

AÑO 2_Nº 2

Agosto 2020

ISSN (Ver. online): 2683-8761



REVISTA de ESTUDIO de

Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

LABOR LAW AND PROCEDURAL LABOR LAW DOSSIER

Revista de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
Universidad Blas Pascal

REVISTA *de* ESTUDIO *de*
**Derecho Laboral
y Derecho Procesal
Laboral**

**SALA DE DERECHO LABORAL Y
DERECHO PROCESAL LABORAL**

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

Año 2 · Nro. 2 · Agosto 2020 // ISSN (Versión online): 2683-8761

REVISTA *de* ESTUDIO *de*

Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

Comite Editorial

• ***Director: Prof. Dr. Ricardo Francisco Seco***

Coordinadores

• ***Ab. Esp. María Valeria Yadón***

• ***Ab.Esp.Edder Hernán Piazza***

Consejo Científico

• ***Dr. Rolando Gialdino*** (*Universidad de Buenos Aires*)

• ***Dr. Mauricio César Arese*** (*Universidad Nacional de Córdoba*)

• ***Dra. Daniela Marzi Muñoz*** (*Universidad de Valparaíso, Chile*)

• ***Dr. Juan Federico Arriola Cantero*** (*Universidad Iberoamericana, México*)

• ***Dra. Ana María Salas*** (*Universidad Nacional de Cuyo*)

• ***Dr. Hugo Barreto Ghione*** (*Universidad de la República, Montevideo, Uruguay*)

• ***Dr. Humberto Villasmil Prieto*** (OIT)

• ***Prof. Ing. Néstor Pisciotta*** (UBP)

Diseño y Diagramación

• ***Mauricio Tagliavini, DG***



Copyright © 2020 by Editorial UBP
Todos los derechos reservados

Director
Néstor Pisciotta
Av. Donato Álvarez 380
CP X5147ERG Argüello, Córdoba
Argentina
Tel: 54 (0351) 414-4444
Para mayor información
contáctenos en www.ubp.edu.ar
O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
ya sea total o parcial, en forma idéntica
o con modificaciones, escrita a máquina
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,
impreso, etc., que no fuera autorizada por
Editorial UBP, es violatoria de derechos
reservados. Su infracción está penada por
las leyes 11.723 y 25.446.
Toda utilización debe ser solicitada con
anterioridad.

Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

Publicación anual de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: salalaboral@ubp.edu.ar

ISSN (Versión online): 2683-8761

Esta Revista no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

EDITORIAL

La Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral funciona en el ámbito del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal.

En 2019 cumplimos con uno de los objetivos establecidos para la Sala, que es la publicación de una revista anual en soporte digital. Así se hizo realidad el primer número.

Un año después ve la luz el segundo número de la revista en un tiempo muy especial, que seguramente no será olvidado, caracterizado principalmente por la pandemia del Covid-19.

Ella recoge varias de las exposiciones que se hicieron en las reuniones plenarias del ciclo 2019, pero también otros interesantes artículos de los miembros de la Sala, todos referidos al Derecho Laboral y al Derecho Procesal Laboral.

La aparición de la pandemia citada obligó a un esfuerzo normativo, doctrinario y jurisprudencial que está expuesto significativamente en el material que compone este número.

Una característica destacada de este año es la incorporación de jóvenes juristas iuslaboralistas a la Sala y a este número de la revista.

El año pasado celebramos el centenario de la Organización Internacional del Trabajo en un marco de una crisis de diversas aristas que afectaba, entre otros aspectos de la vida, al trabajo y al Derecho del Trabajo. Pero lo sucedido en 2020 supera cualquier comparación.

Con todo, referíamos que la crisis ha sido la compañera de ruta del Derecho del Trabajo desde sus inicios hace poco más de cien años y que los laboristas se hallan acostumbrados a navegar en aguas bravías, nunca en aguas calmas.

Los cambios en los sistemas productivos, exacerbados por la pandemia, obligan a repensar las relaciones de producción y en ellas, las relaciones laborales.

Nadie se pregunta por la supervivencia y función del Derecho Civil. En cambio, sí se cuestiona la existencia y la función del Derecho del Trabajo y su aplicación procesal, aunque ello no es nuevo. Es en el marco universitario donde las discusiones doctrinarias, propias de nuestra materia y en interrelación con otras, deben fluir y en él debe buscarse la verdad y la justicia social.

La Sala que presidimos y esta revista, entre otros medios disponibles, son lugares donde esa búsqueda incesante tiene escenario y sede.

Cabe por razones de justicia reiterar un especial agradecimiento a las autoridades de la UBP, en especial al Secretario de Investigación y Desarrollo, Ing. Prof. Néstor Pisciotta, y al director de la Carrera de Abogacía, Dr. Guillermo Ford, que nos abrieron las puertas para concretar de este proyecto.

Agradecemos también a los autores de los artículos que se publican en este número y a los demás integrantes de la Sala, que mes a mes en las reuniones plenarias o día a día en las conversaciones que se dan por medio de las redes sociales, interactúan, comparten conocimientos, inquietudes, soluciones, etcétera, de modo solidario.

Somos plenamente conscientes de que el camino iniciado en 2018 se ha profundizado y que continúa en esa línea donde van abriéndose nuevas posibilidades, principalmente para los jóvenes iuslaboralistas.

Nuestro aporte a la “Escuela Córdoba de Derecho del Trabajo” es una vez más muy activo y de elevado nivel y se expande al mundo por los medios disponibles en este tiempo.

