hecho que no descarta el rompimiento de otros límites contenidos en el art. 66 LCT. “...A esta altura del razonamiento debo destacar que no soslayo la discusión doctrinaria y jurisprudencial existente en orden al carácter o no de esencial del elemento “lugar o espacio físico de prestación de tareas”. Así, un sector ha sostenido que “Es sabido que el

lugar de prestación de trabajo constituye un elemento esencial del contrato de trabajo y, como tal, no debiera ser pasible de modificaciones arbitrarias por parte del/la empleador/a, pues el/la trabajador/a se incorpora al ritmo de prestación en un sitio determinado, de acuerdo al cual organiza su vida personal y familiar” (CNAT, Sala I, autos “Mercado, Sabrina c/Sistemas Bejerman S.A s/ Despido”, sentencia del año 2021)”. Para otros, el lugar de trabajo no compone, en principio, una característica estructural de la relación de trabajo pudiendo el empleador trasladar al operario compensando, en su caso, los mayores gastos que la modificación irrogue (Pawlowski De Pose, Amanda Lucía “El lugar de prestación de tareas como condición de la relación de trabajo”. Publicado en: DT 2013 –abril-, 828). Pero es del caso que, aun entendiendo que el cambio del domicilio de prestación de labores no constituya una alteración a la estructura del contrato, ello no descarta, por sí, la existencia de un abuso en el ejercicio de la facultad patronal contemplada en el art. 66 de la LCT..

Respecto del cambio de horario, la Excma. Sala Undécima expreso: “...Debo pronunciarme que sin duda el cambio de horario importa una modificación en los aspectos esenciales del contrato, que no prestó conformidad la trabajadora y que le ocasiona un perjuicio...”

b). Test general: En este punto, la *a quo*, analiza pormenorizadamente como una decisión que en determinado contexto podía considerarse razonable luego devino arbitraria por el cambio de las circunstancias fácticas que la habilitaban “...se demostró que al rehabilitarse la atención en la sucursal de Argüello en el nuevo espacio físico asignado en el CPC –mayo de 2021-, aun cuando la dotación dispuesta se redujo en relación a la que tenía con anterioridad ...se convocaron a trabajadores/as que no pertenecían a él, soslayándose que la actora venía desempeñándose allí desde el 2018...” “...La ausencia de razonabilidad ha sido discernida supra. En resumen, el cambio dispuesto, que pudo ser considerado razonable mientras la sucursal se hallaba cerrada, dejó de tener esa calificación cuando, al reabrirse el nuevo centro de atención, se dispuso que sean destinados a él trabajadores/ras ajenos al plantel originario, sin esgrimirse argumentos destinados a justificar por qué la actora no se hallaba en condiciones de intervenir en los trámites limitados que allí se gestionarían. Esta última circunstancia, respecto de la cual nada se dice en la contestación de la demanda, y cuya justificación no ha podido ser hallada en las declaraciones testimoniales de autos, es por sí suficiente para evidenciar que la **decisión patronal devino en arbitraria**”.

c). Test particular: La juzgadora concluye del análisis de la prueba colectada que: “...la medida se adoptó, y ratificó, **desatendiéndose de sus negativas consecuencias en la esfera de los derechos e intereses personales de la trabajadora**...” “...La prueba ha dado cuenta, también, del menoscabo que el cambio dispuesto era susceptible de ocasionar a la actora. No se encuentra controvertido el domicilio de esta XXX. Conforme a la herramienta Google Maps, la distancia entre dicho domicilio y la sede central de la empresa es de 15 km; mientras que el trayecto hacia el establecimiento sito en el CPC de Argüello es de 3.9 km. -ver constancia acompañada por la actora-.

Ello así, surge evidente que el cambio generó un detrimento en los intereses de la actora, de tipo patrimonial porque debía incurrir en mayores gastos de transporte si asistía con su propio vehículo, como también no patrimoniales, porque le insumía mayor tiempo de viaje, a lo que se añade la situación personal de la trabajadora en cuanto se refiere a su organización familiar. No puede soslayarse que al cambio de destino se le sumó el del horario, siendo clara la afectación que este último le ocasionó. Los testigos que declararon en autos han exhibido la angustia que le provocó a la actora la modificación. O. refirió que B. había pedido trabajar de 7 a 14 hs. y volver a Argüello; que estaba mal, angustiada, no tenía cómo buscar a sus hijos. De igual modo, Urbano adujo saber, por cuanto ella les hizo llegar ese reclamo, que el horario le generaba inconveniente con sus niños que van a la escuela a la mañana, que llegaba tipo 21:00 hs. a su casa y eso generaba una situación compleja para ella... **Quedó acreditada también la afectación psicológica que sufrió la actora.** Acompañó con su demanda certificados médicos que dieron cuenta de su estado de angustia. Es más, en el expediente labrado por la patronal que lleva el N° 0021-082576/2021 y que dicha parte ha acompañado como prueba, el Licenciado ... Jefe mayor del Área Técnica, informa que la agente fue evaluada el 27 de julio y el 3 de agosto de 2021, desprendiéndose del mencionado acto que no se encontraba apta laboralmente debido a su estado de salud mental, razón por la cual se le justificaron días de reposo, con seguimiento el próximo 6/08/2021 para evaluar posible reincorporación con tareas adecuadas transitorias en turno fijo diurno. La situación familiar de la accionante no fue controvertida. La actora es madre de dos menores de edad que, conforme constancias acompañadas, cursan estudios regulares cerca de su domicilio, ambos en el turno mañana..."

Entiendo que la decisión arribada se asienta fundamentalmente en la falta de razonabilidad que se derivó de las circunstancias fácticas que variaron así como del menoscabo material y moral acreditado de la trabajadora reclamante en particular, análisis que incluye de manera, más que pertinente, la *perspectiva de género*, insoslayable según mandato de los instrumentos internacionales adoptados por el estado argentino.

De este breve ejercicio de los "tests", se advierte sin dilación la existencia de un ejercicio abusivo del *ius variandi* que habilitó el restablecimiento de las condiciones laborales alteradas. Como plus a resaltar, la tramitación hasta sentencia insumió menos de cuatro meses, con lo que los objetivos generales de la ley fondal y procesal se encuentran ampliamente cumplidos, habiéndose mantenido la continuidad de la relación laboral frente a una perturbación de gran magnitud como lo expuesta, lo cual augura la gran utilidad práctica de esta vía procesal a fin de resolver este tipo de situaciones, otorgando un camino para lograr una solución ágil que no requiere del quiebre que implica el despido indirecto.

BIBLIOGRAFÍA

Grisolia, Julio, "LCT, sistematizada con jurisprudencia y bibliografía", Editorial Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, II y III, 2016.

Lascano, Eduardo J. - Calvimonte, Beatriz, Derecho del Trabajo Interpretación Judicial, Jurisprudencia Sala Laboral TSJ, 2005-2018, Advocatus, 2019.

Toselli, Carlos Alberto - Ulla, Alicia Graciela, Código Procesal del trabajo Ley 7987 comentado y anotado con jurisprudencia, 2da ed. ampliada y actualizada, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2011.

Miroló, Rene Ricardo- "Variación de las condiciones de trabajo (Ius variandi)" - Córdoba, 2001, Editorial Mediterránea.

Falcón, Enrique M. "Procesos de Conocimiento", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, t. II.

Maza, Miguel Ángel. "18 años de jurisprudencia de la CSJN en Derecho del Trabajo: 2003:2021", 1 ed. Revisada, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni, 2021.

Revista de Derecho laboral, Derechos y Deberes de las partes, Tomo I y II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2012.

López, Justo - Centeno, Norberto - Fernández Madrid, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, t. II, Ediciones Contabilidad moderna, Bs.As., 1978.

Altamira Gigena, Raul E. (director) "Ley de Contrato de Trabajo- Comentada y Concordada", Tomo I y II, director Raúl E. Altamira Gigena, Buenos Aires, Errepar, 2010.

Ackerman, Mario E., "Tratado de derecho del trabajo", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

Ackerman, Mario Eduardo, "Jurisprudencia Laboral de la CSJN, comentada", Tomo I y II, Ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019.

Ackerman, Mario E. (director), Sforzini, María Isabel (Coordinadora), "Ley de Contrato de Trabajo comentada", 2da. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.





Hebe A. García Borrás¹

Declaraciones de **RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA:** CÓDIGOS DE CONDUCTA

¹ Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de la Especialización en Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Argentina Rosario. Jueza del Trabajo del Distrito n° 12 San Lorenzo, Provincia de Santa Fe.

I. INTRODUCCIÓN

En primer término, cabe aclarar la génesis de la temática que nos ocupa y ello implica mencionar uno de los fenómenos de gran trascendencia a nivel mundial, que es sin lugar a dudas, el de la “descentralización productiva de carácter transnacional”.

En relación a ello, podemos observar con claridad, conforme lo explican Gianibelli y Orsatti², cómo la circulación y globalización del capital han determinado dos efectos principales en términos de reorganización de las formas de producción: a) la *deslocalización de actividades*, por la cual se transfieren a otros países, total o parcialmente, las que se llevaban a cabo en un determinado país de origen, generalmente más desarrollado o con estándares de condiciones laborales más estrictos; y b) la *parcelización del proceso productivo*, entendido en sentido muy amplio, incluyendo en ello actividades previas y posteriores al objeto propio o principal.

Relatan los autores, que en ambos casos dichos procesos huyen de la regulación nacional, generalmente para aprovechar menores condiciones laborales, pero también menor efectividad de las normas por ineficacia de los sistemas de control (ausencia de la inspección del trabajo) o debilidad del sujeto sindical.

En rigor, esto propicia un contexto mundial en el cual se evidencia un enorme poder financiero alcanzado por las empresas multinacionales y la afectación que ello trae aparejado, no sólo en los Estados, sino también en las Organizaciones Internacionales. En este marco, los Estados disminuyen su capacidad para decidir por sí solos políticas económicas y sociales. Incluso los Estados industrializados, encuentran serias dificultades para imponer a las entidades transnacionales, el respeto a su normativa jurídica³.

Independientemente de lo anterior y como contracara, debemos resaltar que para algunos los países, el contar con la presencia de una gran multinacional, supone amplias posibilidades de empleo y desarrollo. Es decir, este flujo de deslocalizaciones de fábricas, en algunos casos no solo carece de oposición en sus prácticas desleales, sino que incluso puede llegar a contar con un apoyo activo por parte de la población y de los gobiernos a cambio de dicha continuidad, tal como expresa Ojeda Avilés⁴. Asimismo, como indica Bronstein, estos países en muchos casos están dispuestos a sacrificar estándares laborales en contrapartida de un incremento en sus oportunidades de acceso a los mercados internacionales, resultando el coste mayor el que se asume por los trabajadores no organizados⁵.

2 GIANIBELLI, Guillermo, y ORSATTI Alvaro, “Cadenas de Valor y Acuerdos Marco”, PIICV, Programa Interuniversitario de Investigaciones sobre Cadenas de Valor. Documento presentado al Seminario Internacional sobre Tercerización Laboral de FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires, marzo 2018 <http://www.relati.org/documentos/PIICV.CyO.DocFLACSO.pdf>

3 SERVAIS, Jean-Michel, “The Transnational Labour Regulation of Multinational Enterprises”, Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social, Vol. 10, num. 2 (2020). ISSN: 2174-6419, p. 71.

4 OJEDA AVILES, Antonio, Derecho Transnacional del Trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 357-358

5 BRONSTEIN, A. Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales, Plaza y Valds, Madrid 2010. Cit. Por: OJEDA AVILES, Antonio, Derecho Transnacional del Trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 358.

En definitiva, el problema radica por lo tanto, en conciliar la compulsión a la sobre explotación del trabajo que convierte a las empresas transnacionales en sujetos activos de la misma, con el marco civilizatorio de alcance universal que obliga a respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas en todo el planeta.

Es así como en este contexto, mientras algunos Estados -a nivel interno- optan por una política de “desregulación”, con la finalidad de atraer inversiones, otros toman una postura más positiva -a mi criterio- buscando promover de una forma u otra, la *responsabilidad social de empresas (RSE)*.

II. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA (RSE)

El desarrollo de la ética empresarial, ha sido bautizado con la denominación de *responsabilidad social empresarial o corporativa*. Hablamos de un fenómeno que entremezcla exigencias medioambientales, laborales y sociales. En líneas generales, la RSE contempla estándares básicos de diverso tipo adaptados a la cultura occidental, cuyo horizonte geográfico abarca a todo el mundo, pero que en la práctica en muchos casos, funciona desde los imperativos éticos de una multinacional occidental respecto a las condiciones de vida y trabajo de sus empleados en países en vías de desarrollo⁶.

Al mismo tiempo, Hepple define a la Responsabilidad Social Empresaria como “el último recurso voluntario por razones de prestigio de multinacionales occidentales para aplicar en ámbitos desregulados”⁷. En relación a estos últimos, debemos aclarar que se abarcan dos escenarios: por un lado países con legislaciones laborales débiles o inexistentes, y por otro lado, países con economías intermedias (en general comprensiva del sector de servicios), en los cuales la problemática surge con motivo de la comparación entre las condiciones establecidas en esos países por las multinacionales, y las que disfrutaban sus trabajadores en países más avanzados.

En definitiva, es así que las empresas multinacionales organizan la producción de reglas en ese espacio global, sobredimensionando el carácter privado y voluntario del mismo y consolidando un conjunto de decisiones unilaterales relativas tanto a la estructura productiva como a las relaciones contractuales que dibujan el mapa de las redes comerciales bajo su control⁸.

6 BAYLOS GRAU, Antonio, “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, 2017. Reproducido en www.relati.org. Trabajo inserto en el marco del Proyecto DER 2016-75815-R, que lleva por título “Innovaciones y continuidades en la responsabilidad social de las corporaciones españolas en la crisis. Diagnóstico comparado y análisis transnacional”.

7 HEPPLE, B., <<A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct>>. Comparative Labor Law and Policy Journal, 20 (1999), pp. 347 ss. Cit. por: OJEDA AVILES, Antonio, Derecho Transnacional del Trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 358

8 BAYLOS GRAU, Antonio, “Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdo marco globales”, Cuadernos de Relaciones Laborales nº 27 (2009), pp. 111-112.



III. LAS CAUSAS DE LA RSE

No obstante lo anterior, podemos advertir dos causas que han dado lugar a la RSE:

1). Las agresivas campañas en los medios de comunicación de los países desarrollados hacia las condiciones infrahumanas existentes en las lejanas fábricas de las propias multinacionales, que condujeron a la activación de mecanismos judiciales sancionatorios y a boicots masivos. A lo referido previamente las multinacionales respondieron con códigos de conducta y declaraciones de responsabilidad social corporativa de carácter unilateral.

2). Por otra parte, las ventajas comparativas de producir en países subdesarrollados, condujeron a las multinacionales a radicarse en ellos, mientras cerraban y deslocalizaban sus factorías en los países desarrollados. Así, con la continuidad de dicho éxodo, se inició un declive en los propios países industrializados. En consecuencia, sindicatos y gobiernos occidentales debieron reflexionar sobre las causas y las soluciones y consideraron que una posible repuesta para hacer frente a la competencia desleal entre países, era exigir a las multinacionales –y a través de ellas a las empresas locales suministradoras- los estándares mínimos exigidos por la normativa internacional.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RSE

Estas conductas de ética empresarial adoptadas por las multinacionales, han dado lugar al surgimiento de instrumentos privados creados en general, para la gestión de sus cadenas de producción. Dentro de esta categoría, podemos encontrar documentos de carácter unilateral, como los *códigos de conducta* para proveedores y contratistas, y los concertados, como el caso de los *acuerdos marco internacionales* pactados con las federaciones sindicales mundiales.

Sin embargo, y a los fines de exponer un desarrollo más pormenorizado, las declaraciones de RSE se pueden clasificar de la siguiente manera⁹:

1). En función de las partes que los suscriben, se distinguen declaraciones unilaterales (cuando los redacta la empresa de manera autónoma), bilaterales (cuando contengan un acuerdo negociado con la federación sindical internacional) y multilaterales (cuando se involucran empresas, sindicatos, Estados y Organismos internacionales).

2). En función de los sujetos obligados, existen diferentes tipos. Hay declaraciones y códigos que vinculan a la empresa, mientras que otros con frecuencia vinculan también a las empresas proveedoras, auxiliares y subcontratistas. Además, en otros casos, se aplican también a los clientes.

⁹ OJEDA AVILES, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 361-362

Así alguna doctrina (Rodríguez, Salas y Saro¹⁰) las denominan como responsabilidad primaria, secundaria y terciaria. En el segundo caso, arribamos al concepto de *cadena de valor*. Esto es entendido según la OIT como “*toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios*”¹¹.

Asimismo y en cuanto al paradigma general de referencia utilizado por las empresas a la hora de fijar los estándares de comportamiento, emerge sin dudas, el concepto de *diligencia debida*. Esta se centra en las acciones que las empresas deben llevar a cabo para reducir los impactos negativos que se producen en las comunidades de referencia, bajo el presupuesto de que “*las violaciones del trabajo decente y los principios y derechos fundamentales en el trabajo no pueden formar parte de la competencia*”. Es decir, “*la diligencia debida es interpretada como un proceso dirigido a introducir una dimensión de prudencia a través de la realización de un control preventivo y diversificado en la fase de elaboración de una decisión, que impone la consideración a los fines de la misma de factores externos, sustanciándose en el conjunto de conductas adoptadas por las empresas para identificar, prevenir y finalmente verificar el impacto de sus acciones sobre los derechos humanos. Es decir, adoptar todos los comportamientos necesarios para evitar su violación*”¹².

V. PROBLEMA DE EXIGIBILIDAD Y EFICACIA

Amén de todo lo expuesto, la problemática de estos instrumentos gira -sin dudas- en torno a su exigibilidad y eficacia.

Sin perjuicio de los sistemas de control que puedan pautarse, la doctrina considera a los códigos de conducta como instrumentos no vinculantes, al tratarse de límites internos y cánones de interpretación de la conducta de la empresa. A lo sumo, podrían considerarse como una *soft law*, una norma sin sanción, pero con un valor orientador para el tribunal. Es decir, se elabora una noción de responsabilidad “*prácticamente moral*” que compromete a la persona jurídica de la empresa¹³.

10 RODRÍGUEZ J., SALAS C., SARO H., “La Responsabilidad Social Corporativa: Economía Social y ISO 26000”, TUSQŞSAL, Badalona s/f. Cit. por: OJEDA ÁVILES, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 362.

11 OIT, “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”. Informe IV, Conferencia Internacional del trabajo, 105ª reunión, 2016, pág. 1

12 BRINO, Vanía, “La diligencia debida: ¿Un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?” en Comercio Internacional, Trabajo y Derechos Humanos, SANQUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), 1ª Edición, 2021, Salamanca, España, Ediciones Universidad de Salamanca, pag. 44-45

13 OJEDA ÁVILES, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 361-370





No obstante, aunque a los trabajadores que componen la cadena de valor -destinatarios últimos de las provisiones de estos instrumentos- no se les pueda atribuir la condición de titulares de los derechos allí consagrados (dado el carácter unilateral de estos instrumentos), podemos decir que los mismos sí “resultan vinculantes” en lo atinente a “la relación entre la empresa transnacional y sus *partners* comerciales o industriales, resultando por tanto accionables en el plano de sus relaciones comerciales¹⁴. Por lo tanto, en casos donde el incumplimiento a códigos de conducta, venga de parte de proveedores, subcontratistas o empresas auxiliares, probablemente nos encontremos con mecanismos intraempresa de exigibilidad, donde la multinacional podría –por ejemplo- hacerles perder el contrato de servicio o suministro, siempre que valoren la sanción por encima de las ventajas que obtengan de esa proveedora.

Por otra parte y a pesar de su naturaleza de instrumentos no vinculantes, vale destacar una serie de elementos que contribuyen a una efectiva y correcta aplicación de los mismos, logrando así una mayor eficacia.

Lo primero tiene que ver con el contenido. Es sabido que cuando un código de conducta se limita a instaurar una serie de reglas sin mayores fundamentos o soportes, en lo que podríamos llamar una “cultura corporativa”, termina siendo insuficiente para cumplir con los objetivos previstos. Un código de conducta “enraizado” en una cultura corporativa, basado en una ética empresarial que se transmite desde los puestos directivos, logra un mayor compromiso hacia su observancia. “Reforzar la credibilidad y autoridad del código mediante la creación de un auténtico clima ético en la empresa es la primera condición necesaria para la eficacia del código”¹⁵.

Por otro lado, la publicación y difusión es otra variable clave para un código de conducta eficaz. Cuanto más y mejor es el grado de comunicación de un código, mayor es la efectividad alcanzada por el mismo.

Finalmente, los sistemas de seguimiento y sanciones son otro elemento trascendental. Resulta esencial que la empresa disponga sistemas internos de control y evaluación del seguimiento del código.

14 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, publicado en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Ediciones Cinea, 2008, págs. 443-466.

<https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/dft-y-empresas-multinacionales-wsanguinetti.pdf>

15 VALOR, Carmen y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta. “Códigos éticos: análisis de la eficacia de su implantación entre las empresas españolas cotizadas”, (Print versión ISSN 0121-5051, *Innovar* vol.17 no.30 Bogotá July/Dec. 2007).

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-50512007000200002

VI. VALORACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

A la hora de valorar el fenómeno de la RSE, se vierten opiniones diversas y contrapuestas y se les reconoce importantes fortalezas, pero también debilidades.

Desde una mirada positiva, debemos destacar que la empresa multinacional es el único sujeto con capacidad objetiva para imponer su respeto a lo largo de toda la cadena de valor, sin importar dónde se sitúen los eslabones, en virtud del control que ejerce a través de mecanismos contractuales sobre proveedores y contratistas. Esto objetivamente le brinda aptitud para lograr alcanzar espacios donde no existe un reconocimiento efectivo de los derechos laborales fundamentales y garantizando a todos los trabajadores de dichas cadenas, una base común de derechos.