A pesar del marco socioeconómico nacional e internacional que nos rodea y de los efectos devastadores de la pandemia que nos afecta no hemos perdido la esperanza en el cultivo de este derecho apenas centenario, potenciado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como ya lo decían los romanos, aun cuando no podían imaginarse la Revolución Industrial, ni la Cuestión Social, ni al Derecho del Trabajo: “Todo el derecho está constituido por causa del hombre”. Esa enseñanza subsiste en todo tiempo.

Son las personas en condición de trabajo los sujetos de preferente tutela constitucional.

Las relaciones entre trabajadores y empleadores deben ser reguladas por un orden jurídico justo que procure la paz, la que no se logra sin justicia social.

En su búsqueda, como el navegante que busca la estrella polar con esperanza, estamos en este puesto de avanzada.

Dr. Ricardo Francisco Seco

Presidente de la Sala y Director de la Revista

ÍNDICE

EVOLUCIÓN Y FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Ricardo Francisco Seco	13
EL MUNDO DEL TRABAJO Y LA PRECARIEDAD LABORAL DE LOS COMUNICADORES Y PERIODISTAS Evelyn Daniela Caminos	27
LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UN INSTITUTO DE GESTIÓN PRIVADA Claudia Medina	39
DEBATES VIGENTES ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO CON REFERENCIA A CIERTOS CONTRATOS Teresita A. Carmona Nadal de Miguel	49
ALGUNOS INTERROGANTES SURGIDOS A RAÍZ DEL TELETRABAJO PRODUCTO DE LA PANDEMIA COVID-19 Juan Ignacio Caminos	59
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PROFUNDIZA RESTRICCIONES A LA LIBERTAD SINDICAL EN TIEMPOS DE EMERGENCIA OCUPACIONAL Franco Giavedoni	71
EL INTERÉS MORATORIO EN EL DERECHO DEL TRABAJO Consuelo Ferreyra y Leonardo Oscar L'argentiére	77
EL CONTRATO DE SERVICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ¿UNA REGULACION PROGRESIVA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO? Ricardo León Chércoles	87
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE PROFESORES ORDINARIOS EN UNIVERSIDADES PRIVADAS POR MOTIVOS DE EDAD POR JUBILACIÓN Ricardo Francisco Seco	109
EL DERECHO A LA DESCONEXION DIGITAL. EL TELETRABAJO: UNA NECESIDAD Consuelo Ferreyra y Carolina Vera Ocampo	131
UN MODELO PARA ARMAR: EL ART. 223 BIS EN ÉPOCA DE COVID-19 Ana María Salas	145
NOTAS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL A PARTIR DE LA REFORMA A LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, INSERCIÓN DEL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO Y EMERGENCIA SANITARIA Carina Noemí Guevara	155
UNA CUESTIÓN DE DERECHOS SOCIALES... MESAS DE DIALOGO EN ACTIVIDADES DE LA ECONOMÍA NO FORMAL Mirna Lozano Bosch	169

COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO Y EL ART. 212 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO	
Nicolás Francisco Niewolski Cesca	179
LAS REFORMAS DE LA LEY 10.596 EN MATERIA RECURSIVA	
Rosalía A. Pécora	187
Presentación de libro: ELOGIO DE LA EVOLUCIÓN	
Fabián LLANOS	193

*ARTÍCULOS
DE DOCTRINA*

EVOLUCIÓN Y FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO¹

Ricardo Francisco Seco²

Sumario: I.- La cuestión social del siglo XIX. II.-La irrupción del Derecho del Trabajo en la historia. 1.-Sus inicios. 2.-El Derecho del Trabajo clásico. III.- La crisis petrolera y sus consecuencias. 1.-La crisis petrolera. 2.-Flexibilización como precarización. IV.- La nueva cuestión social. V.-Crisis del Derecho del Trabajo. VI.-Ensayo de una posible respuesta.

Resumen: La cuestión social es el cuadro de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, consecuencia de la Revolución Industrial en Europa. El Derecho del Trabajo constituyó una reacción contra la injusticia. Desde 1973-75 en adelante se produjo una modificación objetiva de las condiciones de trabajo de las personas en el mundo. Advino la *flexibilización* laboral. Flexibilización puede usarse como “sinónimo de *desregulación* y *precarización* del contrato de trabajo. El último cuarto del siglo XX en adelante se caracteriza por la creciente pobreza estructural, el desempleo y la exclusión y el problema de la inseguridad. El Derecho del Trabajo ya no será el que fue. Deberá reinventarse sin perder lo que lo identifica: *su función de protección de los hiposuficientes. Debe procurar que el trabajo humano no se convierta en una mercancía. Se debe pensar el futuro del Derecho del Trabajo, pero sin olvidar sus raíces.*

Palabras clave: Conflicto. Crisis. Flexibilización. Mercancía. Protección.

I.- La cuestión social del siglo XIX

Ella es conceptualizada como el cuadro de condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores resultantes del proceso de industrialización principalmente en Europa y América del Norte. Ante las condiciones sociales imperantes resultaba inaplazable que se encararan “medidas para corregir abusos y promover propuestas para el mejoramiento de la situación de los obreros o, en términos que por entonces se consideraban equivalentes, de los pobres”.³

1 *Aclaración inicial: Este artículo es el producto de una exposición realizada en una reunión plenaria de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral de la UBP en 2019. Posteriormente su contenido esencial fue publicado en AA.VV., Nuevas tecnologías. Presente y futuro del derecho del trabajo, ARESE, César(director), CHÉRCOLES, Ricardo León- FERRARIO, María de los Ángeles (coordinadores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, p.59, todo ello antes de la pandemia del Covid-19.

En esta revista digital se ha preferido dejarlo sin agregado alguno en razón de que ya varios artículos de esta revista se ocupan de las consecuencias del Covid-19 en el Derecho del Trabajo argentino y es suficiente.

2 Abogado y notario(UCC), doctor en Derecho y Ciencias Sociales(UNC), profesor de grado de DTySS (UCC y UBP), profesor de posgrado de varias universidades argentinas y una extranjera, Presidente de la Sala de DL y DPL del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal de Córdoba, Secretario General de la AADTYSS-Córdoba, exvocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba, publicista. E-mail de contacto: ricardoseco58@gmail.com.

3 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p.18.

Con el advenimiento de la empresa capitalista, consecuencia del liberalismo político que sostenía la libertad contractual y la concepción robusta de la propiedad privada, se produjo la separación tajante entre los propietarios del capital y los aportantes del trabajo bajo el régimen del salariado.⁴

Ya no estaban reunidos en una persona el propietario de la materia prima y el de la máquina- aunque ella fuera muy elemental- usada para transformarla y quien aportaba la actividad humana transformadora. En esa época se dieron inventos como la máquina de vapor, el ferrocarril, los buques de vapor, el motor eléctrico, el motor a explosión, el cemento armado, la dinamo, la máquina frigorífica, el horno eléctrico, el teléfono, etcétera.⁵

Los trabajadores realizaban jornadas extensas; mujeres y niños trabajaban en tareas insalubres y en condiciones inhumanas; había hacinamiento en viviendas, entre otras condiciones de vida. En ese tiempo apareció una nueva clase social: el proletariado, que se sentó en las urbes, generando nuevos pobres. Era menester la protección de esas personas.⁶

La Cuestión Social fue efecto o consecuencia de la “Revolución Industrial”⁷- ahora se dice que aquella fue la primera- y planteó un peculiar problema de justicia.

II.-La irrupción del Derecho del Trabajo en la historia

1.-Sus inicios

El Derecho del Trabajo “constituyó una reacción contra la injusticia que, en la práctica, significó dejar librada la relación del trabajo a la concepción individualista del derecho civil, que niega la existencia de derechos fundamentales, aunque ello haya sido motivo de un acuerdo.”

Para ello adoptó diversas técnicas.⁸ Reaccionó ante la *disparidad negocial*, ante el trabajo humano reducido a mercancía que se vende de acuerdo a las condiciones de mercado, con prescindencia del valor intrínseco.

Surgió como un derecho típicamente protector de la clase trabajadora, que se encontraba afectada “no sólo por la ambición desmedida del capital sino también por el frío e inmutable principio de la autonomía de la voluntad, que proclamaba el Derecho Civil, como base y esencia de toda relación contractual.”⁹

La legislación estatal empezó a utilizar diversas herramientas como la “*reducción de la capacidad de mando empresario* (del empleador que se consideraba dueño exclusivo de la misma por el hecho de que era de los bienes de producción y por lo tanto podía de hecho imponer las condiciones de trabajo), *reconocimiento de las autonomías colectivas*, tratamiento privilegiado del poder de negociación colectivo, *contralor administrativo*, lo que llevó a la limitación de las facultades jerárquicas del empleador.”¹⁰

4 PÉREZ, Benito, La participación sindical en la empresa, ED- 109,919.

5 BARBAGELATA, Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista, cit.

6 Ídem nota anterior.

7 LÓPEZ, Justo, La filosofía del derecho y la doctrina social de la Iglesia, TySS,1992-3

8 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, La empresa como comunidad de personas: su aporte al derecho del trabajo, LT, t. XXVII-A, p. 385

9 CAVAZOS FLORES, Baltasar, Mater et Magistra y la evolución del derecho del trabajo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p.32

10 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, La empresa como comunidad de personas: su aporte al derecho del trabajo, cit.

Esas técnicas se enderezaron a equilibrar jurídicamente lo que era un desequilibrio económico inicial. Se sancionaron normas mínimas de cumplimiento obligatorio que alteraron la autonomía de la voluntad, que funcionan por sobre o por debajo de las condiciones establecidas. Las reglas se adecuaron al *principio de protección* del trabajador que dio lugar a la aparición de un derecho nuevo.¹¹

2.-El Derecho del Trabajo clásico

Éste se expresó en una época que se caracterizó por una distinta forma de coordinación interempresarial, la que se basaba, en especial, en un proceso constante, en serie, según el modelo *taylorista - fordista*, con un empleo subordinado, estable y a tiempo completo, en una empresa de coordinación vertical y horizontal y gigantesca.

La principal particularidad del Derecho del Trabajo se relaciona “con el objeto de su protección y supone una nueva actitud ante las realidades del mundo del trabajo. Implica un cambio en la forma de concebir la *igualdad* de las personas las que, como señalaba Radbruch’ deja de ser así, punto de partida del Derecho, para convertirse en *meta o aspiración del orden jurídico*.”¹²

Nuestro Derecho “*no es un derecho de esencia sino de existencia* por lo cual el amparo preferente al trabajador es el principio rector de toda la disciplina y su significación y consecuencias han motivado valiosísimos aportes.”¹³

El Derecho del Trabajo así configurado constituyó el “medio más eficaz de aplicación de los principios de justicia social que se encuentran consignados en las legislaciones laborales.”¹⁴

Es él una aplicación constitucional, y luego legal, del antiguo principio romano “*favor debilis*” indicado por el papa León XIII en su encíclica *Rerum novarum* de 1891, n°25, cuando se refiere a la preferente atención del Estado a los proletarios, carta que es una de las fuentes originarias del nuevo derecho, como la define el papa Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*, 28, de 1931.

En él se encuentran normas de orden público relativo o de protección y los principios que lo informan, entre ellos el de irrenunciabilidad, interesan a la colectividad que su cumplimiento sea coactivo.