Sin embargo, entre sus “debilidades” no podemos dejar de hacer referencia al carácter privado y voluntario de estos instrumentos. La elaboración no

sigue una regulación o un patrón uniforme, sino que su diseño gira en torno a criterios empresariales, donde los contenidos varían según los riesgos percibidos y las preocupaciones de la empresa. Esto acarrea como consecuencia que tanto los derechos que contemplan, como las formas utilizadas, las obligaciones empresariales y todo contenido en general, resulte muy diverso.

No obstante estas falencias, hay una gran coincidencia en destacar que todos estos instrumentos tienen como referentes a las normas internacionales de derechos humanos y sobre todo las normas internacionales del trabajo, a las que recurren para fijar sus contenidos. Estamos hablando de compromisos con la naturaleza, con la abolición del trabajo infantil, con la igualdad de género, con el respeto por el diálogo social, que hasta el momento y por la mera acción de los Convenios de la OIT no conseguían la observancia deseada a nivel mundial.

En definitiva y concluyendo, por mínimo que sea el impacto de las declaraciones de responsabilidad social, claramente se aprecia un avance en la conquista hacia condiciones más dignas para los trabajadores.





Valentina Latzina¹

PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ABREVIADO (LEY 10596)

Conclusiones preliminares obtenidas a partir de la actuación de las causales vigentes del nuevo sistema procesal impuesto por la reforma introducida por ley 10.596, en el Juzgado de Conciliación y del Trabajo de 10° Nominación de la ciudad de Córdoba.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del Programa Justicia 2020 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación impulsó un profundo cambio en las prácticas judiciales, promover la oralización de los procesos para reducir su duración y aumentar la calidad de las decisiones jurisdiccionales, como también aprovechar los aportes que la tecnología y los cambios organizacionales pueden generar para mejorar el servicio judicial. Para eso, se recogieron las experiencias de todo el país. El proyecto en marcha busca poner a la justicia de cara a la sociedad, mejorar la percepción ciudadana de la labor judicial, y apoyar de modo particular y con espíritu federal a las justicias provinciales.

En términos generales, evaluando las conclusiones extraídas de los resultados obtenidos de las estadísticas elaboradas por el área técnica del Poder Judicial de Córdoba (conf. [INVENTARIO-Cnt Actual de Exps por Dependencia - Power BI Report Server \(tribunales.gov.ar\)](#)) válidamente se verifica que, más allá de las vicisitudes que pueden presentarse en un juicio ordinario, su tramitación en el Fuero del Trabajo de la Ciudad de Córdoba, puede insu- mir en promedio, más de tres años.

Para revertir este panorama, y con el impulso im- preso por el mentado desafío, en la Provincia de Córdoba se efectuaron dos grandes reformas procesales, la oralidad en el fuero civil mediante ley 10.555 y la abreviación en el Laboral con la Ley Provincial 10.596.

En uso de las facultades delegadas al Tribunal Superior de Justicia por ley 10.676 (Art. 18) la reforma procesal laboral fue sucesivamente prorrogada frente a la irrupción de la pandemia (cfr. Resolución de Presidencia del TSJ N° 14 del 26/03/2020 – ratificada por Acuerdo Reglamentario (AR) 1621 A del 12/04/2020-, AR 1634 A del 25/06/2020 y AR 1662 A del 25/09/2020). Finalmente, por AR 1662 del 25/9/2020 se prorrogó la puesta en marcha del novel sistema hasta el 1° de abril del 2021. A través de una implementación progresiva del procedimiento declarativo abreviado, en una primera etapa, para la Sede de Córdoba Capital (Primera Circunscripción Judicial) entraron a regir las causas previstas en los incisos a), f), h) y l) del artículo 83 bis de la Ley N° 7.987 (T.O. Ley N° 10.596) para los juicios iniciados a partir del 05/04/2021. Con el objeto de afrontar el cambio de paradigma, intentando garantizar una justicia célere e inmediata a través de la oralidad efectiva, en una mesa de trabajo conjunta con los Jueces de Conciliación y del Trabajo de la Provincia de Córdoba, la asistencia del Tribunal Superior de Justicia, coordinación y asesoramiento del Dr. Héctor Chayer², y los aportes de la experiencia recabada por algunos Jueces Civiles de la Capital Provincial durante la prueba piloto del sistema oral en ese Fuero, se fijaron las reglas básicas procesales para todos los supuestos de procedencia previstos en el art. 83 bis de la Ley 7.987. Estas quedaron plasmadas en el Acuerdo reglamentario N° 1689 serie “A” de fecha 25/03/21

con su Anexo único el “PROTOCOLO DE GESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ABREVIADO LABORAL”. Específicamente a fin de abordar las modificaciones sustanciales producto de la consagración del procedimiento declarativo abreviado con audiencia única, en este compendio se describieron las prácticas y principios generales de carácter vinculante para todos los operadores. Se regula además el cambio en el rol de los Jueces de Conciliación y Trabajo, y la incorporación de nuevas herramientas de gestión y organización, cuyo impacto va más allá del procedimiento específicamente consagrado en el Capítulo Sexto del Título VI de la Ley 7.987. El protocolo propende a aprovechar los recursos previstos para lograr como primera y básica meta, la conciliación de los conflictos, y de manera inmediata, mejorar la calidad de las resoluciones judiciales, intentando concretar con ello los objetivos del aludido proyecto político Justicia 2020: fortalecer la confianza del ciudadano en el sistema judicial.

Luego de actuar durante aproximadamente un año el nuevo juicio por audiencias, bajo los postulados descriptos, por ACUERDO REGLAMENTARIO NÚMERO 1746 -SERIE “A” del 25/03/2022 el Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de las facultades delegadas en el art. 18 de la ley 10596 - t.o. ley 10676, invocando los resultados obtenidos, como la satisfacción de los usuarios (conf. reportes <http://t1xpmpwbi002/reports/powerbi/Oralidad%20Laboral/OralidadFueroLaboral?rs:embed=true>), y de acuerdo a un análisis del impacto de la ampliación de supuestos del procedimiento declarativo abreviado, especialmente en cuanto a la reducción en los tiempos de duración del proceso y la carga de trabajo de los/as magistrados/as, entendió necesario y conveniente avanzar en la implementación de la reforma y a partir del primero de abril del corriente año, se ampliaron las hipótesis del P.D.A.³ a las contempladas en los incisos b), c), d), e), g), i), j) del artículo 83 bis de la Ley 7.987, más el supuesto previsto en el art. 52 bis⁴ de la ley procesal texto ordenado por ley 10596.

II. PRIMER RELEVAMIENTO

En este primer tramo de vigencia de las modificaciones procesales, la gran mayoría de los casos tramitados en esta nueva modalidad de litigación, fueron los previstos en el inc. L del art. 83 bis de la Ley 7.987 (t.o. ley 10596). De acuerdo a los diferentes criterios de los Juzgado sobre qué supuestos quedan comprendidos en este tipo, expondré mi postura. Es común que en la sustanciación de los reclamos por ante la Comisión médica la contingencia denunciada (accidente; agente de riesgo o actividad laboral cuya exposición genera el mismo)

³ Procedimiento declarativo abreviado.

⁴ “Incomparecencia del demandado. Transformación del procedimiento. Artículo 52 bis.- Cuando en el proceso ordinario el demandado no compareciere a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 50 de esta Ley, no contestare la demanda y no ofreciere prueba vencido el plazo para el ofrecimiento de la misma, el Juez ordenará la continuación del trámite por el procedimiento declarativo abreviado previsto en el Capítulo Sexto del Título VI de esta Ley.”

² Consultor internacional, experto en gestión pública y judicial



quede generalmente vinculada causalmente con una patología o cuadro clínico que presenta el/la trabajador/ra. Pero también se releva que en varios casos no se reconoce jurídicamente⁵ esa vinculación entre la patología y las contingencias mencionadas, como productora o exclusiva generadora de una lesión, ya sea porque se está frente a una enfermedad inculpable; el evento no originó una lesión indemnizable⁶; o luego del cese de la incapacidad laboral temporaria la contingencia no dejó secuelas incapacitantes. Bajo tales premisas, el Ente administrativo no determina grado de incapacidad según los baremos previstos en el sistema de reparación laboral, y en consecuencia tampoco fija monto indemnizatorio alguno de acuerdo a las fórmulas previstas en la ley 24557. Entonces, si la lesión relevada en el/la trabajador/ra a criterio de la Comisión médica no constituye una contingencia indemnizable en los términos del sistema de riesgos del Trabajo, porque el hecho generador, relación causal o calificación médico laboral no puede ser reconocido de conformidad a las previsiones de la mencionada ley 24557, el caso no tipifica en el inc. L del art. 83 bis de la ley 7987 (t.o. ley 10.596), sino en la hipótesis aún no vigente de la reforma, el inciso K. Este dispositivo expresamente prevé la posibilidad de tramitar de modo abreviado las: *“Demandas derivadas del Régimen de Riesgos del Trabajo por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales cuya contingencia, hecho generador, relación causal o calificación médico legal haya sido rechazada por la Comisión Médica Jurisdiccional dependiente de la Superintendencia*

⁵ (ver. Dec. 658/96 y normas c.e.)

⁶ ver los parámetros establecidos en la ley de Riesgos del Trabajo y sus decretos reglamentarios, entre ellos el 659/96 y 49/2014.

de Riesgos del Trabajo”. En este punto, reitero lo descripto en el capítulo introductorio. El legislador Cordobés dispuso una implementación progresiva de las causales previstas en el art. 83 bis de la ley 7987 t.o. ley 10596, con el fin de readecuar los recursos disponibles, tanto humanos como tecnológicos, a los nuevos paradigmas procesales, por lo que, actualmente forzar la tipificación de las causales previstas en el art. 83 bis no resulta admisible. En primer término, porque existiría violación al principio de congruencia, ya que se pretende, en estos supuestos, resolver un caso en el que está en discusión la existencia de la dolencia que lesión indemnizable conforme la LRT, como si tal circunstancia fáctica estuviera definitivamente fijada en el ámbito administrativo, y lo único que se controvirtiera fueran el porcentaje incapacitante o monto indemnizatorio liquidado. Pero, además, y específicamente según lo expuesto, se desvirtúa la teleología de la reforma. Desatendiendo los objetivos del proyecto, se releva en los operadores judiciales una suerte de “ansiedad”, la cual se refleja en el intento de dejar atrapada la mayor cantidad de casos judicializados en los tipos de pleito posibles de procesar en el modo abreviado, omitiendo considerar que los incisos son taxativos; la vía resulta indisponible; el inciso k aún no está vigente; que en este tramo de la reforma, subsiste el juicio ordinario para los casos no contemplados en el art. 83 bis; y que existe la posibilidad de que el Juez, previo calificar la cuestión, excluya al proceso del P.D.A. y lo ordinarice⁷ haciendo uso de la facultad prevista en el Artículo 83 quinquies 4º párrafo de la

⁷ ORDINARIZACION de los casos previstos en el artículo 83 bis , en base a la complejidad del caso, signada por: relación laboral no registrada en los organismos pertinentes (ar.83 bis in fine); deficiente registración , existencia de deudores solidarios, y cuestionamiento relativo al encuadre convencional o la categoría profesional del trabajador (Artículo 83 quinquies 4º párrafo)

ley 7987 t.o. ley 10596. Esta inapropiada práctica impide la consolidación de este nuevo sistema de manera eficaz, o sea a través de un tránsito estudiado, bajo un análisis serio y progresivo, y en base al seguimiento obtenido de las experiencias recabadas durante las tramitaciones llevadas a cabo en esta novedosa modalidad, en la que se pretende aprovechar al máximo las virtuosas herramientas prediseñadas, las que literalmente enuncia el protocolo de actuación citado.

III. SEGUNDO RELEVAMIENTO

Resulta interesante destacar las ventajas procesales que ofrece la reforma. En la mayoría de los supuestos incluidos en el art. 83 bis, el objeto del pleito se traduce en una ecuación económica legalmente cuantificada. Luego, siguiendo los lineamientos impuestos en los arts. 83 ter⁸ en concordancia con la carga procesal impuesta en el art. 83 quater 4° párrafo⁹, el accionante tiene que acompañar la documental que permita el reconocimiento de los extremos fácticos habilitantes en cada una de las hipótesis tipificadas, como también la prueba que conduzca al reconocimiento del derecho invocado. También, deberá realizar un detalle de la cuantificación de los rubros pretendidos según las tarifas legales (confeccionar la planilla de rubros), desarrollando el método de cálculo respectivo, identificando los factores que correspondan (edad, valor del salario base mensual, MRNH, antigüedad, etc.) y la tasa de interés respectiva, en su caso. De igual modo a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, o al empleador sin A.R.T., le cabe definir de manera fundada la disconformidad en la cuantía de la indemnización pretendida en los términos de la LRT. A partir de estos requisitos, pretende el sistema circunscribir la contienda a la menor cantidad de cuestiones controversiales, a fin de lograr que la cuestión no resulte compleja. Es así que en el analizado inciso L el pleito tendrá como objeto sólo corregir o ratificar las conclusiones emitidas por el Comité médico respecto al porcentaje incapacitante atribuido a la lesión o la liquidación monetaria efectuada por el área técnica de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. En el inciso a), la cuantificación de los rubros correspondientes a las indemnizaciones previstas en los arts. 245, 232 y 233 de la LCT y en su caso la procedencia o no de la sanción prevista en el art. 2 de la 25323, para lo cual el accionante deberá preliminarmente acreditar la comunicación del despido,

⁸ Artículo 83 ter.- La demanda deberá contener los requisitos del artículo 46 de esta Ley y con la misma ofrecerse y adjuntarse la prueba que haga al reconocimiento del derecho que se reclama.

En el supuesto del artículo 83 bis inciso l), además del certificado médico deberán adjuntarse, bajo pena de inadmisibilidad, los antecedentes documentados que obren en poder del actor o indicar cómo obtenerlos. Asimismo, fundar las razones de la disconformidad con el modo de cuantificar la indemnización según las tarifas de ley.

⁹ En el supuesto del artículo 83 bis inciso l) el demandado debe indicar fundadamente el grado de incapacidad e importe de la liquidación que entiende corresponde al caso. Su silencio dará lugar a que se dicte la sentencia sin más trámite, sin perjuicio de las medidas de oficio que disponga el Juez.





las intimaciones fehacientes al pago de los conceptos citados, y en su caso, acompañará un recibo en el que conste la MRMNH denunciada. Requisitos similares se requieren en los supuestos de los incisos b), d) primer párrafo; e, y h. La síntesis de la cuestión litigiosa fija las pautas del nuevo sistema procesal bajo las cuales se desarrolla la audiencia única – primera parte del Art. 83 quinquies-, etapa que resulta más ilustrativa definir como lo hizo la ley 10555, utilizando el concepto: audiencia preliminar. Durante este acto complejo, en el primer ejercicio se intentará hacer efectiva la meta de conciliar el pleito, recurriendo a las técnicas de la mediación y conciliación. Para ello, por ejemplo, el/la Juez/a podrá hacer uso de gráficos que ilustren sobre los cálculos vinculados a la cuantificación de los rubros pretendidos, o la posibilidad de que tales o cuales escenarios hipotéticos resulten más previsibles en el caso. Con asistencia de su instructor, ejerciendo el rol de Asistente de Magistrado¹⁰, brindará la mayor cantidad de información posible a las partes para generar el campo propicio para la autocomposición.

Frustrada la conciliación, a continuación específicamente el sistema prevé que: *“el el/la Juez/a definirá la admisión de la prueba pertinente, conducente y útil para luego proponer un plan de trabajo y gestión respecto de las admitidas, que culminará en la continuación de la audiencia única. Si el asunto fuere de puro derecho, igualmente se fijará la continuación de la audiencia para oír las alegaciones de las partes y dictar sentencia. De acuerdo con la naturaleza de las cuestiones a probar y la legislación de fondo, podrá distribuir la carga de la prueba y requerir a las partes explicación de los hechos que se pretendan acreditar con las pruebas ofrecidas.”* Conjugando lo regulado en los dispositivos contenidos en la ley procesal, con los principios¹¹ que regulan el proceso abreviado, se infiere que en esa oportunidad las partes junto con el/la director/ra del proceso, en una “mesa de trabajo” y haciendo efectivo el principio de colaboración procesal, se delimitan los puntos cruciales de discusión (objeto litigioso y los hechos controvertidos) y descartan las cuestiones que no resultan conducentes para definir el resultado del pleito. Allí se ejercen proactivamente y en pleno las facultades tendientes a garantizar la simplificación y flexibilidad de las formas, a fin de hacer efectivo el principio de economía procesal, procurando que la concreción del proceso se produzca en un plazo razonable. También, puede hacer uso el/la Juez/a de varias herramientas: inicialmente puede servirse de medios tecnológicos para garantizar la celebración de la audiencia¹² y adquirir prueba¹³. Para aclarar los puntos en conflicto se puede invitar a las partes a rectificar errores materiales

¹⁰ Esta figura cobra especial relevancia en la gestión de los P.D.A. (ver. Acuerdo Reglamentario N° 1650 Serie A del 25/08/2020 y Acuerdo Reglamentario N° 1693 Serie “A” de fecha 31 de marzo de 2021).

¹¹ Inmediación, Celeridad, Concentración, Búsqueda de la verdad real, Moralidad, buena fe y colaboración procesal, Simplificación y flexibilidad de las formas, Publicidad y transparencia, Tutela judicial efectiva, Debido proceso, Oficiosidad, Eficacia, Economía procesal y Concreción del proceso en plazo razonable.

¹² EL ACUERDO REGLAMENTARIO N° 1665 SERIE “A” 1/10/2020 y el N° 1726 Serie “A” 4/10/21 habilita la recepción de AUDIENCIAS PRESENCIALES, SEMIPRESENCIALES o ENTERAMENTE VIRTUAL, ello de acuerdo al criterio que adopte cada Tribunal en función a las circunstancias que se presenten en la causa.

¹³ Acceder a los registros públicos digitales haciendo uso de Claves Fiscales o retransmitiendo documental firmada digital o electrónicamente (historias clínicas, recibos de haberes, etc.)

en que hubieren incurrido en sus escritos iniciales. Se distribuye la carga de la prueba, con la posibilidad de requerir en su caso, explicación a los litigantes sobre los hechos que se pretendan acreditar. Se pueden sustituir y trasladar pruebas, etc.¹⁴.

Desde el inicio del expediente, el/la Magistrado/a calificará la cuestión litigiosa, y durante el trámite ejercerá junto con las partes el saneamiento del proceso, respecto a lo controvertido y prueba conducente, construyendo un plan de trabajo respecto a la actividad probatoria, resguardando siempre el debido proceso, derecho de defensa de las partes y respetando las reglas clásicas como la de libertad probatoria.

La corta experiencia adquirida durante lo actuado en la audiencia preliminar, deja entrever que en esta primera etapa, algunas partes llegan al acto poco preparadas, por lo que participan casi como espectadores. Tal circunstancia puede dejar la sensación que bajo esta modalidad de actuar el litigio las notas inquisitorias cobran relevancia. Pero con lo analizado, se revierte esa mirada, y concluye que el/la directora/a del proceso ejerce su función comprometiendo a los litigantes, para que la experiencia de transitar una causa judicial, al menos, por el sistema de audiencias, resulte contenedora y fructífera.

IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El procedimiento declarativo abreviado ha jerarquizado la figura de los Juzgados laborales, así lo demuestran los rescates obtenidos de los reportes efectuados por el Poder Judicial (verf. [OralidadFueroLaboral - Power BI Report Server](#)). A su vez, los pequeños contactos que el nuevo procedimiento permitió a esta Magistrada mantener con los justiciables han resultado muy enriquecedores. Especialmente permitieron agudizar las percepciones y prácticas que la inmediatez habilita, entra ellas el ejercicio de la escucha activa y empatía. En lo técnico, reforzaron la idea de que es posible construir un poder judicial ágil y eficiente, en el que la ciudadanía experimente lo desafiante que resulta construir y mantener vivo el valor justicia, a través de la intervención activa de todos los operadores¹⁵, que en modalidad de trabajo en equipo construya y asegure el éxito de los objetivos que ha fijado este gran cambio de paradigma procesal.

¹⁴ Ilustrando tal circunstancia, puede ocurrir que después de adquiridos los instrumentos digitales aludidos en la nota 11) probablemente muchas pruebas informativas van a quedar subsumidas en los datos que registran tales documentos. Se puede trasladar de oficio las constancias de la Sentencia dictada en otro expediente electrónico mediante la cual se ha reconocido un porcentaje de incapacidad, con el objeto de verificar el correcto cálculo de la indemnización según el método de capacidad restante. Como también podría fijarse el valor del IBM según la documental anexada al SACM en otro pleito.

¹⁵ Jueces y sus auxiliares, abogados, peritos, e integrantes de los diferentes puestos de trabajo de las dependencias de la Justicia Provincial, entre ellos Asesorías letradas, oficiales de justicia, notificadores, Área de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones del P.J., Comité Auditor (Ver. Acuerdo Reglamentario N° (AR 163 Serie B del 22/7/2020).





Raúl Horacio Ojeda¹

Jaque al Libre Despido y a la Tarifación del Despido



I. INTRODUCCIÓN

El motivo de este breve ensayo es demostrar que el régimen de fuentes relativo a la “protección contra el despido arbitrario” que emana de nuestra Constitución Nacional (art. 14 nuevo, de 1957), ha sido reforzado con dos normas sustanciales: La Constitución Nacional de 1994 y el Código Civil y Comercial Ley 26.994 del año 2015. Esta novedad cambió la perspectiva tradicional sobre el tratamiento de las rupturas contractuales sin justa causa.