El principio protector-que en Argentina tiene sede en el art.14 bis de la Constitución Nacional- si bien se dirige primordialmente al legislador, su cumplimiento “atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto”.¹⁵

Es él la base y fundamento del Derecho del Trabajo.

11 VÁZQUEZ VIALARD, “Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo”, Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social N°1, 1995, p. 64/65

12 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, Montevideo, 2009, p.20

13 Ídem nota anterior.

14 CAVAZOS FLORES, ob.cit

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/9/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A. s/Despido”, RDL, Número extraordinario, Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p.7..

Este derecho “se caracteriza por la novedad de haber descubierto, primero, al trabajador como persona”.¹⁶ Su objeto es la regulación del trabajo dependiente. Mantiene la característica más específica del trabajo asalariado “que reside desde el punto de vista jurídico en el menoscabo de la libertad individual que entraña forzosamente. El objeto propio del derecho del trabajo asalariado es poner límites a ese menoscabo: por una parte restituir las atribuciones del empleador a lo estrictamente necesario para la ejecución del contrato laboral; por otra parte restituyendo a los trabajadores en un plano colectivo las libertades que pierden en el plano personal (derecho a la afiliación sindical, a la negociación colectiva, a la huelga).” Empero “los planteamientos generales del Derecho del Trabajo no han perdido un ápice de validez. Habrá que adaptarlos de manera continua al cambio socioeconómico sin dejar de referirlas a los valores que constituyen sus cimientos.”¹⁷

La función del Derecho del Trabajo es “ajustar la relación que se da entre por lo menos dos personas vinculadas por el hecho laboral. Éste consiste en la prestación por una parte y consecuente recepción por la otra de trabajo humano, que esta última dirige y remunera.” “El derecho establece el marco jurídico con el objeto de facilitar el despliegue armónico de la relación que se da dentro de un contexto social que se caracteriza por un desigual poder de negociación de las partes, de modo que no entorpezca el desarrollo de las personas involucradas.”¹⁸

En el Derecho del Trabajo hay, además, otras notas que hacen a su particularismo:

a) Subyacencia del conflicto en las relaciones laborales. b) Dimensión colectiva del conflicto laboral. c) Papel central de la negociación. d) Repercusiones en el plano de las fuentes del derecho. e) Significación del tiempo social en el sistema normativo-laboral. f) Variedad y poderes de los operadores jurídicos.¹⁹

En los inicios del Derecho del Trabajo- a fines del siglo XIX y principios del siglo XX- la acción requerida ante la clara desproporción entre el aporte del trabajador y su retribución imponía la adopción de medidas concretas a fin de asegurar mínimos (en cuanto se refiere a salarios, condiciones de trabajo), que le permitieran a una gran parte de la población, desarrollar su existencia en condiciones compatibles con la dignidad humana. De ese modo, paulatinamente, se fueron mejorando las condiciones del trato dentro -lo que es fundamental en el derecho-, de lo que hay para repartir (aunque no siempre se hace con justicia).

De acuerdo con esa concepción y en función de la realidad socio-económica, se tuvo en cuenta el esquema que presentaba el sistema productivo prevalente en los países en que se desarrollaba ese derecho “emergente”, nuevo.

Si bien en ellos el proceso industrial no era el único a través del cual se elaboraba la renta social (parte importante de esto, se lograba en el ámbito de la producción primaria y en la terciaria), sin embargo, en razón de su mayor dinamismo (a punto tal que se denomina a esa etapa histórica como la de la sociedad industrial), se tomó en cuenta lo que ocurría con motivo de ese proceso. Éste, en especial, fue influenciado por dos criterios que tuvie-

16 LÓPEZ, Justo, La filosofía del derecho y la doctrina social de la Iglesia, TySS, 1992-3.

17 SUPLOT, Alain, “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, Revista Internacional de Trabajo, vol. 115 (1996) núm. 6, Número Especial, Reflexiones cruzadas sobre el trabajo y su porvenir, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra

18 VÁZQUEZ VIALARD, Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo, cit

19 BARBAGELATA, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, cit., p. 20.

ron amplia repercusión: el *fordismo* y el *taylorismo* que, en cierta manera, determinaron las líneas fundamentales del proceso de producción en el sector secundario.²⁰

En consecuencia, se tomó como modelo la relación que se daba en la industria que, por lo común, lo era la gran empresa, en que la fábrica constituía el centro de producción. Fue en base a ese esquema que se delinearon las figuras del empleador y del trabajador. Ello se expresó en un presupuesto fundamental: la uniformidad del estatuto del trabajador “en relación de dependencia” al servicio de un empresario, que lo hace junto con otros que tienen intereses comunes, de donde surge una cierta solidaridad, ya que laboraban en un mismo espacio físico.

La fábrica constituía el centro de producción de bienes respecto de la que el empresario adoptaba la decisión sobre el qué y el cómo producir, con vistas a optimizar su inversión; él controlaba el proceso del trabajo y coordinaba las prestaciones laborales. En ella se consolidaban las prácticas de uniformidad de las condiciones de trabajo. En el taller industrial trabajan varias personas utilizando máquinas, al principio muy rudimentarias, lo que facilitó un mayor contacto con los compañeros que realizan la tarea en el mismo local. Esto facilitó la cohesión social que explica gran parte del desarrollo de las acciones promovidas como consecuencia del fenómeno sindical.²¹

Una de las importantes herramientas que utilizó el Derecho del Trabajo como medio para privilegiar el poder de negociación colectiva de los trabajadores fue el sindicato fruto de la cohesión sociocultural, de la que nació un criterio de solidaridad que se desarrolló a fin de disminuir los efectos de la explotación económica y de la exclusión social, a cuyo efecto se destacó el valor de lo colectivo. Ello llevó a que la normativa tendiera a adoptar una cierta uniformidad, no obstante que debía ser aplicada respecto de situaciones que admitían apreciables diferencias. La actividad productiva en esa época, se realizaba tomando como modelo las grandes empresas industriales con producción en serie, organizadas en forma centralizada y jerárquica, en la que todos los que trabajaban en ellas, lo hacían a un mismo tiempo, en un mismo lugar, a las órdenes directa de la dirección de la empresa, a ciclo completo y con empleo estable.