II. LA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE FUENTES

El artículo 2 del CCC estableció 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”*. Este *“diálogo de fuentes”*, nos provoca a deconstruir enseñanzas clásicas del derecho del trabajo que nos llevaron a considerar nuestro régimen normativo como un cuerpo cerrado, hermético, basado en el principio de especialidad.

Es cierto, la persona que alquila su tiempo vital en un trabajo, por cuenta ajena, a cambio de una prestación alimentaria, requiere de una protección especial, distinta a la de un contratante civil o comercial. Es ese sometimiento a cambio de alimento el que excita la necesidad y si hay tal necesidad, nace un derecho pues así lo impone el principio de Justicia Social.

Sin embargo esa tutela no debería excluir los mejores beneficios que surjan de la norma común, pues el art. 9 de la L.C.T. no distingue entre ramas del derecho (arbitrarias divisiones temáticas que nos hacen brutos en todo a medida que nos especializamos en algo).

La *“persona humana en situación de trabajo”*, tiene doble protección: la de persona humana y la del sometimiento vital.

Esta doble condición desborda el planteo originario de la Ley de Contratos de Trabajo, que en su artículo 1° establece que *“el contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen por esa ley, ...”* (etc.) lo que parecería cerrar allí toda regulación. Mal podría desentenderse esta norma protectoria de la faz humana de la persona que trabaja y es por ello que el art. 11° de la misma ley la amplió, al establecer que *“Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a*

los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

Ese ya citado principio de justicia social, fue explicado por la CSJN en términos que *“Las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”³ esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”⁴*.

III. LA RUPTURA TARDÍA

La curiosidad del iuslaboralista se despertó tardíamente. Previo a la reforma constitucional de 1994 había muchas de esas situaciones que el art. 11 LCT llamaba *“cuestiones que no pueden resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo”*, que provocaban olor a injusticia, pero quedaban irresueltas en el cajón de las cosas que la transacción de la norma especial abdicó. Una década larga tardamos en incorporar plenamente la ley 23.592 a la discriminación en situación de empleo y trabajo; pero aún, tres décadas tardamos en aplicar las herramientas del desdoblamiento del velo societario que proporcionaba la ley 19550 de 1972.

Parecía que, sumisamente, la persona que trabaja debía tolerar menor protección general a cambio de una protección especial automática (distinta, a veces menor); sin considerar que podría tomar ambas, por persona y por trabajador/a.

IV. NUEVO TABLERO

Bajo la excusa de la transacción, hemos tolerado históricamente situaciones de injusticia. Hasta las hemos naturalizado como *“cuestiones dadas”* o incuestionables.

Sin embargo, el nacimiento de *“El nuevo principio protectorio”⁵* generado por la reforma constitucional (para su desarrollo recomiendo ver esa nota), nos hizo tomar cuenta de un nuevo tablero de protección, con más piezas y casilleros, en los que la persona que trabaja tiene otras opciones, siempre más favorables (art. 9 LCT) y derivadas del principio de justicia social (art. 11 LCT).

El CCC Ley 26.994 ofrece herramientas generosas para el iuslaboralismo. Entre tantas ellas baste citar las referidas al abuso del derecho (art. 10), titularidad de acciones (art. 14) y acciones preventivas (art. 1710).

3 CSJN, “Bercaitz” 1974, Fallos 289:430

4 CSJN, 21/9/2004, “Aguino”

2 Expresión de Rolando Gialdino, en la conferencia del 23/08/2017. <https://youtu.be/S2abWytURME>

5 Revista del Grupo de Estudios de Derecho Social, Ed. MICROJURIS (marzo 2021), p. 99 y sgtes.





En este laboratorio sólo usaremos el art. 10 CCC, que dice:

ARTICULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización. (la negrilla fue agregada con fines expositivos)

CASO I: EL DESPIDO INDIRECTO

El despido indirecto es el acto jurídico unilateral y recepticio por el cual la persona trabajadora denuncia el contrato de trabajo, fundado en un incumplimiento grave del/la empleador/a que imposibilita la prosecución del contrato.

La visión clásica que he transcritto al comentar el art. 246 LCT⁶ dice que, así como al empleador le es exigible que, en vez de despedir por justa causa utilice sus facultades disciplinarias –siempre que ello sea posible– para corregir al dependiente incumplidor; al trabajador también le es requerido que brinde una oportunidad al empleador de ade-

cuar sus prestaciones, cuando el incumplimiento de ésta fuera eventualmente subsanable⁷. A tal efecto, como el dependiente no posee poder disciplinario, la herramienta que debe utilizar es la intimación⁸.

Hoy podríamos afirmar que las nuevas herramientas que proporcionan los arts. 10 CCC y 1710 CCC en conjunto, podrían romper con la lógica de la ruptura contractual inevitable por denuncia, dándole la opción a la persona que trabaja de iniciar una acción por cumplimiento contractual.

Ese camino ya lo inició la reforma introducida al art. 66 de la LCT por la ley 26088 y en coherencia con esa línea, bien podrían viabilizarse acciones preventivas que eviten romper los contratos como consecuencia de incumplimientos patronales o de condiciones abusivas a que sean sometidas las personas que trabajan.

Recordemos que tener estabilidad en el empleo es la máxima aspiración de las personas que trabajan, porque en base a ella puede organizar toda su vida familiar y comunitaria. La expectativa de perdurabilidad, no sólo conlleva el sentido de inserción social que implica el empleo, sino que además permite planificar su futuro, como la educación de los hijos, las inversiones en bienes básicos, la alimentación, el esparcimiento, las actividades culturales y sociales, etc.⁹

⁷ Si el incumplimiento no fuera subsanable, procederá el despido indirecto sin que medie intimación. Para que ello sea posible, el incumplimiento no debe poder ser reparado con una conducta del ofensor, como por ejemplo, en situaciones de violación a la integridad, a la intimidad, a la honestidad sexual, etc.

⁸ Ver, entre otros, CNTrab., sala VIII, mayo 12-997. -

⁹ LCT Comentada, ya citada, p. 411

⁶ OJEDA, Raúl Horacio. LCT Comentada y Concordada, Santa Fe, 2011, T. III, p.464.

CASO 2: LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO

El artículo 245 de la L.C.T., consagra una fórmula indemnizatoria destinada a reparar las consecuencias contractuales del despido injustificado. No es más que uno de los productos de una disciplina con normas de contenido transaccional, en la que se tarifican los daños con carácter de presunción “iure et de iure” (sin admitir prueba en contrario), a cambio de los beneficios de la certeza (por no tener que probarlos) y de la inmediatez (el sólo cumplimiento de la condición, hace que se devengue el crédito a favor del trabajador)¹⁰.

Sin embargo, ya se penetró ese blindaje cuando se produjeran los llamados “daños morales”, otros daños inmateriales reparables aún en ausencia de un contrato de trabajo¹¹.

También fue erosionado cuando se tratase de despidos discriminatorios por aplicación de la Ley 23.592¹², disponiéndose la nulidad de los despidos que tuvieran una causa tal.

Ahora debemos plantearnos que -en la misma línea que podemos evitar un despido indirecto cuando la causa es abusiva- también lo podemos repeler cuando el despido directo lo es. En efecto, luego de la irrupción de la ley 23.592 ya no es posible discriminar a cambio de pagar una tarifa; tampoco lo es despedir “porque sí”, en situación abusiva. Imagino como tal la paradigmática situación de la persona trabajadora que se accidentó y está transitando por la etapa de Incapacidad Laboral Temporal (ILT) en la Ley 24.557. O cuando el despido no responde a una razón funcional, o es un simple capricho del empleador por cualquier razón subjetiva.

CASO 3: LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN

El estatuto creado por ley 22.250 se ha apartado de la regla general de la LCT en cuanto a la protección contra el despido, estableciendo un sistema de capitalización de antigüedad generalmente menor al general, que a cambio prescinde de analizar la culpa en la ruptura contractual. Este sistema fue impulsado recientemente en los debates para extenderlo a toda la actividad económica.

Es necesario destacar que el criterio de especialidad de la reparación del despido establecido en el Estatuto de la Industria de la Construcción se funda en la necesidad de establecer etapas que

¹⁰ LCT Comentada, ya citada, p. 410

¹¹ Para un desarrollo más extenso de este tema, véase LCT Comentada, ya citada, p. 451. También “Indemnizaciones extrarrefundadas por la extinción de la relación de trabajo” (con la colaboración de Marisa Ortiz e Ignacio Hermida), en “Extinción de la relación del trabajo”, *AAVV dirigido por Mario Ackerman*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2008, p. 649 y sgtes.

¹² Véase ELIAS, Jorge. *La onda expansiva del despido discriminatorio*. RDL 2008-2, p. 71.





obedecen a distintos oficios y especialidades. Por tal razón no se obliga a un empleador a cumplir con el 78 LCT cuando la etapa hubiera concluido.

Por lo tanto, por aplicación de la regla general del art. 10 CCC bien podríamos cuestionar un despido en la industria de la construcción cuando la etapa no hubiera terminado (despido abusivo).

De igual modo, si no se acreditara la terminación de la etapa, podrían activarse normas de crisis ocupacional, como el art. 2 del Decreto 34/2019.

También podríamos cuestionar por medio de la Ley 23.592 un despido cuando se motivare en la pertenencia de la persona que trabaja a un colectivo sospechoso o vulnerable (despido discriminatorio).

Finalmente, podríamos analizar un reclamo por reparación de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741 CCC), cuando se tratara de un despido especialmente ultrajante¹³.

CASO 4: LA PAREJA GESTANTE

La ley de contrato de trabajo ha establecido una indemnización tarifada en el art. 182 LCT para la mujer gestante que fuera despedida en el período de sospecha regulado en el art. 178 LCT.

Sin embargo, ya se ha extendido esa protección a la mujer adoptante¹⁴ y en algún caso puntual también a la pareja de la mujer gestante¹⁵. Por lo tanto, deberíamos referirnos a persona gestante/adoptante.

Deberíamos preguntarnos, por qué no habríamos de aplicar el art. 10 del CCC cuando una persona gestante/adoptante, está siendo víctima de un abuso de derecho? Por qué los obligaríamos a considerarse despedidas/os cuando puede reclamar el cese de la conducta abusiva, con más los daños y perjuicios sufridos? Esa opción la tiene cualquier persona física, no habremos de despojar de tal acción a las personas que trabajan, máxime si son gestantes/adoptantes, dado que el interés protegido sería triple: la persona humana, en situación de trabajo y en vulnerabilidad familiar.

Finalmente, también sería posible esperar que una persona física gestante/adoptante no se conforme con la reparación prevista en el art. 182 de la L.C.T. y reclamar el mismo trato que la ley 23.592 le brindaría a una persona gestante/adoptante discriminada por tal, en un ámbito no laboral. Igual afirmación podríamos hacer respecto de los trabajadores con tutela sindical emanada de los arts. 48 y 52 Ley 23.551.

¹³ Llamo despido ultrajante al especialmente ofensivo, que ha tenido por víctima a una persona en situación de vulnerabilidad.

¹⁴ CNTrab, sala X, 30/05/2000, "Tripodi, Graciela c/ Instituto Erna Escuela Recuperación Niños Atípicos SRL y otro"; CNTrab, sala V, 30/09/99, "Casusaa, Margarita c/ Alexander Fleming S.A."

¹⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 72, 26/11/2019, Sentencia Definitiva Nro: 5.061.Auto: "POSTIGLIONI, NICOLAS ANDRES c/ WEBAR INTERNET SOLUTIONS S.A. s/DESPIDO". Expte. Nro.: 46321/2017. Confirmado por CNAT, Sala IV, SD 75049 del 10/3/2020.

V. SÍNTESIS FINAL

El principio “pro homine” (DUDH 1948) nos permite suponer que todos creemos que “La medida de los derechos humanos no esté dada ni por las llamadas leyes del mercado ni por intereses crematísticos, siempre secundarios”¹⁶.

Si estamos de acuerdo y usted ya aceptó la plena aplicación de la protección general antidiscriminatoria (ley 23.592) y el descorrimiento del velo societario (ley 19.550 y ahora CCC), ¿porqué no habría de aceptar las propuestas que hice en este ensayo?

¹⁶ CSJN, 18/12/2007, “Silva, Facundo Jesús c. Unilever”





Esperanza Macarena Sierra Benítez¹

LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA

La expansión del trabajo
remoto y la recepción
en Europa de los
nómadas digitales



I. INTRODUCCIÓN²

La OIT presentó el 1 de septiembre de 2021 el *Informe Mundial sobre Protección Social 2020-2022*, titulado *La protección social en la encrucijada*. En este informe se afirma que 4.000 millones de personas en el mundo siguen estando completamente desprotegidas a pesar de la expansión de la protección social durante la crisis generada por la COVID-19. La respuesta a la pandemia fue desigual e insuficiente, aumentando la distancia entre los países de altos ingresos y los de bajos ingresos, y no logró ofrecer la protección social indispensable que todos los seres humanos merecen. Entre los mensajes del informe se dice que la recuperación socioeconómica sigue siendo incierta, y que destinar más recursos a la protección social seguirá siendo decisivo. Esto indica que los países se encuentran en una encrucijada en la trayectoria de sus sistemas de protección social, desde el momento que deben elegir entre seguir una política de austeridad fiscal o de expansión y refuerzo de sus sistemas de protección social³.

En el seno de la ONU se ha estimado que en materia de empleo es necesario crear en el mundo 400 millones de puestos de trabajo y extender la cobertura a 4.000 mil millones de personas que actualmente quedan desprotegidas. Las cifras económicas que se barajan giran alrededor de los 982.000 millones de dólares en medidas de estímulo fiscal como respuesta a la crisis del mercado laboral y, 1'2 billones de dólares anuales para los pisos de protección social en los países de ingresos bajos y medios⁴. La recuperación de la pandemia que está centrada en las personas necesita que las políticas de empleo y de protección social sean conjuntas. Y, por lo tanto, es necesaria una acción acelerada en materia de empleo y protección social para evitar una recuperación mundial desigual y prevenir crisis futuras (Plataforma Global Accelerator on Jobs and Social Protection, 28 de septiembre 2021)⁵. En concreto, se propone una estrategia de financiación más ambiciosa que permita al mundo reconstruirse de forma más inclusiva y sostenible para acelerar la recuperación mundial COVID-19 y la acción climática, incluso en los países de bajos y medianos ingresos. En este sentido, todo esto sería posible si los países más ricos acordaran donar una media del 60% de su nueva asignación de DEG (Derechos Especiales de Giro del FMI recientemente emitidos) “a los países de renta baja y media-baja y si los consejos de administración de los Bancos Multilaterales de Desarrollo acordaran

utilizar dos tercios del espacio adicional estimado que tienen colectivamente en sus estructuras de capital para ampliar la actividad de préstamo y de financiación combinada sin afectar a sus calificaciones crediticias”⁶.

La necesidad de crear empleo se encuentra con el problema de que el trabajo asalariado tradicional escasea y se está convirtiendo en una modalidad de prestación de servicios en crisis. El trabajo asalariado de la era industrial está conviviendo con un nuevo empleo flexible y digital que engloba múltiples formas de prestación de servicios (trabajo a distancia, teletrabajo no habitual, trabajo digital, trabajo de plataformas, etc.) y, de alguna manera, representa nuevas formas de trabajo que intentan evitar el compromiso y las garantías de los derechos laborales como, por ejemplo, una retribución adecuada y/o digna. Así, por ejemplo, las plataformas digitales de trabajo generaron en el mundo unos ingresos de al menos 52.000 millones de dólares en 2019. Cerca del 70% de los ingresos se obtuvieron en los Estados Unidos (49%) y China (23%). Las condiciones laborales en estas plataformas se rigen en gran medida por contratos de servicios definidos unilateralmente por las plataformas en aspectos como el tiempo de trabajo, la remuneración, los protocolos de atención al cliente, la legislación aplicable y la propiedad de los datos y, por lo tanto, no contemplan una relación contractual entre la plataforma y el trabajador como una relación de trabajo. Esto significa que estos trabajadores no disfrutaban de la protección y los derechos laborales de los asalariados (por ejemplo, el seguro de enfermedad y las prestaciones de accidente de trabajo, el seguro de desempleo e invalidez, y las prestaciones de jubilación o pensión de vejez), lo que ha ocasionado que muchos países comiencen a abordar algunas de las cuestiones relacionadas con su protección social⁷. En materia de seguridad social se han abordado medidas novedosas. Por ejemplo, en Francia las plataformas han asumido los costos del seguro de accidente de los trabajadores por cuenta propia, y en Latinoamérica han incluido a estos trabajadores en la seguridad social⁸.

6 OIT, *Recuperación COVID-19 y acción climática. Una estrategia de financiación más ambiciosa que permita al mundo reconstruir de forma más inclusiva y sostenible es posible*, 7 octubre 2021, en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_822118/lang-es/index.htm

Véase Documento de trabajo de la OIT 40 “*Modos de financiar una recuperación de la crisis de la COVID-19 centrada en las personas y una acción decisiva contra el cambio climático en todo el mundo. El momento de la verdad de la cooperación internacional en el siglo XXI*”.

7 Las nuevas realidades digitales son objeto de iniciativas sindicales. Recientemente UGT ha impulsado la primera “RED de creadores de contenido” de redes sociales en España. Un nuevo proyecto sindical que recoge la actividad desempeñada por “youtubers”, “instagramers” y “tiktokers” y otros espacios y redes sociales. Se trata de un “colectivo que reivindican negociación, diálogo y unas reglas justas para todas las personas que generan contenido propio y repetido, y consideran que en este proceso deben estar la Administración del Estado español y la Unión Europea como parte de una regulación adecuada” en <https://www.ugt.es/ugt-impulsa-la-primer-red-de-creadores-de-contenido-de-redes-sociales-en-espana>

8 OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación de mundo del trabajo*, 2021, pág. 5, 10 y 11, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_771675.pdf

2 Este trabajo se ha elaborado en el marco de la Ayuda (RED2018-102508-T) financiada por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y publicado en la e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. 6, núm. 2, 2021 <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/19965>

3 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_817576.pdf

4 OIT, *Recomendación sobre los pisos de protección social*, 2012 (núm. 202) “los pisos de protección social constituyen conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social” (art. 2).

5 Véase la plataforma “Global Accelerator on Jobs and Social Protection” presentada por el Secretario General de la ONU, el 28 de septiembre de 2021 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2021/09/un-secretary-general-calls-for-accelerated-action-on-jobs-and-social-protection-to-avoid-an-uneven-global-recovery-and-prevent-future-crises/>



Una de las acciones propuestas por la ONU en materia de empleo y protección social es diseñar medidas de política para extender la protección social a los trabajadores de la economía informal, y fomentar la formalización progresiva de las empresas y el empleo, incluida la economía del cuidado.

En España se ha producido un avance con la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2021, de 23 de octubre, que garantiza los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 2021). Esta Ley estableció la presunción de laboralidad de las actividades de reparto cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. No obstante, se trata de un avance relativo, ya que la presunción sólo se extiende a aquellas personas que realizan prestaciones de servicios de reparto, por lo que quedan excluidas todas aquellas que realizan actividades distintas a las de reparto en las plataformas económicas.

Por otro lado, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, contempló la prestación de servicios que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa y dela que el teletrabajo es una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías⁹. Sin embargo, la Ley sólo ha incluido dentro de su ámbito de aplicación el trabajo a distancia regular, es decir, el que se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1 Ley). Tampoco incluye referencia al teletrabajo transnacional, al menos en los términos en que se ha realizado en otros países¹⁰.

Estos son pequeños ejemplos de regulación de la normativa laboral de prestación de servicios que no son significativos ante la aparición disruptiva del trabajo

digital. Los datos del año 2018 señalan que la economía informal empleaba a más del 60% de la población activa mundial. Unos 2.000 millones de personas ocupan un empleo informal, gran parte de ellas en los países emergentes y los países en vías de desarrollo. La mayoría carece de protección social, derechos en el trabajo y de condiciones de trabajo decentes¹¹.

En nuestro estudio nos vamos a centrar en los trabajos remotos cuyas prestaciones de servicios están siendo reguladas con un amplio margen de flexibilidad con la finalidad de captar el talento, la inversión, consumidores y turismo de personas cualificadas¹².

II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE TRABAJO REMOTO

Un número importante de países de Latinoamérica han regulado e implementado el trabajo a distancia o teletrabajo como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. En Latinoamérica desde que entraron en vigor las normas de confinamiento y otras como consecuencia de la pandemia, en el peor momento de la crisis (segundo trimestre de 2020), 23 millones de personas trabajaron desde sus domicilios (entre el 20 y 30% de los asalariados). Antes de la pandemia esa cifra era muy inferior (en torno a un 3%), y el teletrabajo era principalmente realizado por trabajadores por cuenta propia. Los grandes perjudicados fueron los trabajadores informales, que no tuvieron la posibilidad de mantener el empleo por no poder acceder al teletrabajo. Y, por otro lado, las mujeres, al no poder dejar las labores tradicionales de cuidados que realizaban¹³.

9 Exposición de motivos I de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

10 El régimen legal de Teletrabajo en Argentina fue sancionado en agosto de 2020 a través de ley N°27.555. El pasado 19.1.2021, el Ministerio de Trabajo dictó el decreto N° 27/2021 que reglamentó la aplicación de esta ley y reguló sobre el actual Régimen de Teletrabajo. El art. 17 de la mencionada ley establece: "Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones".