Principalmente durante los llamados “30 años gloriosos” (desde 1945 a 1975), el Derecho del Trabajo estuvo diseñado por la norma estatal sobre el modelo del Estado de Bienestar de base nacional.

III.- La crisis petrolera y sus consecuencias

1.-La crisis petrolera

Se dio en 1973-1975 y fue multicausal. Trajo graves consecuencias que, entre otros aspectos, se reflejaron en una disminución de la actividad industrial (uno de los importantes motores de la expansión económica) y en el incremento del desempleo. Planteó problemas de orden social respecto de las comunidades que se habían desarrollado en base a una política de pleno empleo. Trajo recesión con su secuela de desocupación. Se desató una carrera por reducir costos, mejorar la competitividad.²²

20 VÁZQUEZ VIALARD, Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo, cit.; BARBAGELATA, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, cit., p.20.

21 Ídem nota anterior.

22 VÁZQUEZ VIALARD, Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo, cit.

Para paliar esa situación se adoptaron una serie de medidas, entre ellas, la de incrementar la competitividad, a fin de que, a través de la exportación, se solucionara la crisis interna.

Desde 1973-75 en adelante se produjo una modificación objetiva de las condiciones de trabajo de las personas en el mundo.

“Algunas modificaciones introducidas al influjo de la experiencia recogida en otros países, entre ellos Japón y otros de Oriente que despertaban a un crecimiento económico, se plasmó en la introducción de nuevos procesos productivos. Estos no se realizaron en la línea de la actividad desplegada en los países líderes de acuerdo con el desarrollo realizado en los siglos XIX y principios del XX. El esquema que éstos habían seguido, en cuanto se refiere a la organización, tendía a establecer un régimen de producción integral en una fábrica grande, de producción en serie de productos homogéneos. Se incubó así lo que se dio en llamar “el fin del fordismo”, que marcó los inicios de una transformación del proceso que había asociado producción y productividad, así como consumo y competencia. Se inició una nueva realidad empresarial que se fundamentó en una tarea que se complementa en una organización en red, con procesos de subcontratación que tienen como núcleo central a una gran empresa, que constituye una estructura de telaraña con alianzas estratégicas con los subcontratados, en vez de una fábrica que lo hace todo. Se promovió, así un tipo de economía en redes.”²³

Surgió el sistema “Toyota” de producción.²⁴

La descentralización productiva multiplicó los centros de imputación de cargas y responsabilidades y diversificó los poderes de organización.

Desorganizó la clásica figura del empresario, que ya no controlaba el entero ciclo productivo y la fuerza de trabajo necesaria para producir el bien o prestar el servicio. La figura del empleador se difuminó al perder la transparencia que requiere la seguridad jurídica; se disolvió en una telaraña en la que acreció la fuerza de las empresas situadas en el epicentro, sobre el mercado de trabajo globalizado. El poder de dirección era externo a la empresa; hay una pluralidad organizada de sujetos frente al trabajador.²⁵

También ese proceso afectó la figura clásica del trabajador. El derecho del trabajo se desarrolló a través de un presupuesto: la uniformidad del estatuto del trabajador al servicio de un empresario, que lo hacía con otros, con los que tenía intereses comunes, de donde surgía una cierta solidaridad, fruto de trabajar en un mismo espacio físico.

Con el cambio que produjo el proceso de descentralización productiva de la uniformidad normativa se pasó a la diversidad. Ésta fue alimentada por nuevos incentivos (de carácter legislativos, jurisprudenciales y de gestión de “mano de obra”) tendiéndose a revivir una forma de relación personalizada (no absorbida por lo colectivo). Se pretendió recuperar para el contrato de trabajo los espacios de autonomía históricamente perdidos y volver a un régimen de individualización que pone a disposición del empleador (empresario, *management*), mayores márgenes de elasticidad y libertad del trabajo.

²³ Ídem nota anterior.

²⁴ OHNO, Taiichi, El sistema de producción Toyota. Más allá de la producción a gran escala, Gestión, Barcelona, 2000, 1991.

²⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo, en Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica, N° 1, 2009, ps.389-416

Se produjo la *segmentación del proceso productivo*. El nuevo proceso estratificó a todos los trabajadores de la empresa-red, en función de la calidad de su empleo. Éste ya no se mide en razón de criterios tradicionales: habilidades profesionales, experiencia o resultados económicos de la empresa. A mayor lejanía del epicentro se degradan las condiciones de trabajo.

Se somete a los trabajadores a una situación de precariedad no sólo salarial, de desempleo, a tasas de siniestralidad laboral, de aumento del trabajo a tiempo parcial, lo que suele ser una consecuencia de la universalización de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación.

2.-Flexibilización como precarización

Con la crisis del petróleo advino la *flexibilización laboral*.

Con ella se buscó recuperar libertades y facilidades para el empleador. Sus defensores usaron el argumento de la eficacia para vencer la rigidez considerando que la norma laboral era un obstáculo, un impedimento para tratar al trabajo como una mercancía sujeta exclusivamente a las leyes del mercado. Flexibilización puede usarse como "sinónimo de *desregulación y precarización* del contrato de trabajo o, por el contrario, como un proceso de adaptación del sistema de relaciones laborales a los nuevos condicionamientos que impone la realidad."²⁶

Desregular "alude a una presupuesta sobrecarga normativa que interfiere en el desenvolvimiento de las actividades que regula, entonces se desjuridifican los conflictos dando mayor importancia a las convenciones colectivas sustituyendo ciertas garantías legales por garantías convencionales, a través de la autorregulación entre las partes modificando más que las normas el método normativo".²⁷

Para otro puede entenderse por *desregular como eliminar la norma protectora*.²⁸

Se afirma que es posible flexibilizar sin desregular, como cuando se modifican las garantías dentro del cuerpo normativo, pero que la desregulación aparejará más flexibilidad pues "a través de la autorregulación ambas partes tendrán que ceder en algunos aspectos para beneficiarse en otros."²⁹

Precarizar "*significa la posibilidad de ocupar mano de obra sin el cumplimiento de ciertas obligaciones normales*".³⁰

Los contratos precarizados se inician fácilmente, se desarrollan sin el cumplimiento de cargas sociales, ni de la jornada laboral, ni de las remuneraciones de convenio normalmente exigidas y finalizan sin indemnización.

Entre los ejemplos de la aplicación de este instrumento se hallan "en materia de despido

26 LIVELLARA, Carlos Alberto, Las relaciones laborales en el inicio del siglo XXI, TySS, 2002-292.

27 MONTORO GIL, Gonzalo Vicente, La flexibilización en las relaciones laborales y el abanico axiológico- doctrinario nacional e internacional (1981-1998), DT-2000-A,342

28 LIVELLARA, ob.cit.

29 MONTORO GIL, ob.cit.

30 ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., "Flexibilidad laboral", en Anales de las I y II Jornadas Regionales de Actualización y Extensión en Derecho del Trabajo, Cruz del Eje, Alveroni, Córdoba, 1994, p.139.

(abaratamiento y reducción de los recaudos formales), mayor recepción y uso de los contratos por tiempo determinado y otras formas de temporalidad o de contrataciones atípicas, contratos a tiempo parcial, contratos con finalidad formativa, habilitación de agencias privadas de empleo y de trabajo temporal, predominio de técnicas procedimentales de tutela por sobre las que se basan en normas sustantivas, generalización de las diversas formas de intermediación laboral en procesos de descentralización productiva, flexibilización de la jornada de trabajo y los descansos, introducción de mecanismos de flexibilidad interna o funcional y geográfica...Se trata de mecanismos que en su mayor parte tienen a alterar a *'la baja' la intensidad de los mecanismos de protección...*".³¹

El movimiento de desregulación o flexibilización surgió en la mayoría de los países occidentales en las décadas de los setenta y ochenta.³²

Sus causas profundas se hallan en la *crisis económica y la transformación tecnológica*.³³

La crisis económica se asocia a la crisis del petróleo de 1973-1975 cuando se produjo una ruptura energética, industrial y monetaria³⁴, que se prolongó en el tiempo, y tuvo como consecuencia el aumento del desempleo, marcando "el fin de una era- una 'onda larga', casi treinta años, de ciclo económico- caracterizada por un proceso de continuo crecimiento" al amparo del Estado de Bienestar.³⁵

Culminaron los llamados "treinta años gloriosos", de éxito económico nunca conocido en la historia de la humanidad, donde las demandas sociales podían ser atendidas en razón de la capacidad distributiva emergente de la acumulación y en una época de pleno empleo donde las medidas de acción directa de los trabajadores podían generar grave perjuicio económico.³⁶

La crisis aludida produjo que el poder político pasara a los partidos conservadores, o a los de centroizquierda que se corren hacia la derecha y aplican recetas parecidas, que los sectores empresariales tomaran la iniciativa sustituyendo el "impulso progresista movido por los obreros", y que los sindicatos se debilitaran.³⁷

La *transformación tecnológica*, por su parte, contribuye a crear desocupación porque sustituye mano de obra por máquinas e "introduce en la realidad laboral un ingrediente dinámico, opuesto al quietismo y propicio al cambio".³⁸

El derecho del trabajo clásico- que antes otorgaba seguridad en el mercado de trabajo, en

31 GOLDÍN Adrián, Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo, DT, diciembre 2010, Año LXX, N°12, p.3171.

32 SUPLOT, ob.cit., p. 195; CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho del Trabajo. Análisis teórico y práctico del derecho de las relaciones individuales de trabajo. Sentido de la empresa y del trabajo en la Globalización, Librería Editorial Platense, La Plata, 1998, p.297; VÁZQUEZ VIALARD, Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo, cit.

33 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Un enfoque sobre la globalización, DT,1990-A,159; RIMOLDI, Alberto L., Reflexiones sobre la flexibilidad, DT-1990-A,327; PODETTI, Humberto A., La flexibilidad en el Derecho del Trabajo: noción, aspectos y meritución, DT-1990-B,1319; FUENTES PUELMA, Carlos, "La flexibilidad normativa laboral y su relación con la pequeña y mediana empresa latinoamericana", rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social, Año I,N°8, enero de 1996,p.1129

34 BIRGIN, Mauricio, Política de empleo e ingresos. ¿Qué es la flexibilidad laboral?, DT-1990-A,829.

35 BILLOUROU DE COMADIRA, Solange, La reforma laboral: ¿Profundización o revisión de 'tendencias flexibilizadoras?',TySS-1999,151.