11 Informe de la OIT (2018), "Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico. Tercera edición" en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang-es/index.htm

12 OIT/CINTERFOR, empleo informal. "Incluye todo trabajo remunerado (p. ej., tanto autoempleo como empleo asalariado) que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores" <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3366>

13 OIT, Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe, 2021 https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_811301/lang-es/index.htm

En la Unión Europea se constata la adopción acelerada del teletrabajo tras el inicio de la pandemia y la puesta en marcha de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. En el período 2011-2019, la adopción del teletrabajo era muy desigual en los países europeos, oscilando el porcentaje de ocupados que trabajan desde el domicilio particular de la media de la UE-27 entre el 4'8% y el 5'5%. Estos porcentajes se han triplicado durante la pandemia, si bien la adopción del teletrabajo ha variado según han evolucionado las restricciones de movilidad que se han establecido por las autoridades en los distintos países¹⁴.

En definitiva, observamos que el teletrabajo como trabajo remoto ha sido o está siendo objeto de regulación por la gran mayoría de los países del mundo que han recurrido a esta forma de trabajo como consecuencia de la crisis de la COVID-19. Es decir, es un trabajo remoto garantizado como medida de protección social. En este sentido, nos queda por estudiar aquellos otros trabajos remotos calificados como nómadas digitales que se encuentran próximos al denominado teletrabajo internacional que no tiene una normativa específica de regulación en el ámbito de la UE.

El teletrabajo es una modalidad de trabajo remoto que con la pandemia experimenta un fuerte impulso, puesto que recurrir al mismo constituye una decisión sanitaria decretada en el marco de los estados excepcionales. Este carácter forzoso implica la existencia de una nueva categoría que podría denominarse “trabajo remoto excepcional y obligatorio”¹⁵ y, por lo tanto, como afirma el profesor de la Universidad de la Sorbona, Jean Emmanuel Ray, ese teletrabajo forzado no es teletrabajo¹⁶. En Perú se estableció la figura del trabajo remoto regulado en el Decreto Supremo 10-2020-TR porque, a diferencia de lo que ocurre con el teletrabajo, el trabajo remoto no requiere de un acuerdo entre las partes y tampoco exige que la empresa compense al trabajador, por ejemplo, los suministros de equipos de trabajo y de Internet.

Al margen de esta terminología surgida como consecuencia de la pandemia, podemos identificar el trabajo remoto como aquél que permite trabajar fuera de un entorno de oficina tradicional como ocurre en el teletrabajo. No obstante, existe una modalidad de trabajo remoto que se diferencia del teletrabajo en que “los empleados remotos pueden ejecutar sus proyectos y superar sus objetivos donde quieran”¹⁷, pero en un régimen de movilidad temporal internacional y que se identifican con el término “nómadas digitales”. En este sentido, cabe incluirlos en lo que se ha denominado teletrabajo internacional porque carecen de una “figura jurídico-migratoria que lo regule”¹⁸.

14 ONTSI, *Dossier de indicadores de teletrabajo y trabajo en movilidad en España y la UE* (junio 2021), junio de 2021 <https://www.ontsi.es/index.php/es/publicaciones/Dossier-de-indicadores-de-teletrabajo-y-trabajo-en-movilidad-en-Espana-y-la-UE-junio-2021>

15 Entrevista realizada a la representante de la OIT Cono Sur de América Latina, Carmen Bueno, el 26 de junio de 2020 en <https://www.cronista.com/informacion-gral/La-OIT-sugiere-la-categoria-de-trabajo-remoto-excepcional-y-obligatorio-20200623-0037.html>

16 Ray, Jean Emmanuel “Télétravail à l'heure du Covid-19: l'open space au domicile”, *Le Club Des Juristes. Le premier Think Tank Juridique Français*, 27 de marzo 2020, <https://blog.leclubdesjuristes.com/teletravail-a-lheure-du-covid-19-lopen-space-au-domicile/> También en <https://zevillage.net/teletravail/jean-emmanuel-ray-ne-tuons-pas-lelan-du-teletravail/>

17 Blog Pweb.info, *Qué es el trabajo remoto, definición, en qué consiste*, 18 de agosto de 2020 <https://pweb.info/que-es-el-trabajo-remoto-definicion-en-que-consiste/>

18 Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional, FEEX, *Libro Blanco Teletrabajo Internacional*, 2021, p. 35 afirmación realizada tras estudiar el marco jurídico migratorio aplicable en España.





La pandemia de la COVID-19 y el fenómeno conocido como la *Uberización de la economía* han abierto la posibilidad de que ciertos profesionales puedan aspirar a un estilo de vida diferente y de movilidad utilizando las herramientas digitales para la prestación de servicios en remoto. Estos nómadas digitales se identifican con personas que nacieron en la década de 1980 y fines de la década de 1990, que desde temprana edad están familiarizados con las herramientas informáticas (*millennials*), y que suelen cambiar de trabajo con cierta regularidad, bien porque no tienen una estabilidad económica o bien porque no se sienten involucrados con las organizaciones para la que prestan servicios¹⁹. Al respecto, en un informe realizado en Norteamérica el 60% de estos *millennials* dicen que están abiertos a una oportunidad laboral diferente, 15 puntos porcentuales más que el porcentaje de trabajadores no *millennials* que dicen lo mismo. Igualmente, también el 36% estaría dispuesto a buscar trabajo en una organización diferente en los primeros 12 meses si el mercado de trabajo mejora, en comparación con el 21% de los no *millennials* que dicen lo mismo²⁰.

En la Unión Europea estos nómadas digitales son considerados teletrabajadores extranjeros a los que se les permite teletrabajar en un país cualquiera de Europa para una empresa empleadora radicada en el extranjero mediante la obtención de las visas nómadas dotadas de un régimen de concesión flexible. Así, por ejemplo, con el objetivo de mejorar el atractivo de nuestro país como plataforma audiovisual europea para generar negocio y puestos de trabajo en España se ha publicado la Orden PCM/1238/2021, de 12 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2021, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento de entrada y permanencia de nacionales de terceros países que ejercen actividad en el sector audiovisual (BOE, núm. 272, de 13 de noviembre de 2021). En esta Orden se articulan tres vías en función del periodo de permanencia de estos profesionales en España. Incluso en algunos casos están exentos de la obtención de la autorización de trabajo.

En la futura Ley de Fomento del Ecosistema de Empresas Emergentes (Ley de *Startups*) se establece una regulación de los nómadas digitales y así, por un lado, se prevé un régimen tributario específico para que estas personas desplazadas que teletrabajan en territorio español se sometan al impuesto sobre la renta de no residentes, relajándose los requisitos para acceder a este régimen (pasando de 10 a 5 años el requisito de no ser residente fiscal en España) y, por otro lado, se amplía el período de disfrute de 5 a 10 años. Asimismo se crea un visado específico para las personas que teletrabajen en España para una empresa extranjera²¹.

19 En Estados Unidos tras la pandemia el número de personas que han dimitido de sus empresas se sitúa en 4 millones. Este fenómeno se conoce como "The Great Resignation" de trabajadores de la banca de inversión que cambian al sector de las tecnológicas porque buscan "otras cosas" independientemente de la retribución, vid. en NILUS, 28 de noviembre de 2021. Alejandra Nuño, socióloga, sobre la gran desbandada laboral: "La gente no quiere seguir trabajando así."

20 Gallup. Business Journal, Millennials: The Job-Hopping Generation en <https://www.gallup.com/workplace/231587/millennials-job-hopping-generation.aspx>

21 El anteproyecto prevé un régimen tributario español para teletrabajadores extranjeros que posean esta visa española. Estos teletrabajadores estarán sometidos al impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) que, por lo tanto, supondrá una reducción en los tributos. Hasta 600.000 Euros pasarían de pagar un 24% a un 15%. Incluso pueden solicitar el aplazamiento del IRNR en el primer y segundo ejercicio con base imponible positiva (sin intereses) y se elimina el requisito de realizar pagos fraccionarios del IRNR en los años posteriores en los que la base imponible sea positiva. Fuente. VisaEUROPA, ¿Trabajar desde España? Llega la visa para nómadas digitales en <https://www.visaeuropa.com/noticias/visa-nomadas-digitales-espana>

Más abajo haremos referencia a este anteproyecto que contempla las visas de nómadas en España, pero previamente vamos a ver varios ejemplos en países que han creado la visa para nómadas digitales dirigida a teletrabajadores que presten servicios en el extranjero de forma independiente y temporal. En general la norma está pensada para profesionales altamente cualificados, emprendedores e inversores y, entre otros propósitos, para que sirva como posible vía de creación de empleo²².

III. VISAS NÓMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA²³

Aunque el trabajo en remoto permite la movilidad internacional, sigue siendo necesario que los teletrabajadores soliciten una visa de trabajo tradicional cuando no tienen un contrato con una empresa local y/o una carta de invitación. Tampoco pueden permanecer en el país de origen por más tiempo de lo que permite una visa turista y, en el caso de que no sea necesaria dicha visa, tampoco pueden permanecer más allá del corto período de tiempo que la normativa les permite (espacio Schengen). En la UE a partir de 2022 se va exigir autorización ETIAS para Europa para estancias cortas sin visa en el Área Schengen²⁴.

Los trabajadores en remoto que deseen permanecer más tiempo del permitido con una visa de turista (que no les permite trabajar) pueden tramitar la visa de nómada digital que se les concederá principalmente en el caso de que disponga de recursos suficientes.

REQUISITOS DE VISA PARA NÓMADA DIGITAL

Con independencia de que cada país tenga su propia norma, el trabajador remoto debe probar esta condición para poder solicitar las visas para nómadas digitales y, en concreto, debe demostrar que económicamente cuenta con medios para cubrir su estancia. Sin embargo, este dato no es suficiente ya que no todos los solicitantes son elegibles para una visa de nómada digital. La elegibilidad depende de varios factores tales como la nacionalidad

del trabajador remoto, su historial de visas y si el solicitante se considera una amenaza para la seguridad o la salud de los países donde han solicitado la visa de nómada digital²⁵.

Veamos algunos ejemplos de estas visas nómadas que tienen como finalidad captar el talento y nuevas iniciativas emprendedoras y económicas que sirvan para incentivar el empleo local:

1. CROACIA es uno de los primeros países que implantó estas visas (1 de enero de 2021), por lo que tuvo que modificar su Ley de Extranjería para permitir que trabajadores remotos que no tienen pasaporte de la UE puedan obtener una visa de residencia por un año y estar exentos de pagar el IRPF. El nómada digital es un nacional de un tercer país que está empleado o realiza un trabajo a través de la tecnología de la comunicación para una empresa o su propia empresa que no está registrada en la República de Croacia y no realiza ni presta servicios a empleadores en la República de Croacia²⁶.

Estos trabajadores remotos pueden presentar la solicitud de visa en su Consulado o en una estación de policía en Croacia²⁷. Una vez que al trabajador remoto le sea concedida la visa, que le permite viajar con familiares cercanos que también obtendrán el permiso de residencia, a su llegada a Croacia deben informar a las autoridades locales y proporcionar su dirección en el país y actualizar esta información durante su estancia si fuera necesario. Los requisitos que se exigen son: prueba de trabajo remoto, ingresos anuales suficientes, seguro médico, comprobación de antecedentes penales y un contrato de alquiler²⁸.

La estancia temporal no se puede prorrogar, aunque se puede presentar una nueva solicitud para regular la estadía de nómadas digitales 6 meses después de la expiración de la estadía temporal previamente otorgada²⁹.

Se dice que esta visa para estos trabajadores remotos, a diferencia de otras visas para nómadas digitales en otros lugares, es en realidad un permiso de residencia nómada digital que permite permanecer a estos nómadas remotos como residentes a corto plazo en Croacia por un máximo de 12 meses³⁰.

En la actualidad se espera que Croacia ingrese en el espacio Schengen a finales de 2022, una vez que obtenga la aprobación y ratificación, por unanimidad, de todos los demás Gobiernos miembros de la Unión Europea. En ese caso, a partir de finales de 2022, los turistas de terceros países (exentos de visa para viajar a la Zona Schengen) que quieran viajar a una nación del espacio Schengen tendrán que solicitar un permiso ETIAS para estancias cortas de hasta 90 días. La zona Schengen consta de 22 estados, de

22 ETIAS. Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

23 ETIAS. Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

24 Existen más de 60 países que no necesitan visado para viajar a Europa (espacio Schengen formado por 26 naciones europeas que han suprimido los controles en sus fronteras exteriores comunes) porque se encuentran en el área europea de libre circulación. Sin embargo para estos países que no necesitan visados, la UE va a poner en marcha el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (ETIAS) a finales de 2022. Este es un sistema que se implanta para los extranjeros exentos de visado y que, por lo tanto, tienen que obtener ETIAS para visitar países Schengen en estancias de hasta 90 días. En estos casos, estamos ante nacionales de países elegibles para solicitar ETIAS (ETIAS no es un visado, es un permiso de viaje que se puede obtener fácilmente a través de una solicitud en línea) y visitar Europa sin visado en estancias de corta duración. Una vez aprobado, ETIAS es válido durante 3 años consecutivos, permitiendo estancias de hasta 90 días en un período de 180 días en ETIAS. ¿Qué países no necesitan visa para viajar por Europa? en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/viajar-sin-visa-a-europa> La autorización de viaje ETIAS es un permiso de viaje para aquellos que se desplazan por negocios o turismo y no sustituye las visas de estudiante o de trabajo. Los nacionales de terceros países que deseen vivir, estudiar, trabajar o permanecer en Europa por más de 90 días consecutivos, tendrá que solicitar otro tipo de visado ETIAS. Requisitos de entrada a Europa con ETIAS <https://www.etiasvisa.com/es/requisitos-etias>

25 ETIAS. Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

26 Republic of Croatia, Ministry of the Interior, <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>

27 Pasaporte al futuro, <https://pasaportealfuturo.com/visa-para-nomadas-digitales-en-croacia/>

28 ETIAS. Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

29 Republic of Croatia, Ministry of the Interior, <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>

30 <https://www.chasingthedonkey.com/croatia-digital-nomad-visa-requirements/>



los 28 miembros de pleno derecho de la Unión Europea, y de 4 países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), incluidos Islandia y Noruega³¹.

2. ALEMANIA es uno de los primeros países que creó una visa para autónomos de dos tipos: a) para artistas y b) para otros profesionales. Estos deben registrarse en la oficina de impuestos alemana y presentar una serie de documentos como, por ejemplo, extractos bancarios. En todo caso los autónomos deben tener clientes ubicados en Alemania³².

Así, por ejemplo, el portal de Servicios de Berlín recoge los requisitos para emitir un permiso de residencia para realizar una actividad por cuenta propia como empresario (diferente para los autónomos en cuanto que exige diferentes requisitos). Entre los requisitos se exige que el solicitante tenga suscrito un plan de pensiones adecuado si ha cumplido los 45 años. En este sentido, contempla que a la edad de 67 años debe tener una pensión mensual de 1.332'36 euros (al menos por 12 años) o un importe de activo de 194.631'00 euros³³.

3. ESPAÑA se ha comprometido a aprobar una ley para impulsar a las empresas emergentes y fomentar el emprendimiento antes de finales de 2022. En el anteproyecto de Ley de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes se contempla la creación de un nuevo visado para trabajadores en remoto para trabajar a distancia para empresas extranjeras y residir en el país sin necesidad de un visado de trabajo regular (Ley de *Startups*). La visa de nómadas digitales cubre tres modalidades diferentes para extranjeros que quieran residir en España: a) Los nómadas digitales; b) los extranjeros que trabajen en remoto desde España para una empresa de fuera del territorio español; y c) extranjeros que trabajen en una empresa foránea en España, incluyendo al sector audiovisual.

El anteproyecto de ley entiende como “nómada digital” a las personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia habitualmente, y compatibilizar el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de referencia.

Los requisitos que se exigirán para que el nómada digital pueda obtener el visado español son: a) acreditar que ejercen una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera de España; b) ser un profesional altamente cualificado (graduado o postgraduado universitario, con formación profesional y/o con certificados de una escuela de negocios); y c) tener una experiencia profesional mínima de 3 años.

En el momento de tramitar la visa de trabajo remoto, los postulantes deben demostrar que: a) existe una actividad real y continuada de trabajo durante al menos 1 año con la(s) empresa(s) extranjera(s); y b) los empleadores internacionales autorizan la realización de trabajo en remoto.

El visado de nómada digital (teletrabajo de carácter internacional) es suficiente para garantizar la residencia y permiso de trabajo a distancia en España durante un máximo de un año. No obstante, existe la posibilidad de renovarlo por 2 años más (y así sucesivamente) mientras se cumplan los requisitos. Los nómadas digitales pueden trabajar para ellos mismos o para empleadores en cualquier lugar del mundo³⁴.

31 *visa EUROPA*, Croacia formará parte del espacio Schengen en <https://www.visaeuropa.com/noticias/croacia-espacio-schengen>

32 *ETIAS*, Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

33 <https://service.berlin.de/dienstleistung/305249/en/>

34 Fuente en *visaEuropa*, ¿Trabajar desde España? Llega la visa para nómadas digitales en <https://www.visaeuropa.com/noticias/visa-nomadas-digitales-espana>

IV. VALORACIÓN FINAL. TELETRABAJO INTERNACIONAL Y NÓMADAS DIGITALES

La Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX ha publicado una obra colectiva titulada *Libro Blanco. Teletrabajo Internacional*³⁵ que realiza una serie de propuestas en el ámbito laboral y de seguridad social, en el ámbito migratorio y el ámbito fiscal. En este estudio se aporta una definición de teletrabajo internacional que cabe extender a aquellos nómadas digitales que presten servicios desde un país extranjero para aquél donde se encuentre establecida la empresa que lo contrata³⁶.

En este sentido, es interesante incluir al nómada digital asalariado en el concepto de teletrabajo internacional que proporciona el mencionado Libro Blanco, ya que “el teletrabajo internacional responderá a un interés del trabajador en cuanto a la realización del trabajo en un país concreto distinto a aquel donde se encuentre establecida la empresa que contrata al trabajador, siendo en todo caso voluntario para el trabajador y el empresario afectado; en ningún caso el teletrabajo internacional supondrá una prestación transnacional de servicios dado que el teletrabajador internacional prestará los mismos servicios para su empleador y de la misma manera que lo habría hecho en caso de no encontrarse en dicha situación de teletrabajo internacional”³⁷.

Esto es significativo puesto que no van a tener la consideración de teletrabajo internacional la actividad laboral realizada por los trabajadores desplazados internacionalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios (expatriados, trabajadores transfronterizos, trabajadores móviles

y “cualquier otra forma de prestación de servicios que requiera de la presencia física del trabajador en un país concreto y diferente al de la empresa que le contrata”³⁸. En este sentido, no sería de aplicación la normativa europea en relación a los desplazamientos de trabajadores (Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996 y sus posteriores modificaciones) y, por tanto, tampoco los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social y los convenios bilaterales para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social suscritos por España con países extracomunitarios, porque “la prestación de servicios desde un país extranjero en el marco de una situación de teletrabajo internacional no responde a una necesidad o decisión empresarial de desplazar al trabajador para prestar un servicio con carácter temporal en dicho país extranjero”³⁹.

Es cierto que existe una ausencia significativa de regulación en el ámbito de la UE sobre este tema. Por este motivo se ha propuesto la necesidad de una nueva regulación de esta figura del teletrabajo internacional que permita “la exención de cotizar en el lugar desde donde se teletrabaja, al menos en los mismos términos que lo establece la normativa de seguridad social para los supuestos de desplazamiento temporal en el marco de una prestación de servicios transnacional”.

En el caso de que el teletrabajo se realice en terceros países se sugiere una figura similar a la concepción de visas a nómadas digitales⁴⁰.

En definitiva, estaremos pendientes de esa nueva regulación en España y, en su caso, de las propuestas que puedan surgir en el seno de la UE y que aporten un marco de regulación que incluya estas nuevas formas de trabajo remoto en los sistemas de protección social para contribuir a la sostenibilidad de los mismos.

35 <https://www.feex.org/eventos-gestion-expatriados/presentacion-libro-blanco-sobre-teletrabajo-internacional/>

36 AA.VV., *Libro Blanco Teletrabajo internacional*. FEEX, 2021, p. 24.

37 *Ibidem*, p. 24

38 *Ibidem*, p. 61

39 *Ibidem*, p. 64.

40 *Ibidem*, p.76.





María Fabiana Sosa¹

LA ORGANIZACIÓN SOCIAL DEL CUIDADO Y DEL TRABAJO



¹ **MARÍA FABIANA SOSA**, Abogada Laboralista, litigante independiente y asesora sindical. Con posgrado de Actualización en Género y Derecho UBA. Auxiliar Docente en la Facultad de Derecho UBA. Miembro de la Comisión de la Mujer Trabajadora de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas. Asesora externa de GROW- Género y Trabajo <https://generoytrabajo.com/>. Coordinadora de la sección Estudios de Género en el Grupo de Estudios de Derecho Social <https://www.youtube.com/c/GrupodeEstudiosdeDerechoSocial>. Conferencista y publicista en la materia, especialmente en Trabajo y Género.

I. LA SITUACIÓN LABORAL DE LAS MUJERES

En términos generales, se denomina precariedad laboral a la situación en la que viven las personas trabajadoras que, por razones diversas, sufren procesos que conllevan inseguridad, incertidumbre y falta de garantías en las condiciones de trabajo. Quienes realizan trabajo precario carecen de seguridad en el empleo y en general cobran salarios más bajos, tienen una protección social limitada y pocas prestaciones o ninguna, tienen más dificultades para ejercer sus derechos, en particular para unirse a un sindicato y negociar colectivamente mejores sueldos y condiciones de trabajo, por ejemplo.

Para quienes nos dedicamos a estudiar el derecho del trabajo, nos suele interesar su relevancia respecto de diferentes aspectos de las personas que trabajan, no tenemos una mirada centrada en el punto de vista netamente económico, ni en la producción de las ganancias de las empresas, sino que tenemos una mirada más bien ontológica del derecho, así como de qué podemos hacer como profesionales de la justicia, para incidir en su evolución.

Estudiamos desde diferentes ópticas, conceptualizaciones, y miradas, el concepto de "trabajo", y nos ocupamos de definirlo, normarlo, interpretarlo y judicializarlo. Sin embargo, algunas de estas ideas están empezando a generar tensiones en la sociedad, y a ponerse en evidencia como algunos de los nudos críticos de la desigualdad, para quienes tenemos aspiraciones de propiciar un mundo laboral un poco más justo e igualitario.

Durante el siglo XX las mujeres han conseguido grandes logros y cambios fundamentales en la conquista de derechos políticos, así como también, han sabido instalar paulatinamente en la agenda pública la necesidad de avanzar en la ampliación de estos derechos.

Así fue como desde los movimientos de mujeres y numerosas agrupaciones de la sociedad civil se ha luchado por instalar en el debate cuestiones que antes eran impensadas, relacionadas con el alcance de nuevos derechos, hasta llegar inclusive a la aprobación del divorcio vincular, la patria potestad compartida entre ambos progenitores, legislación para la protección de las mujeres en situaciones de violencia en el marco de sus relaciones interpersonales, acciones positivas para asegurar la presencia de una cantidad mínima de mujeres en los espacios de poder, legislación sobre los derechos sexuales y reproductivos. Ello como parte de un proceso que se integra con los avances de la comunidad internacional, la aprobación de los tratados internacionales y regionales de protección de los derechos humanos que, incorporados al bloque de constitucionalidad, pretenden garantizar un horizonte de igualdad².

2 . Un repaso por la situación de los derechos humanos de las mujeres en Argentina puede verse en E.L.A.- EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO. Informe de Género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos humanos de las mujeres (2005-2008) Buenos Aires; Biblos-ELA, 2009.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer organizada por las Naciones Unidas en Beijing, en el año 1995, la agenda de la comunidad internacional se inclinó hacia las medidas integrales que pudieran contribuir a promover la plena autonomía de las mujeres frente a sus diversas situaciones sociales, educativas, culturales y económicas³.

Mientras que las primeras reivindicaciones del movimiento de mujeres estuvieron dirigidas a la conquista del espacio público, el derecho al sufragio, y la ampliación del concepto de ciudadanía, no se discutía el rol de las mujeres como principales responsables del cuidado y de la atención de la reproducción social, siendo que su función como principales proveedoras del cuidado y de la atención de las personas que integraban su familia, no era cuestionada en ningún ámbito.

Con los cambios producidos a raíz de la revolución industrial y más adelante, por la inclusión de la tecnología en el mundo del trabajo, fue en aumento el reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras y el surgimiento de mecanismos de protección social de las mismas, pero siempre descansando sobre la premisa que desde hace un tiempo venimos a cuestionar.

La organización del trabajo remunerado se moldeó sobre la base de que los trabajadores, en su mayoría varones, podían dedicar toda su energía y su tiempo al empleo a cambio de una retribución en dinero, siendo ésta su ocupación primaria.

Esta disponibilidad completa del hombre proveedor descansaba en la presencia de alguna persona dedicada al trabajo no remunerado que debía cumplirse en forma cotidiana para asegurar la reproducción social, y con ella garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo. En este ámbito, las que desempeñaban este rol eran las mujeres, como esposas, madres, hijas, en forma excluyente, ocupando este rol doméstico.

El empleo remunerado (trabajo productivo) y el trabajo realizado en el hogar (reproductivo) surgieron como categorías diferenciadas a partir del desarrollo de las economías capitalistas industriales, que provocaron una división entre la esfera de lo público (el mercado) y la esfera de lo privado (el hogar).

El trabajo remunerado y sometido a las condiciones del mercado es lo que se conoce como ocupación o empleo⁴. Por otra parte, el trabajo reproductivo o doméstico comprende todas aquellas actividades no remuneradas realizadas en el hogar, necesarias para la reproducción de la sociedad y de la fuerza del trabajo, que podrían ser resueltas de diversas maneras y en forma independiente de la persona que habitualmente las realiza en calidad de integrante de la familia.

3 . Varios estudios dan cuenta de estos procesos e iniciativas, entre muchos otros, VICTOR ABRAMOVICH Y LAURA PALITASSI. La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos. Buenos Aires, Editores del Puerto 2009; MARCELA RODRIGUEZ Y RAQUEL ASENCIO. Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

4 . Sobre las diferencias conceptuales entre trabajo productivo y trabajo reproductivo y su análisis desde la historia, la economía y la sociología, véase, en general, CRISTINA BORDERLÁS, CRISTINA CARRASCO, Y CARMEN ALEMANY (comps.). Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales. Barcelona, Icaria Editorial, 1994.



Sin embargo, la naturalidad con que se asigna a las mujeres la adjudicación de las tareas reproductivas y de cuidado no determina a ésta como única forma de arreglo posible. Asimismo, debe entenderse que el cuidado no es un bien privado que sólo puede resolverse en la intimidad del hogar y la familia, sino que bien podría considerarse como un bien público en cuya solución deben involucrarse el Estado, el mercado y la sociedad.

II. LA DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO

Al momento de incorporarse masivamente las mujeres al mercado del trabajo, comenzó a cuestionarse esta división sexual del trabajo, así como también la frontera existente entre trabajo productivo y trabajo reproductivo. Asimismo, se sucedieron otros hechos relacionados principalmente con los avances en el nivel educativo, formación y deseo de realización personal de las mujeres, y por otra parte, se dieron transformaciones sociales en familias diversas, monoparentales o monomarentales, sumados asimismo a los cambios demográficos, que tornaron ilusoria la presunción de que siempre habría alguien a cargo de la reproducción de la sociedad.

A fin de monitorear las condiciones de vida de las mujeres de América Latina y del Caribe, considerando variables como el uso del tiempo y la contribución de las mujeres a la economía, se observa que la falta de autonomía económica tiene relación con la desigual distribución de las tareas en el interior de los hogares, como expresión de la división sexual del trabajo.

El hecho de que las mujeres realicen las tareas reproductivas, sin remuneración alguna dentro del ámbito del hogar, en beneficio de los integrantes dependientes de las familias, restringe el uso del tiempo de las mujeres, y sus posibilidades de desarrollo, dejándolas en situación particular de vulnerabilidad frente a circunstancias de la vida tales como la separación, la viudez, o casos de violencia en sus relaciones interpersonales.

Es necesario adoptar condiciones políticas y regulatorias que promuevan la incorporación de las mujeres en el mercado laboral, que se encuentra caracterizado por la segregación vertical y horizontal de la fuerza de trabajo.

Dado que no existen restricciones para la inserción plena de las mujeres en el mundo del trabajo remunerado, la persistente discriminación y la desigualdad en el empleo sólo se explica si atendemos a las imágenes estereotipadas acerca de mujeres y varones y los roles asignados a cada persona, las dificultades para lograr acuerdos de responsabilidades compartidas.

Si bien todas las personas dependemos de otras en ciertas etapas de nuestras vidas, este tipo de dependencia es inevitable como parte del desarrollo vital, siendo un fenómeno universal. Sin embargo, hay otro tipo de dependencia, que deriva de tener que cuidar a alguien, y esta dependencia derivada no es universal, sino que afecta de un modo desigual a algunas personas.

Ello viene ligado a la idea original de que el trabajo doméstico es tratado como algo perteneciente al ámbito emocional y no como un trabajo que tiene valor económico. Es tratado como derivado del amor, no como trabajo. Por eso, ahora se lee tanto la consigna de *“Eso que llaman Amor, es Trabajo no pago”*, acuñada por la filósofa y escritora feminista Silvia Federici, y relanzada desde la economía feminista.

Todo esto trae aparejada una nueva cuestión social para las mujeres, una nueva desigualdad, que refiere a una estructura de poder, que construye relaciones sociales asimétricas entre los sexos.

Las feministas italianas precursoras del debate sobre los tiempos para el cuidado, afirmaban el lema conocido como *“el tiempo atrapa a las mujeres...”*⁵. Hoy podríamos decir que la *“desigualdad atrapa a las mujeres”*, (Laura C. Pautassi) en el ámbito de las relaciones de conciliación, entre lo público y lo privado, entre las responsabilidades productivas con las reproductivas.

5 . Se trata de una propuesta de ley de iniciativa popular, avalada por 300.000 firmas, presentada en el Congreso Italiano en octubre de 1990, denominada *“las mujeres cambian los tiempos”*. Esta propuesta no buscaba más acciones o políticas para *“conciliar”* mejor los diversos trabajos de las mujeres, sino que pretendía que todos los trabajos sean compartidos por los hombres.

Como afirma Laura C. Pautassi, “*se cuida como se puede, se es cuidado también cómo y cuándo se puede*”, siendo que falta incorporar al debate en una lógica de derechos la complejidad del cuidado.

Debemos trascender el debate para proponer derechos integrales y no un reconocimiento del derecho al cuidado como derecho particularísimo, y por ende atribuible a las mujeres, en la convicción de que sólo en la medida que se lo incluya como un derecho propio y universal (para quienes deben ser cuidados como para quienes deben o quieren cuidar) se logrará un importante avance, en términos de reconocimiento de aquello hasta hoy invisibilizado, como en términos de calidad de vida ciudadana.

La clásica división promovida por los Estados de Bienestar desde mediados del siglo pasado, sintetizada en la clásica trilogía Estado-mercado-familias, en el caso latinoamericano se ha reducido fundamentalmente a una participación casi central de las familias, y dentro de las mismas a las mujeres en exclusividad, quedando supeditado el mercado a la disponibilidad de ingresos suficientes y al Estado sujeto a disponibilidad de la oferta de cuidado que tenga, la cual es prácticamente nula.

La problemática del cuidado y quien lo ejerce (para sí o para otros) remite a un problema de ejercicio de derechos, o en caso contrario, de disminución de desigualdades, como condición de una política pública. Nos remite a un debate donde se entrecruzan derechos, desigualdades y política, ya que, si no se amplía el ejercicio de estos derechos, se seguirá afectando el principio de igualdad, principio fundamental para el desarrollo de la persona humana.

En definitiva, debemos avanzar en materia de conquista de derechos hacia el objetivo de garantizar el “derecho al cuidado”, como derecho universal y propio de cada ciudadano y ciudadana, ampliando la esfera de exigibilidad de cada persona hacia los distintos ámbitos (estatales y privados) y posibilitando un cambio en la dinámica del cuidado.

III. LA PROBLEMÁTICA DEL CUIDADO Y SU ORGANIZACIÓN SOCIAL

El cuidado está en el centro de las desigualdades y así lo hemos comprobado en tiempos de la pandemia por el virus Covid-19, donde se suma la carga mental de la localización física del trabajo de cuidados y el cuidado remunerado, que recarga a las personas de diferentes maneras por razones socioeconómicas, y en términos de género, según las cuales las mujeres no solo cuidan más estadísticamente, sino que el impacto sobre ellas es diferente.

Por todo esto, decimos que la organización social de cuidado en Argentina y en la región de América Latina, es injusta no sólo en términos de género, sino en términos socioeconómicos, donde mayormente



las mujeres dedican mucho más tiempo al trabajo de cuidados. Pero a su vez, las mujeres pobres con menos recursos para distribuir ese cuidado a través de la compra de ese servicio en el mercado, asumen una carga todavía mayor.

Porque, el cuidado tiene tres dimensiones, relacionadas con el cuidado directo, que es la atención de la salud, bienestar, higiene, alimentos de las personas, con un componente afectivo, emocional, de asistencia a las personas cuidadas, este se complementa con el cuidado indirecto, la gestión del cuidado, la coordinación de quién lo hace, cómo, cuándo y con qué recursos se cuida, y por último, pero no por ello menos importante, el autocuidado, que es el que tenemos más abandonado, en términos generales.

Y esto no solo incluye el cuidado en la primera infancia, sino también hacia el final de la vida, cuando las personas comienzan a ver reducida su autonomía, encontrándose entonces muy presente la mayor demanda de cuidados en los extremos de la vida, quedando claro que somos personas interdependientes y que requerimos y damos cuidado a lo largo de toda la vida. Tampoco hablamos solo de personas dependientes, que requieren más asistencia, sino que todas las personas a lo largo de nuestras vidas estamos expuestas a diferentes contingencias que requieren cuidado.

IV. LAS ENCUESTAS Y EL USO DEL TIEMPO

En este sentido, las encuestas del uso del tiempo tratan de capturar esta información, y dan cuenta de que las mujeres dedicamos el doble del tiempo a las tareas de cuidado que los varones.

En nuestro país, según los últimos datos de la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, del Ministerio de Economía⁶ actualmente, las mujeres son las que sufren los mayores niveles de desempleo y precarización laboral, ganan, en promedio, un 29% menos que sus pares varones.

Según la Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo (EAHU-INDEC, 2013) ellas realizan el 76% de las tareas domésticas no remuneradas. El 88,9% de las mujeres las realizan y dedican a este tipo de labores un promedio de 6,4 horas semanales. Mientras tanto, sólo el 57,9% de los varones participa en estos trabajos, a los que les dedican un promedio de 3,4 horas semanales. Es decir, en nuestro país, las mujeres destinan más del doble de horas por día a las tareas de cuidado.

Al trabajar las mujeres lo hacen en peores condiciones: salarios más bajos, doble jornada (paga y no paga), mayor precarización, altas tasas de desempleo, pobreza de tiempo, entre otras. La tasa promedio de la participación de las mujeres en el

mercado laboral es de 49,2%, 21 puntos porcentuales más baja que la de los varones (71,2%).

Además de tener peores salarios en general, las mujeres enfrentan mayores niveles de informalidad (36% versus 34,2%) y mayores niveles de desocupación (10,8% versus 8,9%) que los varones.

Además de las brechas de ingresos, se observan fenómenos de segregación horizontal (paredes de cristal) y vertical (techos de cristal), es decir, la existencia de barreras para la participación de mujeres en determinados empleos y para el acceso a puestos jerárquicos.

En cuanto a la segregación horizontal, en la Argentina, la principal ocupación de las mujeres es el servicio doméstico remunerado: representa el 16,5% del total de empleo de las mujeres ocupadas y el 21,5% de las asalariadas. Estas tareas están extremadamente feminizadas: entre las 877.583 personas que se dedican al servicio doméstico, el 96,5% son mujeres.

Si sumamos las trabajadoras del servicio doméstico, la enseñanza y la salud, encontramos que 4 de cada 10 mujeres ocupadas se insertan en trabajos relacionados con tareas del hogar y de cuidados. Los varones, en cambio, son mayoría en sectores asociados a la industria, la construcción y la energía.

Si tenemos en cuenta que las mujeres son las principales cuidadoras, y que estas continúan llevando el peso y la responsabilidad del trabajo (37% de los hogares argentinos se encuentran a cargo de una única jefa de hogar), del sostén del hogar y de las tareas no remuneradas del cuidado, pareciera ser que un enfoque de género es necesario a la hora de legislar sobre las relaciones laborales.

Desde la producción estadística, las encuestas de uso del tiempo son herramientas metodológicas de recolección de información que permiten medir las actividades que realizan las personas en un período y el tiempo que le destinan a cada una de ellas. Asimismo, estas encuestas son insumos privilegiados para dar cuenta de las distintas formas de trabajo, en la ocupación y, principalmente, en el no remunerado.

En 2021, entre octubre y diciembre, la Dirección de Estudios de Ingresos y Gastos de los Hogares (DEIGH) y la Dirección de Estadísticas Sectoriales (DES) del INDEC, junto a las direcciones provinciales de estadística (DPE) de todo el país llevaron a cabo la primera Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT 2021). La ENUT 2021 tiene como objetivo dar a conocer, caracterizar y cuantificar el uso del tiempo y la participación de esta población en las distintas formas de trabajo: el trabajo en la ocupación y el no remunerado. También se propone visibilizar las desigualdades socioeconómicas y de género en el uso del tiempo y caracterizar a la población demandante de cuidado y el acceso a los servicios que lo brindan a través de instituciones responsables de proveerlo.

En esta publicación se incluyen los primeros resultados que surgen de la encuesta: el porcentaje de personas de catorce años y más que realizan las distintas actividades a lo largo de un día de referencia, junto con las tasas por sexo y variables de corte adicionales como grupo de edad, nivel educativo alcanzado y región estadística.

⁶ "Las brechas de género en la Argentina. Estado de situación y desafíos" https://unuuw.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf

Nueve de cada diez mujeres realizan alguna tarea de trabajo no remunerado, mientras que en el caso de los varones solo siete de cada diez. Las mujeres de entre treinta y sesenta y cinco años son las que más participan en las tareas de cuidado y la tarea doméstica es la central.

Las mujeres con menores ingresos tienen la mitad de la participación económica que las de altos ingresos: *la diferencia es poder o no pagar por cuidados*. Estos datos permiten conocer cómo es la organización social de cuidado y la intensidad (las horas) que cada persona dedica, y luego va a permitir calcular una cuenta satélite oficial sobre cuanto aporta el cuidado al PBI.

Cualquiera de las estadísticas que se repasen ponen en evidencia que las mujeres son las menos favorecidas tanto en el mundo del trabajo remunerado como en el interior de los hogares, en donde las tareas domésticas son patrimonio casi exclusivo de ellas, o al menos con un nivel de dedicación que duplica en cantidad de horas el que le destinan los varones.

V. LOS ACTORES DEL CUIDADO

Y porqué decimos que es injusta la organización social del cuidado? Porque hay otros actores dentro del famoso “*diamante del cuidado*” que también deben involucrarse: el mercado, la comunidad, y las familias, donde vemos que el cuidado está extremadamente familiarizado, y dentro de las familias, recae sobre las mujeres.

Estos actores también tienen roles que cumplir, pero todavía hay mucho espacio por hacer.

El Estado mejorando regulaciones, y ampliando los servicios de cuidado, dado que todavía persisten regulaciones vinculadas con el tiempo para cuidar, en la primera infancia, con un sesgo maternalista, y esto se ve mucho más claro en el empleo privado. El empleo público ha ido evolucionando un poco más, por el acuerdo de los actores y partidos políticos, por ejemplo.

La comunidad es muy importante en la sociedad especialmente en los sectores de más bajos recursos económicos, donde observamos las famosas redes comunitarias de cuidados, gratuitas, en la mayoría de los casos.

El mercado todavía tiene mucho por avanzar, y aquí, por ejemplo, los sindicatos pueden tomar un rol importante, traccionando la agenda de cuidados en las negociaciones colectivas, para ir ampliando los derechos de las personas que trabajan en general, sin profundizar el sesgo maternalista.

Los componentes del cuidado refieren a la disponibilidad de: “*tiempo para cuidar; dinero para cuidar, y servicios de cuidado infantil*”⁷. El modo en que se

estructuren estos tres elementos- tiempo, dinero y servicios de cuidado ofrece alternativas que favorecen la consolidación de distintos modelos de provisión de cuidado en la dinámica de las relaciones de género dentro de las familias.

En esto, el papel del Estado, ya sea en la definición de políticas orientadas al cuidado infantil, como en la regulación de relaciones laborales entre el mercado y los miembros varones y mujeres en las familias, dista mucho de ser neutral.

Dentro de los tres pilares de las políticas de cuidados, debemos tener en consideración el tiempo para cuidar (licencias fundamentalmente), el dinero para cuidar (las transferencias monetarias de ingresos, las asignaciones familiares, el reconocimiento del valor del trabajo de cuidados), la infraestructura para cuidar: la disposición de los servicios del cuidado, la disponibilidad pública del servicio y el reordenamiento en la atención de los espacios privados.

Pero estos se complementan con un cuarto pilar, la transformación cultural. Así podremos empezar a cambiar el sesgo maternalista, que deposita en las mujeres ese deber ser del cuidado, dado que aún sigue estando la idea en la sociedad de que “una buena mujer es una madre, y una buena madre es una madre cuidadora”.

Y es que esta construcción cultural, como tantas otras, respecto de quien está mejor situada o tiene mejores condiciones o habilidades para el cuidado es modificable. Así como también parte del trabajo del Estado es contribuir a ese cambio cultural, por ejemplo, mediante campañas ministeriales para interpelar a la sociedad sobre esto, contribuir a una organización social del cuidado más justa.

Esto también se puede apoyar en los cambios regulatorios, por ejemplo, con licencias parentales, en 1° infancia que reconozcan el hecho biológico de la persona gestante, pero que permitan la distribución del tiempo de maneras más equilibradas entre las personas que integran las familias, cualquiera sea su conformación. Pensemos que ni siquiera se reconoce en la legislación laboral la licencia por adopción, hasta el presente. Y en este sentido, hay numerosos y valiosos proyectos presentados en el congreso de la nación.

La idea es pensarlo progresivamente, y que el horizonte sea la universalidad de prestaciones, hasta alcanzar un sistema integrado de cuidados, como tienen en Uruguay, por ejemplo, y como se está proyectando a nivel nacional, con la presentación del anteproyecto legislativo denominado “Cuidar en Igualdad” anunciado el día 27-04-2022⁸, hecho que demandará más tiempo.

En este marco, el proyecto *Cuidar en Igualdad* reconoce el derecho de todas las personas a recibir y brindar cuidados, así como también el derecho al autocuidado; y promueve la igualdad de género porque hace visible el valor social y económico de los

⁸ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cuidar-en-igualdad-se-envio-al-congreso-de-la-nacion-el-proyecto-de-ley-para-la-creacion#:~:text=En%20este%20marco%2C%20el%20proyecto,sea%20que%20se%20desarrollen%20al>

⁷ Ellingstaeter, (1999)



cuidados y los reconoce como un trabajo, ya sea que se desarrollen al interior de los hogares, en el ámbito comunitario, público o privado, así como también contribuye a superar la división sexual del trabajo. La iniciativa propone proteger a todas las personas que cuidan, sea de forma remunerada o no, y también a todas las que necesitan cuidados: niñas, niños y adolescentes, con prioridad hasta la edad de 5 años inclusive; personas de 60 años o más, cuando lo requieran; y personas con discapacidad.