36 VÁZQUEZ VIALARD, Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo, cit..

37 PLÁ RODRÍGUEZ, ob.cit.

38 Ídem nota anterior.

la renta, en el empleo y en el trabajo³⁹- *no tenía respuestas para el “trabajo atípico” y para “los desocupados, ubicables en la zona del no derecho”*.⁴⁰

Se advierte el protagonismo de las estrategias descentralizadores que rompen el paradigma clásico de la empresa; se vincula con los avances tecnológicos, aunque también actúan otros factores. La innovación tecnológica tiene carácter universal y celeridad. La empresa escueta (mezquina) también ahorra “mano de obra”, debido al empleo masivo de trabajo subcontratado, lo que facilita un régimen de precariedad laboral que se traduce en temporalidad, trabajo a tiempo parcial y aún bajos salarios, fenómenos todos ellos que responden al proceso de descentralización productiva.

La descentralización productiva se ha traducido en degradación y deterioro de las condiciones de empleo. Es indudable que el proceso de descentralización productiva transformó el tejido social al facilitar la multiplicación de la cadena de empresas, en especial las de carácter auxiliar, como consecuencia de la *externalización de funciones no estratégicas* (que antes realizaban) por parte de las empresas centro (ex fábricas); ello hizo aumentar el número de las de pequeñas dimensiones, sujetas a un más alto índice de falencias. En la mayor parte de los países desarrollados o en vías de ese proceso, en los últimos 25 años, se ha reducido el personal de las grandes empresas, mientras que el de las Pyme experimentó un crecimiento, motivo por el cual se han creado nuevos empleos, en especial en el sector servicios, aunque con frecuencia de menor calidad del que tenían los que aquéllas prescindieron.

El proceso de descentralización productiva ha puesto en crisis algunos aspectos de la gran empresa, en especial los que se refieren a ella como organización de integración vertical y jerárquica (que el derecho del trabajo clásico tuvo como modelo); pero además funcionó como mecanismo de concentración del capital que diversifica y *disloca geográficamente su actividad*. Se pasa de la uniformidad a la fragmentación; de la estabilidad a la incertidumbre.

El Derecho del Trabajo, en su formación clásica, había excluido al trabajador autónomo. Su centro fue el dependiente, por lo que aquél fue desplazado de su ámbito propio. El proceso de descentralización operativa incrementó el número de trabajadores autónomos o, por lo menos, no dependientes. Se incrementó el número de los trabajadores que lo hacen en esas condiciones, pero también cambió el perfil del autónomo. Éste antes solía hacerlo en actividades propias de la industria artesanal, en el pequeño comercio, en el transporte de reducidas dimensiones, en los oficios tradicionales, en las profesiones liberales, etc., y solía serlo respecto de toda la vida laboral de sus titulares.⁴¹

En cambio ahora se presenta otra faz, en cuanto el trabajador que lo hace en esas condiciones suele alternar períodos de trabajo dependiente con el autónomo. Aparecen zonas grises entre dependencia y autonomía como son los trabajadores autónomos económicamente dependientes, parasubordinados o cuasi-asalariados.

IV.- La nueva cuestión social

Aparece en el último cuarto del siglo XX en adelante y se caracteriza por la creciente

³⁹ BIRGIN, ob.cit.

⁴⁰ LIVELLARA, ob.cit.

⁴¹ Ver “Los profesionales liberales” en DEVEALI, Mario L., Lineamientos de Derecho del Trabajo, TEA, Buenos Aires, 1948, p. 335.

pobreza estructural, el desempleo y la exclusión y el problema de la inseguridad. Los hiposuficientes pueden ser ahora otros distintos de los que antes vislumbramos como tales; o quizás más o quizás menos.

La segmentación del proceso productivo y la deslocalización de las empresas caracteriza a la actual *globalización*.⁴² Aparece fuertemente la preocupación medioambiental.

Estamos ante la sociedad postindustrial, las transformaciones derivadas de la *era digital*, un cambio del mundo analógico al digital. Asistimos a los efectos de la implantación de la Industria 4.0 desde la óptica de Derecho del Trabajo; se habla de *Derecho del Trabajo 4.0*.

Se expresa que “la Industria 4.0 consiste en incorporar las nuevas tecnologías a la industria. Dicho en otros términos, es hacer andar la industria a través de herramientas tecnológicas, tales como *cloud*, *Big Data*, sistemas ciber-físicos, sensórica, robótica colaborativa, fabricación aditiva o por capas, entre otras. Por tanto, es la considerada como la Cuarta Revolución Industrial, que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello es necesaria la fusión de tecnologías tales como Internet de las Cosas (IoT), computación y *cloud*, *big data* y ciberseguridad, así como las complementarias: móvil, *analytics*, *M2M (Machine to Machine)*, impresión 3D, robótica y comunidad/compartición». La digitalización es la herramienta que diferencia a la Industria 4.0 con las demás, dados que combinan el aspecto físico con el digital. Como, por ejemplo, la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones, maquinarias al sistema digital. Se han dado voces al señalar que la digitalización une el puente que combina en el extremo a sociedad y tecnología que conecta con el otro extremo del mundo físico con el virtual. Entre los ejemplos de la activación de la digitalización en la industria se destacan, como ya se ha adelantado, entre otros, el internet, *Big Data*, impresoras 3D, robots, etiquetas RFID, teletrabajo, pagos remotos, nube de datos, colaboración en documentos compartidos, comunicación móvil, realidad aumentada, geolocalización, *app*, *cloud computing*, transformaciones derivadas de la era digital”.⁴³

El teletrabajo, con todas sus variedades, es una realidad.⁴⁴

Sin embargo se mantiene la necesidad de la tutela o protección del más débil, que se da cuando no existe paridad negocial entre las dos partes que intercambian trabajo humano por dinero; el débil subordina su decisión al poder del fuerte quien lo convence manejando su potencial alimentario. El Derecho del Trabajo partió de una realidad: el trabajador es un *hiposuficiente*, principalmente por razones económicas, culturales o sociales frente al empleador y se halla- por eso mismo- en condiciones desventajosas para negociar.⁴⁵ Esencialmente ello no se ha modificado.