Uno de los puntos sobresalientes del proyecto es la reforma al régimen de licencias. En la construcción de un sistema de cuidados, la política de licencias es una pieza central para alcanzar la corresponsabilidad entre los géneros. En la actualidad, Argentina se encuentra por debajo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ya que la licencia por maternidad es de 90 días (casi 13 semanas) y la de paternidad es de solamente 2 días. De aprobarse el proyecto, Argentina pasaría a estar a la vanguardia de los regímenes existentes en la región.

Para instrumentar esta propuesta, que alcanzará a más de ocho millones de personas, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidades llevó adelante un proceso ampliamente participativo que recogió los aportes de todos los organismos nacionales que componen la Mesa Interministerial de Cuidados. Además constituyó una comisión redactora de especialistas y condujo una serie de instancias consultivas con organizaciones interesadas y los organismos de competencia: sindicatos, cámaras empresarias y diversas organizaciones (feministas y de la diversidad, de la discapacidad, de la niñez, de las personas mayores y de la economía popular y social). Además, la comisión se nutrió de aportes realizados durante los parlamentos territoriales del cuidado de la Campaña Cuidar en Igualdad⁹ llevados a cabo en todas las provincias del país.

⁹ <https://www.argentina.gob.ar/generos/cuidados/camp-nac-cuidar-en-igualdad>

VI. EL CONCEPTO DE TRABAJO

Para entender estos datos y analizar estos temas es necesario poner en cuestión, el punto de partida para exponer el lugar de las mujeres en el sistema productivo, como un concepto básico y fundamental de la economía: el trabajo.

Es importante entender los espacios de cuidado como parte esencial del sistema productivo, porque el hecho de que los trabajos de cuidado recaigan mayormente en las mujeres tiene consecuencias perjudiciales a nivel social y económico e incide directamente tanto en el ingreso como en la permanencia de las mujeres en el mercado laboral.

Tiene un impacto negativo en las condiciones de autonomía económica y en la toma de decisiones que pueden tener las mujeres, que ven restringidas sus oportunidades de permanencia o inserción laboral. Esto puede implicar un retroceso en la tasa de actividad de las mujeres, en mayor desempleo, en mayor precarización y en mayor pobreza.

El concepto de trabajo, como categoría histórica, ha variado a lo largo del tiempo. Inicialmente, el trabajo estaba vinculado a las actividades productivas ligadas al mercado. Sin embargo, estas constituyen solo una parte del trabajo productivo: desde hace ya varias décadas que el trabajo no remunerado —doméstico, de cuidado y voluntario— se considera en el mismo nivel que el trabajo ligado al mercado. El trabajo no remunerado cumple con un doble rol dentro del sistema económico y social. Por un lado, reproduce la fuerza de trabajo materialmente, alimentándola y cuidándola. En este sentido, las actividades no remuneradas garantizan el bienestar efectivo de la población, mediando entre la adquisición de bienes y servicios, y su consumo. Por otro lado, produce fuerza de trabajo de manera simbólica, transmitiendo valores esenciales para el desempeño en la sociedad. De este modo, el trabajo no remunerado emerge como una dimensión central del bienestar y del desarrollo humano que produce valor.

En general, la definición de trabajo que aparece contenida tanto en las estadísticas como en el diseño de las políticas públicas lo asume como una actividad mediada por un pago y deja fuera del análisis económico al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que se realiza en los hogares, no considerando dentro de sus variables las condiciones y posibilidades de empleo de las personas, tanto respecto del ingreso, posibilidades de ascensos, y egreso del trabajo, haciendo con ello que las desigualdades en el trabajo, se profundicen y amplíen.

Es necesario incorporar al análisis la distribución social de los trabajos no remunerados, y la incidencia que tienen los roles de género, claves en la reproducción social del cuidado, para poder romper con la clásica división sexual del trabajo que históricamente, ha asignado roles de género; asignando tareas necesarias para garantizar la reproducción social a las mujeres (cuidados, bienestar y supervivencia de las personas que componen el hogar) y el trabajo productivo a los varones (el que se realiza en el mercado de manera remunerada).

VII. CONCLUSIONES

Quizás esta pandemia ponga sobre la mesa la desigualdad en los cuidados, ya que, venimos hablando de la necesidad de repensar las relaciones laborales y revisar la distribución social del cuidado que se apoya sobre el trabajo gratuito de las mujeres. La inclusión de un enfoque de género se hace indispensable cuando se discuten derechos, porque éstos tienen un efecto sobre la mujer trabajadora de manera diferenciada.

Las políticas económicas, así como las políticas públicas, se inscriben en un conjunto de relaciones distributivas que afectan la vida de las personas de manera diferenciada según su clase social, su ubicación geográfica y también su género.

En contextos de recesión o de crisis como el actual, así como en momentos de recortes o ajustes, es necesario profundizar en estas variables, a fin de poder dar respuesta al mayor impacto negativo sobre las mujeres trabajadoras, ya que las herramientas de política pública no pueden ser neutrales al género, dado que, si el fenómeno de la desigualdad es estructural, la respuesta también debe ser estructural.

El sistema económico no debe tener límites culturales ni sociales y menos sexuales, por lo que el Estado debe implementar medidas tendientes a eliminar la desigualdad —existente e impuesta— entre las mujeres y los hombres; es decir, la mayor conquista de la mujer en el mundo laboral debe estar acompañada por políticas públicas que tiendan a una inclusión de ambos géneros en el cuidado parental estableciendo responsabilidades equitativas y distributivas.

No puede ser que la llamada conciliación quede relegada al interior de las familias, o al acuerdo personal que pueda efectuarse, porque estamos dando la espalda a tomar conciencia respecto de cómo atendemos las necesidades de cuidados.

Ante la falta de respuesta al problema de cuidados, no queda otra que un aislamiento en los entornos domésticos y la búsqueda de soluciones individuales por parte de los grupos familiares, donde la sinergia misma del sistema reinante actualmente, hace que recaiga fundamentalmente sobre las mujeres.

Hay quienes están preocupados por la economía del mercado, y hay muchas personas pensando en cómo organizar el cuidado en tiempos de pandemia, y de crisis post-pandemia. Se trata de poner la sostenibilidad de la vida en el centro, y no en el mercado. Se trata de entender que todas las personas somos responsables de nuestro cuidado, del auto-cuidado y del cuidado de otras personas, en algún momento de nuestras vidas.

Quizás después de esta crisis mundial podamos revisar nuestras formas de pensar algunas cuestiones, y podamos entender de qué hablamos cuando decimos que otras formas de relacionarnos son posibles.

O tal vez todo esto nos lleve a repensar las relaciones laborales, a revisar con el fin de no reproducir las desigualdades de género, para poder cuidarnos entre todas las personas, porque cuando los equilibrios son tan precarios al final la vida está en riesgo y esto es lo que estamos viviendo, lo que el coronavirus ha puesto de manifiesto.

Por ello, el Derecho del Trabajo tampoco puede mantenerse alejado de estos indicadores de la realidad, implicándose en la participación de las mujeres en el trabajo, atendiendo la mirada desde la economía del cuidado, generando mecanismos propicios para acelerar el camino hacia la igualdad, para cerrar las brechas de ingresos, de tiempos y de derechos, debiendo repensar las relaciones laborales, siendo que es un desafío central e imperioso incorporar este enfoque de derechos, como un enfoque de género.





Diego Martín Tosca

MÚSICA POPULAR ARGENTINA Y DERECHO DEL TRABAJO



I. INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN INNECESARIA:

En un breve pero contundente y recomendable libro, titulado **“Ensayos sobre la justicia”**, nos dice el actual presidente del CSJN, **Horacio Rossati**, en el que reflexiona sobre conceptos básicos del derecho –debido proceso, responsabilidad, culpa, etc.- a la luz de la leyenda de Edipo de la mitología griega y del juicio llevado a cabo a Sócrates por cuestionar los saberes que se consideraban sagrados en la época; que escritores como Walt Whitman y Prousthan contribuido de un modo más eficaz al surgimiento de una ética individual y de las instituciones democráticas, que teóricos que han escrito sobre el tema, **destacando que mucho se aprende desde lo emotivo, que es una forma válida de conocimiento.**

A partir de esto, bien podemos intentar seguir estudiando, aprendiendo, interpretando leyes, discutiendo doctrina en la materia que nos ocupa, en todo lo relativo al **derecho social**, desde los acordes y, particularmente, letras de la **música popular argentina.**

Podremos observar así –espero poder demostrarlo- desde la música, desde la poesía, desde la leyenda, hasta qué punto a nuestros autores, a nuestros cantores, a los músicos populares, les ha llamado la atención, les ha preocupado, los han rebelado, los mismos hechos, las mismas situaciones inequitativas, las mismas miserias con las que debe seguir lidiando quien debe resolver conflictos derivados de la relación de trabajoprestado para otro, **veremos cómo la ajénidad de los frutos, la condición de debilidad del dependiente, las consecuencias del despido, la escases del salario, la penuria del desarraigo, la tragedia del daño psicofísico, aparecen en el canto popular, lo mismo que en la legislación social.**

Lo veremos en este breve recorrido que los invito a transitar por la música de nuestro país, cabalgando sobre sus ricas y diversas expresiones regionales.

II. EN LA LLANURA, EMPEZAMOS POR LA LLANURA

Grandes poetas y músicos de la región que podemos llamar, genéricamente, la pampa, la llanura, esta tierra extensa, rica, casi carente de límites naturales, donde se dieron las primeras experiencias de trabajo rural en estancias de nuestro país –me refiero por supuesto a trabajo para otros, a lo que llamamos trabajo en la empresa ajena-, denunciaron tempranamente la situación de esas trabajadoras y trabajadores que convivían muchas veces con los dueños

de la tierra, pero no gozaban, naturalmente –o no tan naturalmente, sino por imposición de un orden económico, social y político- de sus frutos.

Así el enorme padre del folcklore, **Atahualpa Yupanqui**, que pintó distintos paisajes de nuestra tierra, pero comenzó con su aldea pampeana, siendo oriundo de Pergamino, Pcia. de Buenos Aires, observó ya en esas estancias bonaerenses que:

“...el trabajo es cosa buena, es lo mejor de la vida / pero la vida es perdida trabajando en campo ajeno / unos, trabajan de trueno, y para otros la llovida.../ el estanciero presume de gauchismo y arrogancia, para él es extravagancia que su peón viva mejor, mas no sabe ese señor que por su peón tiene estancia...” (Milonga del payador perseguido).

O en su “Milonga del peón de campo” cuando, describiendo ese trabajo incansable, denuncia el rigor de la jornada que empieza a la madrugada, y que no resulta inocua al dependiente, ya que se la pasa:

“...madrugón tras madrugón, con lluvia, escarcha o pampero, a veces me duelen fiero los hígados y el riñón...” Logrando poco a cambio, como remuneración, pues, se pregunta imperativamente **“qué puede ofrecer un peón que no sean sus pobreza, a veces me entra tristeza y otras veces rebelión / en más de alguna ocasión pensé en hacerme perdiz, para ver de ser feliz en algún campo lejano, pero la verdad, paisano, me gusta el aire de aquí”.**

Dejando por ahora, sólo por ahora, a Atahualpa –volveremos a encontrarnos con él en su viaje al norte- y entrando en el más profundo canto surero, también pampeano, pampeano como región, aparece el aún vigente en su canto **José Larralde** ocupándose, nada menos, **que del despido**, en el caso el de un peón rural que trabajó treinta años en un establecimiento, y es despedido sin gratitud por el hijo del patrón que hereda la estancia.

Pueden verse en esa semblanza varias cuestiones muy propias de las reglas que consideramos para la regulación del despido. **La incidencia de la antigüedad en el empleo, la gravedad que debe revestir el incumplimiento para ser valorado como injuria, la existencia misma de la indemnización.**

Así nos cuenta “el pampa” Larralde, en su verso convertido en milonga **“Cosas que pasan”**, que:

“...nadie salió a despedirme cuando me fui de la estancia, solamente el ovejero, un perro, cosas que pasan... / el asunto, una zoncera, un simple cambio e palabras, y el olvido de un mocoso del que puedo ser su tata / treinta años al servicio, pal mozo, no fueron nada / se olvidó mil cosas buenas por una que salió mala...” (falta de consideración de la ausencia de antecedentes, desproporcionalidad entre el hecho y la sanción, falta de consideración de la antigüedad).

“.. Sin mirar nos arreglamos, lo dijimos sin palabras, metí en el cinto la plata, y ahí nomás pegué la vuelta sin importarme de nada...”. (el pago de cierta indemnización).



III. EN EL LITORAL

Saliendo de las estancias de la llanura, el trabajo se presenta ya en los ríos de la Mesopotamia, en el pescador del Paraná, en los obreros de los quebrachales, en el “mensú”, ese término que nos enseñó Ramón Ayala en su célebre canción, “**El Mensú**”, donde el título, el nombre con que referencia a una persona, no es más que el tiempo por el que trabaja y el modo y regularidad del pago, el “mensú”, el mensual. Ese trabajador de los yerbatales que, por no tener pausa en la jornada, piensa, sueña, nos relata el poeta:

“Yerba, verde, yerba en tu inmensidad / quisiera perderme, para descansar / Y en tus hojas frescas encontrar la miel / que mitigue el surco del látigo cruel...”

“El grito del kapanga va resonando.../ Nenke, nenke...”...

Las peores condiciones de trabajo, en grandes establecimientos que depravaron el monte y las personas, como la tristemente célebre “Forestal”, “La Forestal”, en el norte santafecino, en el Chaco, que llevó al popular y siempre recordado **Horacio Guaraní** a decir:

“Mi canto se hace grito porque el canto, me ha quedado pequeño en la garganta / yo traigo el grito de aquél que no ha podido, gritar que lo que gana, no le alcanza/

Yo no temo gritar, porque este grito, me viene arando el corazón y el aire, es el mismo grito que en el Chaco, gritó mi abuelo y no lo escuchó nadie/

Quieren que calle... quieren que tan solo mi canto, hable de amor y de paisajes. A mí me duele el dolor de tanta gente, que le han talado con hambre su coraje.

Amo el amor de las muchachas dulces! Amo el romance del sauce con el río. Pero amo al hombre de la espalda rota. A su hambre y su dolor, los hago míos...!

Y en “la otra orilla”, en el Uruguay, ese enorme luchador, guitarrista, poeta, **Alfredo Zitarrosa**, en “Chamarrita de una bailanta”, dice con palabras simples cosas muy profundas, de notable trascendencia, al cantar:

“De una bailanta con acordeón, até la luna con el sol, por una noche no fui peón, hombre volví y en eso estoy”...

*“Y por una sola fiesta, me dudé con el patrón... y me habló de obligaciones, del trabajo, y la nación, a mí que sembré en sus campos, mi pobreza y mi sudor...aramos dijo el mosquito, al buey que rompió el terrón.../ Por una noche no fui peón, **HOMBRE VOLVÍ, Y EN ESO ESTOY...***

Hombre volví y en eso estoy...el poeta logra expresar en seis palabras, “hombre volví y en eso estoy”, todo el desarrollo teórico de los Derechos Fundamentales del Trabajador, su condición de persona antes que su contingente calidad de trabajador. **Hombre volví, y en eso estoy...**

Bien sabemos que la problemática de la deslocalización del empleo, con otros matices tal vez, con otros contornos, está presente hoy como ayer, y por eso inspiró a músicos y poetas contemporáneos, como sucede con la entrañable **Teresa Parodi**, y con ese vibrante acordeón del centro correntino, **Antonio Tarragó Ros**, quienes se detuvieron y compadecieron del desarraigo que sufren tantas trabajadoras y trabajadores, obligados a venir a ganarse el pan, un escaso pan, en los grandes centros urbanos, para trabajar en el servicio doméstico o en la construcción. Y así Teresa y Tarragó miraron a ese albañil, allá cerquita del cielo entre los andamios... en una obra en plena ciudad de Buenos Aires, y nos contaron, en “El cielo del albañil” –tal el chámame de su autoría– que:

“Hablando pocas palabras lo he visto a Vargas, quedarse así de euclillas mirando lejos / cercado entre el hormigón, no encuentra su cielo aquí, de balde lo está buscando entre tanto gris...”.

Y también en estos años, el gran músico rosarino, **Jorge Fandermole**, en su “Oración del remanso”, probablemente uno de los temas más logrados, celebrados y difundidos de los últimos años, nos cuenta las penurias y desvelos del pescador, que dice:

“Cristo de las redes, no nos abandones, y en los espinales, déjanos tus dones / no pienses que nos perdiste, es que la pobreza nos pone tristes, la sangre tensa y uno no piensa más que en morir / Agua del río viejo, llévate pronto este canto lejos, que está aclarando y vamos pescando para vivir...”.

Siguiendo hacia el norte, profundo, Córdoba al norte, Santiago, Tucumán, Salta, Jujuy, con sus trabajos y su música, también encontramos relevantes consideraciones del trabajo en nuestra música popular.

En los caminos de los cerros volvemos a encontrar a **Atahualpa**, que vivió varios años en el norte cordobés, en la zona de Río Colorado, cerca de Tulumba –tierra de otro gran guitarrista, Carlos Di Fulvio– y luego, subiendo más y más por el paisaje, en Raco, pegadito nomás a San Miguel de Tucumán, muy cerca también de Acheral, donde tenía una mula que lo llevó durante varios años seguidos, al *montao*, como él solía decir, por esa senda de Tafi que inspiró su célebre zamba, “Luna Tucumana”, luna que lo acompañó siempre en el camino, que lo llevó a cifrar que **“no le canta a la luna, porque alumbra y nada más / le canto porque ella sabe de mi largo caminar”**.

Ahí contempla el poeta de Pergamino un nuevo escenario, la explotación de niños, mujeres y hombres en las caleras, en las minas, en los verdes cañaverales.

Y entonces nos cuenta en un aire de chacarera, **“La colorada”**:

“En piedras y moldejones, trabajan grandes y chicos. Martillando todo el día, pa que otro se vuelva rico...”.





Y ya casi abandonando la metáfora, de un modo explícito y denunciante, nos dice en “**Preguntitas sobre Dios**”:

“Mi padre murió en las minas, sin doctor ni protección. Color de sangre minera; tiene el oro del patrón! / Mi hermano vive en los montes, y no conoce una flor. Sudor, malaria y serpiente, es vida del leñador / Hay un asunto en la tierra, más importante que Dios. Que ninguno escupa sangre, pa que otro viva mejor / Qué Dios vela por los pobres? Tal vez sí o tal vez no. Pero es seguro que almuerza en la casa del patrón”.

Ya subiendo por Tucumán se topó con el trabajo mal pago en los ingenios, en los cañaverales. Y nos canta en **La pobrecita**:

“Allá en los cañaverales, cuando la noche viene llegando. Por entre los sucos se ven de lejos, los tucu – tucu de los cigarros / Mi zamba no canta dicha, sólo pesares tiene el paisano. Con las hilachitas de una esperanza, forman sus sueños los tucumanos / Conozco la triste pena, de las ausencias y del mal pago. En mi noche larga prenden sus fuegos. Los tucu tucu del desengaño...”.

Y claro, todos conocemos la célebre zamba, canción popular que rockeros como Ataque 77 y Divididos interpreta, que nos habla de ese solitario de los caminos que va llevando el ganado ajeno y las penas propias por la ladera de los cerros. Ahí vió Atahualpa a **El arriero**, y cantó:

“En las arenas bailan los remolinos. El sol juega en el brillo del pedregal. Y prendido en la magia de los caminos. El arriero va / Es bandera de niebla su poncho al viento, lo saludan las flautas del pajonal, y animando la hacienda, por esos cerros, el arriero va / Las penas y las vaquitas se van por la misma senda. Las penas son de nosotros, las vaquitas son ajenas...”. La ajenidad en los frutos, claro.

No quiero pasar por alto en este recorrido a un excelso poeta salteño, Jaime Dávalos, recitador, autor de célebres zambas que describieron los oficios de su región, “**Zamba de los mineros**”; “**Canción del jangadero**”; “**Vamos a la zafra**”, quien con un tono incisivo nos cuenta en “**Temor del sábado**”:

“El patrón tiene miedo que se machen con vino los mineros / Él sabe que les entra como un chorro de gritos en el cuerpo / Con pupilas abiertas como tajos, le pedirán aumento, mientras quiebran girando, entre las manos, el ala del sombre / Hay que esconder el vino entre cerrojos, el vino pendenciero. Hay que esconden el vino como un crimen, el vino pedigüeño. Que ni una gota más caiga en la boca, desierta del minero.”.

Volviendo a la chacarera, a Santiago, a la tierra de los ancestros del querido Gustavo que nos acompañó, recordamos o la canción “**El manco Arana**”, que interpretara bellamente la voz mayor de América, la negra Mercedes Sosa, y nos cuenta la historia de quien sufrió **un grave accidente de trabajo**, así nos dice Pepe Nuñez, también tucumano, autor de la letra:

“Está duro el manco Arana, cuando le sale un trabajo, tan duro que parece, que no le faltara un brazo / Lo perdió en alguna zafra, en una mina pialando, con el hambre en los talones, no lo perdió saludando...”

Y ya “empezando a salir” como gustaba decir la Negra Sosa, intento justificar la razón de este atrevimiento.

La difusión de las bellas canciones y poemas que hemos recordado, que se ocupan de cuestiones relacionadas con el trabajo, no tiene otra pretensión que la de poner de manifiesto modestos propósitos, que si en alguna medida se cumplen, habrá justificado la difusión de estas líneas.

En primer lugar, tal vez sirva para alentar la profundización del análisis de la música popular, en lo que concierne a la realidad social de las personas que trabajan. Seguramente se encontrarán más y mejores documentos que den cuenta de la notable conexión entre el folclore y trabajo. Lo que aquí se expone es sólo a título ejemplificativo y de acuerdo a lo que tuve oportunidad de conocer y acceder.

Pero a mi modo de ver lo más importante, lo que me mueve a distraer la atención de quien guste acercarse a esta temática, es la evidencia que puede obtenerse, a través de la música popular, sobre siempre necesaria consideración que merece el trabajo humano. (o trabajo a secas como enseña Ackerman, dado que trabajo humano es en definitiva un pleonismo, como trabajo libre es, muy probablemente, trabajo libre es un oximoron).

En efecto, en estos tiempos demasiado se discute sobre la mucha o poca importancia de la protección del trabajo, sobre si ello beneficia a la comunidad toda, que busca vivir en un medio social

digno, o si distorsiona el mercado y los sistemas productivos, alejando la inversión y el ingreso de capitales, etc. etc.

Pero si hay motivos para dudar de lo que sostienen, sobre lo que pensamos y debatimos los interesados en esa discusión, de lo que seguramente no puede dudarse es de la inspiración de los artistas, que no los mueve otro interés que el de plasmar en la obra su sentir. Es que, como dice el poeta colombiano Juan Gustavo Cobo Borda “la poesía no permite mentir. Si haces mal un poema, el poema te desenmascara, si mientes en el poema, se caen los versos...” (reportaje del diario La Nación de Buenos Aires, suplemento cultural del domingo 26 de enero de 2003).

En el mismo sentido, esa otra cara de la música popular que hoy no hemos transitado, el rock nacional, en el tema **“Deja vú” de Gustavo Cerati**, concluye diciendo “Todo es mentira, ya verás, la poesía, es la única verdad”.

En base a todo ello es posible afirmar que la música popular, sus letras más sentidas, reflejando las inquietudes del hombre de trabajo, son prueba cabal de la constante necesidad de salvaguarda de su persona, de la dignidad que debe imperar en todo lo relativo al modo de prestación del trabajo, las condiciones de acceso y de salida, en toda la realidad que lo circunda.

Ello para que no se cumpla —ojalá en esto Discépolo no haya tenido razón, aunque viendo la coyuntura actual resulta difícil desdecirlo— lo presagiado en los versos finales de su recordado “Cambalache”, citando ahora el folclore de esta ciudad que nos recibe y cobija, de la ciudad de Buenos Aires, el entrañable tango, cuando declara que **“es lo mismo el que labura / noche y día como un buey / que el que vive de los otros, el que mata, el que cura / o está fuera de la ley”**.



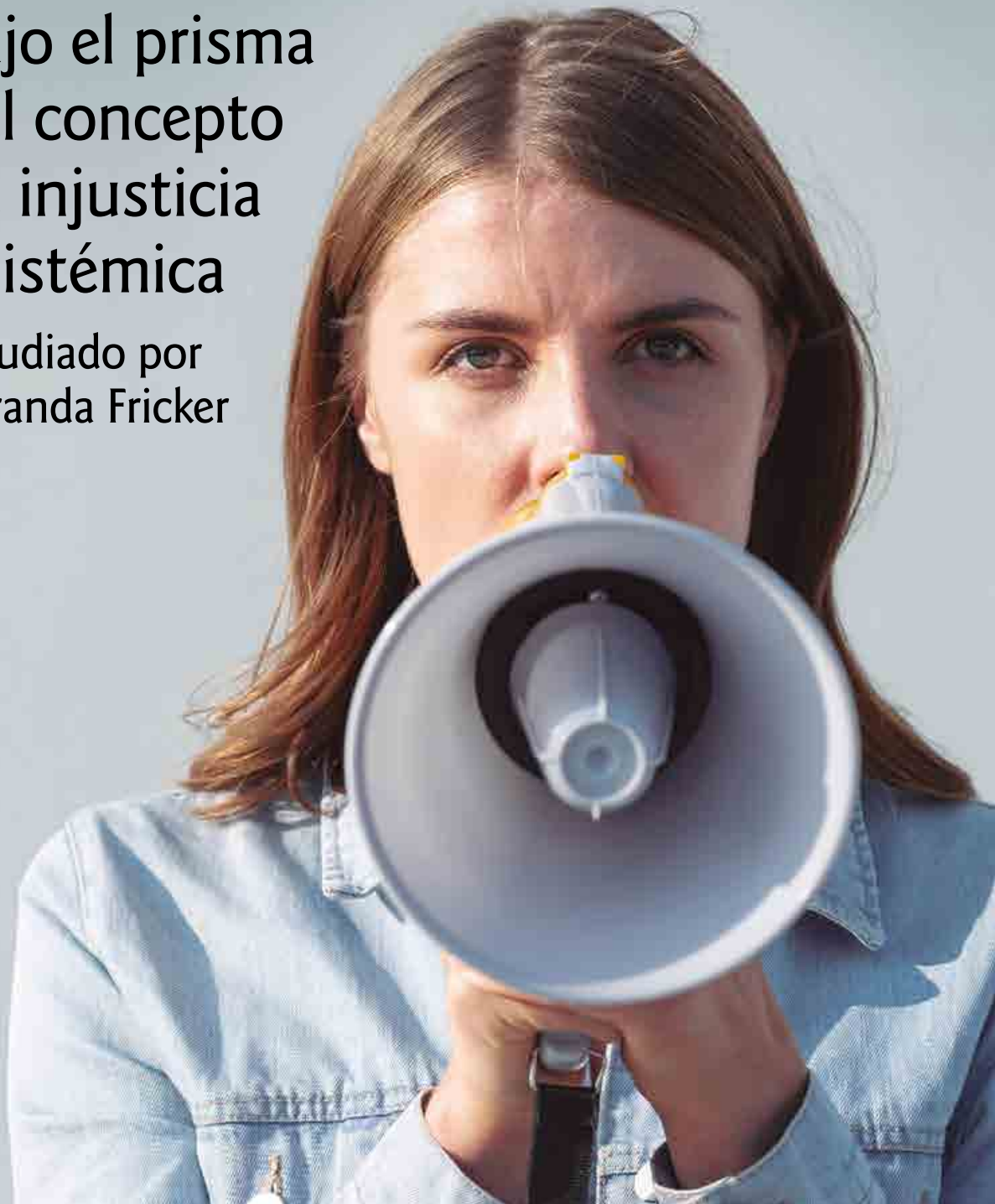


Verónica Vidal

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS ESPACIOS SINDICALES

Bajo el prisma del concepto de injusticia epistémica

Estudiado por Miranda Fricker



I. LA OMISIÓN Y SILENCIO DE LA HISTORIOGRAFÍA CLÁSICA DEL TRABAJO SINDICAL DE LAS MUJERES DESDE LOS INICIOS DEL MOVIMIENTO OBRERO EN SIGLO XIX

A pesar de la incorporación temprana de las mujeres al mercado capitalista industrial y que no han sido pocas las que participaron de las luchas obreras y sindicales en distintos momentos¹, durante largo tiempo su presencia en los sindicatos fue invisibilizada o subalternizada².

Un informe de 1999 sobre ciudadanía y liderazgo femenino en países de América, la CEPAL da cuenta de la marginación de las mujeres de los puestos de dirigencia sindical y de su subrepresentación desde los orígenes del movimiento obrero³.

Sin embargo, éste es un fenómeno que excede la región. A pesar de que organizaciones sindicales mundiales, regionales y locales han asumido compromisos explícitos con la igualdad de género, en general, aún persiste una discriminación sistémica por razones de género al interior de las organizaciones sindicales que, a la vez, contribuye a su opresión histórica⁴. A su vez, la exclusión de las mujeres no sólo se asocia a su género, sino también a otras barreras relacionadas con su raza, ciudadanía, sexualidad, religión, entre otros elementos identitarios (interseccionalidad).

Argentina presenta una larga historia de lucha de los feminismos para la igualdad de derechos civiles y políticos. Ha avanzado en términos cuantitativos y cualitativos en la adopción de normativa, reglamentaciones, garantías constitucionales, convenios y pactos internacionales, necesarios para garantizar la igualdad de trato entre varones y mujeres, así como en el reconocimiento de diversidades sexuales, pero en la práctica la participación plena de las mujeres y disidencias en la acción sindical es marcadamente inferior a la de los varones.

1 Fue un grupo reducido de autoras que abordaron el tema de la lucha obrera de las mujeres, como Susanne Wolquín, Clair Demar, Flora Tristán, Harriete Law, Clara Zetkin y Rosa de Luxemburgo.

2 Tal como afirma Dora Barrancos, refiriéndose al proceso de institucionalización del movimiento obrero que adquirió impulso y se potenció desde 1945: "...aunque el poder sindical vivió una era extraordinaria, esa expansión no significó el empinamiento de las mujeres que actuaban en la vida gremial. En algunas actividades, la sindicalización de la mujer fue tan importante como la de los varones y muchas se destacaban por su labor en las bases [...]. Pero lo cierto es que no había dirigentes sindicales femeninas de peso en el período de mayor poder de las asociaciones de trabajadores en el país...". Barrancos Dora. (2007) *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, pág. 207.

3 El informe puede verse en el siguiente enlace: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3236/1/S9900675_es.pdf

4 CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT : (2013) *Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de Género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe*. Santiago, Chile, citado en "La participación de las mujeres en el ámbito sindical desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género" publicación por iniciativa de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), en colaboración con el Comité de Expertas del MESECVI, coordinado por Alejandra Mora Mora, Secretaria Ejecutiva de la CIM, y Luz Patricia Mejía Guerrero, Secretaria Técnica del MESECVI, con la contribución de Alejandra Negrete Morayta, Katya Vera Morales y Marta Martínez

Además, nuestro país fue pionero junto con Costa Rica en legislar sobre cuota de género en el ámbito político, no obstante, recién en las elecciones del Consejo Directivo Nacional de la Confederación General del Trabajo (CGT) en agosto del 2000, se incorporó a una mujer a la mesa de conducción, como vocal titular 3°, del gremio de seguros y fue en 2004 cuando se logró por única vez en la historia, que una mujer ocupe el cargo principal de la confederación: Susana Rueda⁵.

Dos años antes, en 2002 se había sancionado la ley 25.674 conocida como "Ley de Cupo Sindical Femenino" que establece la representación de las mujeres en cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales, así como en las unidades de negociación colectiva en un mínimo del treinta por ciento, cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores. Sin embargo, a veinte años de haberse convertido en ley, esta normativa no alcanza aun los niveles de cumplimiento esperado y en ocasiones se ha convertido en un techo en lugar de un piso a superar, ocupando en general las mujeres secretarías o vocalías que no representan cargos de toma de decisiones⁶.

En base a un análisis de casos realizado por la Subsecretaría de Políticas, Estadísticas y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo⁷, se registró que en las ramas de actividad con menores tasas de empleo femenino, tales como la industria metalúrgica, maderera o de transporte de pasajeros, entre otras, no hay mujeres ocupando cargos en las comisiones directivas.

Ahora bien, el cupo de género, como mecanismo de ascenso al interior de las organizaciones sindicales resulta, aunque imprescindible, también insuficiente ya que aun en actividades altamente feminizadas, la presencia de mujeres en cargos de mayor responsabilidad es muy escasa.

Así, las mujeres están a cargo de solo el 18% de Secretarías, Subsecretarías o Prosecretarías de las que un 74% se dedican a temáticas que los estereotipos de género reservan a ellas⁸.

La escasa participación de las mujeres en las organizaciones sindicales, especialmente en las instancias decisorias, tiene su reflejo a su vez, en su poca presencia en las unidades negociadoras conformadas para el desarrollo de la negociación colectiva. Del análisis realizado en el informe antes citado, sobre una muestra representativa de 57 convenciones colectivas en 2015, surge que un 30% de ellas no contó con participación femenina en las unidades de negociación⁹.

5 Aspiazú, Eliana. *Participación de las mujeres e institucionalidad de la problemática de género en el sindicalismo argentino*. Ponencia presentada en el 12 Congreso Nacional de Estudios del Trabajo realizada en Buenos Aires, los días 5,6 y 7 de agosto de 2015 organizado por ASET.

6 Este como otros señalamientos pueden leerse en el *Amicus* presentado por Laura Pautassi, Rocio de Hernández, Victoria Flores Beltrán, Julieta Lobato, Liliana Ronconi, Verónica Vidal, Adriana Micalé, Natalia Gherardi y Silvina Ramírez y Lorena Balardini, ante la Corte IDH a partir de la solicitud de opinión consultiva que dio origen a la 27/21, en el siguiente link:

https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc27/36_unibueai.pdf

7 Se puede acceder al informe titulado *Las mujeres en el mundo del trabajo en el siguiente enlace*: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_etto_documento_trabajo.pdf

8 Del informe citado en la nota anterior.

9 Esos datos surgen del informe *Las mujeres en el mundo del trabajo*, antes citado.





Existe una correlación directa entre las cuestiones relativas a la participación de las mujeres en las estructuras de las organizaciones sindicales en general y en particular en los estamentos con capacidad de decisión, con su presencia activa en las discusiones en las negociaciones de las condiciones de trabajo y salariales a través de los convenios colectivos de trabajo.

Las mujeres e identidades feminizadas continúan en definitiva, en la actualidad, presentando dificultades para acceder a los cargos de decisión y participar plenamente de la actividad sindical.

Esos fenómenos obedecen a la persistencia de roles y estereotipos de género que no permiten a las mujeres el pleno goce de sus derechos.

II. LA OPINIÓN CONSULTIVA 27/21 BREVE MENCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió recientemente sobre el tema en la OC 27/21 emitida en mayo de 2021.

Aún en el acotado margen de esta labor, y aunque brevemente, los señalamientos que hace la Corte sobre el tema merecen ser destacados. Ello en la medida que la Corte IDH en su carácter de intérprete última de la Convención Americana y dotada de facultades para emitir opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos” determina en ejercicio de su función consultiva, el alcance de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, coadyuvando de ese modo a que los Estados cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales.

Advierte la Corte que “...los estereotipos de género en el ámbito de las labores domésticas y de cuidado constituyen una barrera para el ejercicio de los derechos

de las mujeres, y de forma particular de los derechos laborales y sindicales, pues impiden que las mujeres se encuentren en condiciones de igualdad para participar en el entorno laboral, y de esa forma limita la posibilidad de acceder a las mismas oportunidades de empleo o de defender sus intereses en el espacio sindical” (párrafo 176)¹⁰.

“En razón de lo anterior, la Corte considera que los Estados deben adoptar medidas que permitan equilibrar las labores domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres, lo que implica adoptar políticas dirigidas a lograr que los hombres participen activamente y equilibradamente en la organización del hogar y en la crianza de los hijos”. Por lo tanto, “dentro de estas medidas se deberá, tal como lo señala la CEDAW, ‘alentar el suministro de los servicios sociales y apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños”. Este último punto es de sumo interés, porque Argentina comenzó de algún modo a dar cumplimiento con este mandato al elevar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que crea un sistema integral de cuidados con perspectiva de género¹¹ al que cabe sumar la reciente reglamentación del art. 179 de la LCT mediante el decreto 144/2022.

En ese mismo sentido, la Corte “recuerda que la Convención de Belém Do Pará prevé que los Estados deben adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a modificar o abolir normas o

¹⁰ Ver el análisis más detallado que desarrollamos en “Reinterpretando las obligaciones de los estados en materia laboral desde una perspectiva de género. Una aproximación al caso argentino” sobre los principios rectores del Derecho Laboral, que en general sólo brindan protección a personas individuales sin considerar responsabilidades de cuidado hacia terceras personas, ni situaciones de desigualdad estructural o violencias cotidianas, con el objetivo de proponer una nueva lectura de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo y determinar las obligaciones estatales en tal sentido. Artículo publicado en la Revista Teoría Jurídica Contemporánea editada por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Vol. 6, 2021, autoras: Laura Pautassi, Victoria Flores Beltrán, Liliana Ronconi, Verónica Vidal, Adriana Micalé, Lorena Balardini, Natalia Gherardi y Silvina Ramírez

¹¹ El proyecto que contiene además una importante modificación sobre el régimen de licencias al que también alude la Corte Interamericana como medidas que deben adoptarse, puede leerse en el siguiente link: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cuidar-en-igualdad-se-envio-al-congreso-de-la-nacion-el-proyecto-de-ley-para-la-creacion#:~:text=En%20qu%C3%A9%20consiste%20el%20proyecto%20de%20ley%3A&text=Promueve%20la%20adaptaci%C3%B3n%20de%20los,cuidados%20en%20el%20%C3%A1mbito%20comunitario>

prácticas consuetudinarias que busquen respaldar o perpetuar la violencia de género". Incluye como ejemplo "aquellas que justifican o prescriben la carga laboral exclusiva de la mujer en las labores domésticas"; por lo tanto, deja asentado que la justificación o prescripción de las tareas domésticas solo a cargo de las mujeres constituyen violencia de género.

La Corte "considera que la autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres dentro de los sindicatos, y por el contrario obliga a los Estados a adoptar medidas que permitan a las mujeres gozar de una igualdad formal y material en el espacio laboral y sindical" (párrafo 193). En consecuencia, todas las medidas que se adopten con ese objetivo "no resultan incompatibles con la autonomía sindical"¹².

Define además, la obligación de los Estados "...de adoptar medidas que permitan garantizar el principio de igualdad y no discriminación en los estatutos de los sindicatos, sus reglamentos y en la composición de sus miembros con una representación equilibrada de ambos en sus juntas directivas" (párrafo 194) y, por lo tanto, una representación de sus intereses en la negociación colectiva (párrafo 180).

Toma nota la Corte de la ausencia de mujeres en los puestos superiores de los sindicatos que pone en evidencia que estos sigan siendo ocupados primordialmente por hombres. Si bien manifiesta la necesidad de que los Estados establezcan cuotas y escaños reservados para mujeres en los puestos de toma de decisiones dentro de las organizaciones sindicales, como una medida dirigida a superar los obstáculos al liderazgo de las mujeres, define que tales medidas se deben orientar decididamente hacia la paridad de género en los órganos directivos, y durante las negociaciones colectivas (párrafos 196 y 197). Es deber de los Estados, asimismo, implementar medidas dirigidas a alcanzar estas metas, y a supervisar su efectivo cumplimiento¹³.

III. HACÍA UNA TRANSFORMACIÓN CULTURAL

Más allá del diagnóstico de situación, y del avance que significa la OC- 27/21 en términos de la definición de las obligaciones de los Estados en el cumplimiento de los derechos fundamentales de libertad sindical, negociación colectiva y huelga (y su relación con otros derechos) con perspectiva de género,

¹² Como ejemplo de las decisiones a adoptar por parte de los Estados (que no implican cuestionamiento alguno de la autonomía sindical) las medidas legislativas y de otra naturaleza dirigidas a lograr la igualdad en el ámbito laboral, como son aquellas que buscan proteger a la mujer durante la maternidad o lograr la conciliación entre la vida laboral y familiar, resultan necesarias para la adecuada participación de las mujeres en el mercado de trabajo, y para el ejercicio de su derecho a la libertad sindical, sin discriminación.

¹³ En el Amicus que presentamos ante la Corte IDH junto a las colegas referidas en la nota 6 hicimos una propuesta concreta de supervisión mediante veedoras extrapoder y la utilización de indicadores del Protocolo de San Salvador como modo de rendición de cuentas y seguimiento de cumplimiento en términos de progresividad.





me propongo reflexionar sobre los modos de asegurar la participación de las mujeres en plenitud en la actividad sindical y el acceso a espacios de decisión revisando algunas implicancias culturales.

La OC-27/21, tomando en consideración las observaciones formuladas por ONU Mujeres, explicita que, además de la desigual división de responsabilidades en lo que respecta al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, como uno de los principales obstáculos que se les presenta a las mujeres e identidades feminizadas para alcanzar los puestos de liderazgo sindical, esa barrera histórica, es consecuencia de “factores como la existencia de una cultura sindical dominada por hombres, quienes ejercen una gran influencia al decidir los puestos de liderazgo...” y que no permite a las mujeres “dedicarse a las actividades de establecimiento de redes que necesitarían para apoyar su liderazgo”(párrafo 196).

En efecto, se requiere de una verdadera transformación cultural y el abordaje de esta problemática desde las distintas herramientas teóricas que aporten en ese sentido.

Son escasos los estudios que abordan con perspectiva de género y mediante una reflexión crítica los derechos humanos de las mujeres en el campo sindical, y se cuenta con muy poca información relativa a las condiciones que determinan la ausencia, exclusión, participación y representación de las mujeres en la vida sindical¹⁴. De igual modo son pocos los pronunciamientos de órganos internacionales y cortes de derechos humanos sobre las experiencias diferenciadas de las mujeres en el goce y ejercicio de los derechos sindicales.

Han sido los aportes de académicas y activistas durante los últimos veinte años los que vienen dando cuenta de las causas estructurales que han determinado las presencias y ausencias de las mujeres en los contextos sindicales y es a partir de estos estudios que se ha impulsado investigaciones que propugnan una “revitalización” de los sindicatos.

La “renovación” de las organizaciones sindicales que se propugna en investigaciones recientes en Argentina¹⁵, retoma la idea anglosajona de “revitalización” con perspectiva de género, no solo como un modo de integrar más mujeres entre las bases de afiliados/as sino en puestos de liderazgo y toma de decisiones¹⁶ y a través de acciones concretas que generen condiciones para que las mujeres logren mayor identificación y participación en los sindicatos.

14 Sue Cobble, Dorothy (2012) *Gender Equality and Labor Movements: Toward a Global Perspective*. Rutgers University, Solidarity Center and USAID, New Jersey, USA, citada en citado en “La participación de las mujeres en el ámbito sindical desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género” referido en la nota 4.

15 Ver el trabajo de Belén Morris (2017): “La revitalización sindical en Argentina (2003-2015): dimensiones e indicadores para su conceptualización”. *Población y sociedad*, 24 (2): 195-226.

Recuperado en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.9133/pr.9133.pdf, cita de Tania Rodríguez, en *Representación sindical y activismos feministas. El caso de la intersindical de mujeres*, en la *Revista del Observatorio Latinoamericano y Caribeño*, Vol. 4, N. 1 (enero-junio, 2020)

16 Ver Colgan, F. and Ledwith, S. (2012). “Gender, diversity and mobilisation in UK Trade Unions” in Colgan, F. and Ledwith, S. (ed.) *Gender Diversity and Trade Unions. International perspectives*. Routledge, London and New York, 154-185; Kaminski, M. y Yakura, E. K. (2008). *Women’s Union Leadership: Closing The Gender Gap. Working USA: The Journal of Labour and Society*, 1089-7011. Vol. 11. pp.459-475 y Kirsch, A. (2010). *Revitalization through gender equality: a challenge for trade unions*, 9th European Congress of the International Industrial Relations Association (IIRA), Copenhagen, Denmark., citas de Tania Rodríguez en el artículo de nota 13.

Encuentro relevante como un modo de profundizar en los cambios culturales estructurales necesarios, poner atención a la construcción del movimiento sindical desde sus orígenes a partir de rituales de membresía y solidaridad homo-social y desde una masculinidad hegemónica. La homo-socialidad masculina, entendida como tensión entre el deseo de instaurar vínculos entre varones y la permanencia del orden heterosexual como régimen político que en definitiva excluye a mujeres y disidencias sexuales¹⁷.

IV. INJUSTICIA EPISTÉMICA COMO CATEGORÍA ANALÍTICA ÚTIL

Una categoría analítica que entiendo contribuye en esta oportunidad a estudiar los modos de realizar la participación plena en los ámbitos sindicales es la de “injusticia epistémica” desarrollada en un texto, así titulado por Miranda Fricker¹⁸.

Bajo el epígrafe de “injusticia epistémica” Fricker incorpora la idea de causar un mal a otro en su condición específica de sujeto de conocimiento y analiza dos tipos: la testimonial que acontece cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar una credibilidad disminuida a un hablante, y la hermenéutica que se da en una etapa anterior cuando no se cuenta con recursos de interpretación colectivos, poniendo a alguien en desventaja injusta con respecto a la comprensión de sus experiencias sociales.

En particular postulo la idea de análisis de los fenómenos de prácticas sindicales en que se podrían apreciar, respecto de las mujeres, situaciones de injusticia testimonial, al otorgárseles menor credibilidad a su palabra, por causa de un prejuicio basado en el género, bajo la hipótesis de que las coloca en desventaja injusta para otorgarle sentido a sus experiencias sociales. La detección y análisis de tales injusticias, entiendo podría contribuir a encontrar el camino hacia su reversión.

Las practicas sindicales a las que aludo, se verifican en los obstáculos y dificultades que se les presenta a las mujeres trabajadoras para participar plenamente en los distintos aspectos de la acción sindical como la negociación colectiva (que permite ser protagonista de la discusión y redacción de las normas que regulan las relaciones laborales), en las estructuras sindicales (al presentárseles barreras para acceder a cargos de decisión) o en las medidas de acción directa, las manifestaciones públicas o actos asamblearios (en cuanto al soslayamiento del rol de las mujeres en esas luchas y de la

posibilidad de introducir una agenda de género), lo cual en términos de injusticia epistémica consiste en causar un mal (a las mujeres trabajadoras) en su condición específica de sujetas de conocimiento (del hacer y liderazgo sindical).

Los obstáculos para la plena integración de las mujeres en la actividad sindical presentan múltiples factores: la ausencia de democratización en las tareas de cuidado que somete a las mujeres a una doble o triple jornada quitándoles tiempo para militar, así como las dinámicas de funcionamiento de las organizaciones sindicales que en general responden a parámetros masculinos, son puntos claves. Estas últimas se verifican por ejemplo en la planificación de reuniones en horarios muy tardíos y sin consideración de espacios para el cuidado de los niños y niñas cuya responsabilidad se reserva a las mujeres, o cuando se trata de discutir cuestiones de la mayor importancia y se convoca solo a los secretarios generales, a sabiendas que las mujeres no alcanzan sino excepcionalmente esos cargos.

Mi hipótesis para seguir desarrollando en otros análisis más extensos es que tales prácticas al interior de las organizaciones sindicales en la que los varones “cis” están sobrerrepresentados, radica en diversas causales, pero que en gran parte se corresponden con conceptos que desarrolla Miranda Fricker como: “déficit de credibilidad”, “prejuicios identitarios” y “estereotipos”.

La definición de “poder social” que utiliza Fricker como: “...capacidad práctica socialmente situada para controlar las acciones de otros, que puede ser ejercida (de forma activa o pasiva) por agentes sociales concretos o, de manera alternativa, puede operar de forma netamente estructural”¹⁹ permite luego desarrollar el caso testimonial de la injusticia epistémica.

En ese sentido el poder social es una capacidad práctica que se ejerce en un contexto social dado (en el caso las organizaciones sindicales). Esa capacidad puede ser ejercida por agentes sociales (individuos, grupos o instituciones) sobre otros agentes sociales (que se expresa en una relación diádica), o estructuralmente, esto es, sin un sujeto agente sino más bien como forma de poder disperso (en este caso las personas en su mayoría varones “cis” que actúan más bien como vehículos, no como agentes).

En ambos casos se puede ejercer activamente o pasivamente y, además en forma coordinada, ya que en las actuaciones agenciales del poder se supone ya una coordinación práctica social con otros agentes sociales (coordinación con las acciones de otros), es decir, una estructura social de trasfondo; y por eso las prácticas que antes describí se reproducen en mayor o menor medida en las distintas organizaciones sindicales.

En la hipótesis que planteo se da lo que Fricker denomina como poder identitario, esto es, actuaciones del poder que suponen ciertas concepciones de identidad social compartidas (qué significa ser mujer, en este caso). Este tipo de poder si bien no implica aceptar de manera consciente los estereotipos

17 Andrade, Xavier. (2001). *Homosocialidad, disciplina y venganza*. En Andrade Xavier y Herrera Gioconda (Ed.) *maseculinidades en Ecuador*, (pp. 115-138) Quito, Ecuador. Flaco.

18 Fricker, Miranda (2017): *Injusticia epistémica. El poder y la ética del conocimiento*. Barcelona: Herder (Introducción, Cap. 1: “Injusticia testimonial” y Cap. 7: “Injusticia hermenéutica”).

19 Ver pág. 36.





que emergen del imaginario social compartido, lo cierto es que este imaginario controla nuestras acciones independientemente de nuestras creencias.

En un ejercicio activo de poder identitario de género, por ejemplo, un varón hace callar a una mujer o menosprecia explícitamente su palabra de manera paternalista; mientras que, en un ejercicio pasivo de poder identitario, la mujer sencillamente se priva de usar su palabra frente a un varón por el hecho de ser mujer.

Esta situación se ve representada en la dinámica de las organizaciones sindicales cuando por ejemplo, se convoca solo a varones al momento de tomar decisiones e incluso debatir el funcionamiento de las estructuras sindicales con perspectiva de género, o en su caso a muy pocas mujeres que tienen escasa o nula participación en el diálogo. Esto, sea porque las mujeres se retraen al encontrar que los gestos, el tono de voz que se utilizan o simplemente las temáticas que se tratan las excluyen (ejercicio pasivo) o porque su participación se encuentra condicionada a un “guión” que previamente revisó un varón que descrea del conocimiento que ellas tienen de las cuestiones que interesan al movimiento obrero organizado.

En las dos situaciones existe un control sobre las acciones de la mujer, activo o pasivo, basado en un poder identitario que tiene el varón sobre la mujer, fruto de una coordinación imaginativa social basada en estereotipos y prejuicios de género, tales como que las mujeres son más intuitivas que racionales o que no responden al imaginario de sindicalista que requiere de determinada gesticulación o un determinado tono de voz, y que a la vez no se corresponde con el comportamiento esperado de las mujeres.

El poder identitario puede operar en el intercambio testimonial a través de su influencia en la economía de la credibilidad, generando una disfunción prejuiciosa de la práctica, que para ser considerado injusticia epistémica opera por déficit (al otorgarle al hablante menos credibilidad de la que se le otorgaría en otras condiciones). Este error en la atribución de credibilidad, un agente (la mujer) es dañado específicamente en su capacidad como sujeto conociente.

Sólo cuando el déficit de credibilidad se da por causa de prejuicios se puede hablar de un caso injusticia epistémica. Si bien existen muchas clases de prejuicios

que pueden causar un déficit de credibilidad que den como resultado una injusticia testimonial incidental, Fricker se concentra en los prejuicios identitarios que dan como resultado una particular forma de injusticia testimonial sistemática, la cual es altamente perjudicial puesto que vuelve al sujeto (en el caso la mujer) víctima de esa injusticia, vulnerable a cualesquiera otras modalidades de injusticia (jurídica, económica, política, etc.).

Esto se ve claramente reflejado en el impedimento a transmitir conocimiento para las mujeres que implican los obstáculos que se les presenta en la participación de las organizaciones sindicales por déficit de credibilidad, por cuanto se reproducen las injusticias que se dan en la sociedad y que implican para las mujeres desigualdades jurídicas (reflejada en normas), económicas (al no receptarse el producido que generan al desempeñar las tareas de cuidado y de sostenimiento de la vida) y también en términos políticos porque las ubica fuera de los espacios de poder.

Dice Fricker: “Los poderosos suelen tener las interpretaciones apropiadas de sus experiencias, a las que recurren enseguida para dar sentido a sus experiencias sociales, mientras que es más probable que los indefensos se descubran teniendo algunas experiencias sociales como en un espejo, en enigma, donde en el mejor de los casos, en su afán por volverlas inteligibles recurren a significados que no encajan bien”²⁰.

El concepto de “lagunas hermenéuticas” que analiza Fricker, esto es, una ausencia de recursos categoriales para dar sentido a la experiencia propia evidencia una desventaja cognitiva aguda derivada de un vacío en los recursos hermenéuticos colectivos que le impide a una persona comprender algo significativo de su propia experiencia.

Explica Fricker es: “La injusticia de que alguna parcela significativa de la experiencia social propia quede oculta a la comprensión colectiva debido a un prejuicio identitario estructural en los recursos hermenéuticos colectivos.”²¹

²⁰ Ver pág. 238, 239.

²¹ Ver pág. 249.

La similitud con la injusticia testimonial sistemática -que se da cuando la marginación se reproduce en otras áreas sociales- hace volver evidente el fenómeno de la opresión.

Encuentro un paralelismo entre los llamados “grupos de concienciación” o “grupos de autoconciencia” que tienen su origen en el “feminismo radical”²² con la organización de “Mujeres sindicalistas”²³ o la “intersindical de mujeres”, como mesa de coordinación y articulación integrada por secretarías de género de las confederaciones y centrales sindicales argentinas²⁴, que permitió de algún modo a las mujeres colectivamente ser capaces de superar los hábitos de interpretación social rutinarios existentes y obtener interpretaciones excepcionales de algunas de sus experiencias, anteriormente ocluidas tal como explica Fricker-; juntas, fueron capaces de materializar unos recursos para la interpretación que hasta el momento solo estaban implícitos en las prácticas interpretativas sociales de la época²⁵.

Surgen de estos movimientos la importancia de reconocer el valor económico de las tareas de cuidado, de los obstáculos que representa el tiempo insumido para la participación sindical, así como las consecuencias del techo de cristal o el piso pegajoso²⁶ en las trayectorias de las mujeres trabajadoras, etc. y la importancia de introducir esas y otras cuestiones en la agenda sindical (que alcanza a la negociación colectiva) comprendiendo el valor e importancia en un pie de igualdad con otras problemáticas al trascender de la experiencia personal y vislumbrar que “lo personal es político”²⁷.

De este modo y en las experiencias compartidas de movimientos como el de “Mujeres sindicalistas” o “la intersindical de mujeres” entiendo que podría estudiarse como un avance hermenéutico en términos de superación de los modos de injusticia epistémica de la que habla Fricker.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Si bien, un análisis a partir de categorías epistemológicas podría llevar a la idea de que se trata de meras especulaciones teóricas, algunos párrafos de la OC- 27/21, demuestra que en la praxis se refleja la necesidad de controvertir la injusticia epistémica que padecen mujeres e identidades feminizadas a partir del tendido de redes y apoyos solidarios de grupos históricamente desventajados como fueron los ya citados “grupos de autoconciencia”.

La Corte Interamericana advertida de la existencia de un escenario en que la cultura sindical es dominada por hombres, quienes ejercen una gran influencia al decidir los puestos de decisión...” y que no permite a las mujeres “dedicarse a las actividades de establecimiento de redes que necesitarían para apoyar su liderazgo, afirma que es obligación de los Estados “adoptar medidas que fomenten la creación de espacios para grupos de mujeres dentro de la organización sindical para apoyar a quienes ocupan puestos de toma de decisiones (párrafo 197).

En definitiva, no solo “lo personal es político” sino que lo político en términos de disputa de poder y de alcanzar la cúspide en las organizaciones sindicales por parte de las mujeres, se corresponde con una obligación internacional estatal que debe asegurar la creación de redes de apoyo de liderazgo femenino al interior de las organizaciones sindicales.

22 A finales de la década de 1960, será Kathie Sarachild quien, en 1967, en el marco de las New York Radical Women, bautizará esta práctica de análisis colectivo de la opresión, a partir del relato en grupo de las formas en las que cada mujer la siente y experimenta, como autoconciencia [consciousnessraising].

23 Se puede consultar más información sobre el movimiento Mujeres Sindicalistas en el siguiente enlace: <https://sindicalfederal.com.ar/category/mujeres-sindicalistas/>

24 Ver el muy interesante trabajo de investigación sobre el tema de Tania Rodríguez, “Representación sindical y activismos feministas. El caso de la intersindical de mujeres” en la Revista del Observatorio Latinoamericano y Caribeño, Vol. 4, N. 1 (enero-junio, 2020) donde se refiere a la existencia de experiencias de mesas intersindicales de mujeres en alguna provincias y ciudades, como en Córdoba, La Plata y distritos de la provincia de Buenos Aires. La experiencia intersindical de mujeres que se estudia en ese trabajo está integrada por secretarías de género de las mesas directivas nacionales de las centrales sindicales, además de secretarías de federaciones nacionales y sindicatos de base.

25 Ver pág. 239.

26 Hablar de “techo de cristal” refiere a la barrera invisible que impide que las mujeres asciendan en la escala jerárquica de las organizaciones laborales, y si lo hacen sólo llegan a posiciones medias, mientras que el “piso pegajoso” se refiere a la dificultad que las mujeres experimentan que hacen que queden ‘estancadas’ en una situación que dificulta su autonomía económica y que les impide salir de ocupaciones con bajo nivel jerárquico y con una calificación menor.

27 En los grupos de “autoconciencia”, explica Danila Suárez Tomé que Hanisch, autora del artículo “Lo personal es político”, escrito en 1969 y publicado por primera vez en Notes from the Second Year: Women’s Liberation en 1970, destaca que las mujeres llegaban a la conclusión de que los problemas personales también eran problemas políticos. Comprensiblemente, no políticos en términos partidarios o de demostraciones en la calle, que era, en definitiva, la concepción que tenían en mente quienes dirigían esas críticas, sino políticos en términos de los efectos que emergen de las relaciones de poder que configuran las dinámicas de lo social. Ver Danila Suárez Tomé (2020). ‘Lo personal es político’ en contexto. En Maffia, Diana Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina): Editorial Jusbares.



DELEGACIONES PERÍODO 2021-2023

ALTA GRACIA

Presidenta: **Laura Cociglio** | Vicepresidente: **Ricardo Ramella**

Secretario: **Diego García** | Prosecretario: **Ricardo Bueno (h)**

Tesorera: **Patricia Ferrero** | Protesorero: **Roger A. Zárate**

Vocales: **Laura Hued, Martín Cociglio, Juan M. Bossi**

CARLOS PAZ

Presidenta: **Patricia Alejandra Ledesma** | Vicepresidente: **Sergio Rodriguez**

Secretaria: **Romina Arrieta**

Tesorero: **Eliás Karanicolas** | Protesorera: **Denise Heredia**

Vocales: **Fabiana Vergara, Ana Laura Bosio, Valeria Vega**

SUDESTE

Presidente: **Diego Sobrino** | Vicepresidenta: **Itatí Demarchi**

Secretaria: **Julieta Barroso** | Tesorero: **Manuel Sosa**

Vocales Titulares: **Adolfo Albrecht, Julio Nóbrega**

SUR

Presidenta: **Çiselle Cragnolino** | Vicepresidente: **Víctor Daniel Recalde**

Secretario: **Carlos Gabriel Gonzalez** | Tesorera: **Hebe Haydeé Horny**

Vocales Titulares: **Claudia Lorena Ortellado, Juan Manuel Sanmartino, Lucas Sebastián Giorgi, Daniela Lisa Dagatti, María Elizabeth Vega**

Vocales Suplentes: **Luciana Reynoso, Bruno Andres Balsamo, Paloma Abraham, Claudio Gustavo Bonamico**

NOROESTE

Presidente: **Omar Rene Sarich** | Vicepresidenta: **Adriana Elda Damiani**

Secretaria: **Maria Laura Oliva** | Prosecretaria: **Maria Pia Gonzalez Conteri**

Tesorera: **Gabriela Ibarra** | Protesorero: **Ricardo Osear Agost**

Vocales: **Ricardo franciseo Seo, Gabriela Villar, Sonia Siri, Adrian Humberto Decara, Faundo Joel Tello, Ezequiel Abate Daga**

DISEÑADO POR:

VEO Imagen y Comunicación

+54 9 351 2304363

www.v-e-o.com.ar

Los pronunciamientos publicados en "Catorce bis" pueden encontrarse o no sujetos a recursos. Su publicación tiene por objeto poner en circulación el criterio jurídico seguido por el Tribunal que lo dictó.

Las opiniones vertidas en las notas firmadas así como las brindadas por los miembros de Comisión Directiva en el ejercicio de su profesión, son responsabilidad exclusiva de sus autores, las que no reflejan necesariamente la opinión institucional de la AADTYSS CÓRDOBA.

Se autoriza la reproducción parcial o total citando la fuente.

Toda la información sobre la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo (AADTYSS) en: www.asociacion.org.ar

Todas las actividades académicas de la Asociación de Derecho del Trabajo en: www.asociacion.org.ar/index.php/actividades/cursos

ASOCIACIÓN ARGENTINA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL - CORDOBA: www.asociacionlaboral.org

✉ asociacionlaboralcba@gmail.com

www.asociacionlaboral.org

🌐 [AsociacionLaboralCordoba](https://www.asociacionlaboral.org)

📷 [AsocLaboral](#)

📘 [Asociación Laboral Córdoba - AADTSSCba](#)



Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social - CORDOBA



TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN DECLARATIVO ABREVIADO: LA APLICACIÓN TEMPORAL OPORTUNA DEL ART. 52 BIS CPT TRAS SU ENTRADA EN VIGENCIA
Por **Ignacio Tomas Astudillo**



DERECHOS A LA SALUD Y AL TRABAJO. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DEL TRABAJO Y EL DEBER DE PREVENCIÓN
Por **Héctor Hugo Boleso**



EL TRABAJO EN CONTEXTO DE ENCIERRO
Por **Solange D. Bressan y María J. Guerrero**



METAVERSO Y DERECHO DEL TRABAJO
Por **Walter Neil Bühler**



JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: EL CASO: "DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING ARGENTINA S.A C/T.C."
Por **Evelyn Daniela Caminos**



EL DERECHO DEL TRABAJO Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO: EMPRESAS DE PLATAFORMA
Por **José Luis Ugarte Cataldo**



EL PROCESO DE REGULACIÓN DE HONORARIOS POR ACTUACIONES ANTE LA SRT/COMISIONES MÉDICAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA
Por **José Luis Coppari Gigena**



EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL SISTEMA DE RIESGOS DEL TRABAJO Y EL CAPÍTULO "POGONZA". LA INDEPENDENCIA DE LOS MÉDICOS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA
Por **Esteban Corti**



REVOLUCIÓN DIGITAL Y PRECARIZACIÓN LABORAL: EL CASO DE LOS TRABAJADORES "A PEDIDO" MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES
Por **María Julia Foddanu**



EL "IUS VARIANDI" EN EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ABREVIADO CORDOBÉS. UNA CAUSAL ÚNICA Y DIFERENTE
Por **Paula Andrea Frescotti**



DECLARACIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA: CÓDIGOS DE CONDUCTA
Por **Hebe A. García Borrás**



PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ABREVIADO (LEY 10596)
Por **Valentina Latzina**



JAQUE AL LIBRE DESPIDO Y A LA TARIFACIÓN DEL DESPIDO
Por **Raúl Horacio Ojeda**



LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA. LA EXPANSIÓN DEL TRABAJO REMOTO Y LA RECEPCIÓN EN EUROPA DE LOS NÓMADAS DIGITALES
Por **Esperanza Macarena Sierra Benítez**



LA ORGANIZACIÓN SOCIAL DEL CUIDADO Y DEL TRABAJO
Por **María Fabiana Sosa**



MÚSICA POPULAR ARGENTINA Y DERECHO DEL TRABAJO
Por **Diego Martín Tosca**



LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS ESPACIOS SINDICALES BAJO EL PRISMA DEL CONCEPTO DE INJUSTICIA EPISTÉMICA ESTUDIADO POR MIRANDA FRICKER
Por **Verónica Vidal**