42 SECO, Ricardo Francisco, “La globalización en la Doctrina Social de la Iglesia”, en Sedes Sapientiae, Revista del Vicerrectorado de Formación de la Universidad Católica de Santa Fe, Año V, Nº 5, noviembre de 2002, p.295 a 309.

43 KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, ponencia no oficial sobre “Los efectos de la implantación de la Industria 4.0 desde la óptica de Derecho del Trabajo”, en XXII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, SIDTySS-OIT, Turín, 2018

44 PIAZZA, Edder Hernán, “Nuevas relaciones del trabajo, teletrabajo y parasubordinación”, exposición en el Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social “P. Alberto Hurtado”, de la UCC, 13/8/2012

45 SECO, Ricardo Francisco, “Las desigualdades compensatorias en el nuevo art.17 bis, LCT”, en Revista de Derecho Laboral - Actualidad, 2010-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p.301/315.

V.-Crisis del Derecho del Trabajo

Desde fines de los años ochenta se viene hablando de crisis del Derecho del Trabajo, específicamente de *crisis de abarcatividad*, desenfoque, de adaptabilidad, de fuga de sujetos.

Ésta es una de las cuestiones que más angustian a los estudiosos y operadores del Derecho del Trabajo.

Se advierte que “hay una mutación de los sujetos tradicionales del derecho del trabajo y la difuminación de la personalidad del empleador, a partir de un modo de ver el sistema normativo. Se registran casos judiciales de no aplicación de la legislación laboral, de incertidumbre en el ámbito de los diseños legislativos y de trabajo no enmarcados en el contrato de trabajo, pero en situación de dependencia económica. La flexibilidad laboral se propicia con alteraciones a la baja en la intensidad de la protección de los ordenamientos jurídicos, incluso con la *flexicurridad* europea, pero que no modifican la lógica tutelar”.⁴⁶

La crisis económica ha sido históricamente compañera de viaje del derecho del trabajo.⁴⁷ Él nació de la crisis del sistema capitalista del siglo XIX y ha habido, a lo largo de sus más de cien años de historia, muchas veces intenciones de borrarlo del todo o reducir su alcance.

La relación actual entre las fuentes del Derecho del Trabajo se modifica porque se debilita la ley frente al convenio colectivo y los convenios de actividad frente a los de empresa.⁴⁸

Aparecen propuestas legislativas que se sancionan para la solución de estos problemas abarcando a trabajadores jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes, o cuasi-asalariados o parasubordinados, como las contenidas en el Estatuto del Trabajador Autónomo español de 2007.⁴⁹

Se dan las llamadas relaciones laborales atípicas pero que, finalmente, refieren a la tradicional locación de servicios. Hay nuevos retos que traen a la luz viejos debates.

A la preocupación acerca del futuro del Derecho del Trabajo se la han planteado políticos, legisladores, autores, etcétera.

Cosa diferente sucede con el Derecho Civil. Si bien es pasible de reformas, cambios en muchas de sus instituciones, pero nadie se plantea su futuro y menos su desaparición. Se han registrado cambios en las variables que conforman el entorno económico y social del Derecho del Trabajo que quizás deberían también determinar una variación en el sistema jurídico normativo que regula el trabajo.

Se trata de “ubicar los retos del derecho del trabajo dentro del marco de los cambios que ha conocido el mundo en la última parte del siglo pasado y que se han acentuado al comenzar el presente siglo. Si el derecho del trabajo conoce una crisis profunda y ha

46 GOLDÍN, Adrián, “El futuro del Derecho del Trabajo (Un nuevo desafío para el Derecho y la equidad)”, en AA.VV., Ensayos sobre El futuro del derecho del trabajo, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p.59.

47 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica”, en Revista de Política Social, 1984, n. 134.

48 Ídem nota anterior.

49 AGUILAR MARTÍN, María Carmen, El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente, Editorial Comares, Granada, 2015.

sufrido cambios que se pueden calificar de traumáticos, es porque el mundo en el que vivimos se ha alejado mucho del paradigma de los Treinta Gloriosos dentro del que el Estado de Bienestar llegó a su máxima expresión, el pleno empleo era la norma, la sociedad era industrial, lo esencial del comercio internacional se hacía entre países que compartían valores similares y la economía de mercado también se pretendía social.

Considerábamos en aquella época que el Derecho del Trabajo cumplía una función que en lo político coadyuvaba a fortalecer la democracia y en lo económico y social buscaba consolidar la justicia distributiva, y esto tenía gran importancia en un mundo dividido entre dos sistemas políticos e ideológicos antagónicos. Imaginábamos también que la economía continuaría creciendo indefinidamente, que siempre habría empleos asegurados para todos los que deseaban trabajar y que los salarios sólo podrían aumentar. Así, nuestro razonamiento nos llevaba casi inevitablemente a la conclusión de que el derecho del trabajo estaba destinado a progresar de una manera por así decirlo geológica o por sedimentaciones sucesivas pues solamente se podía concebir un cambio de legislación laboral cuando su objeto era agregar nuevos derechos a los ya existentes, los que se suponían definitivamente adquiridos para los trabajadores y por eso mismo irrevocables.”⁵⁰

El Derecho del Trabajo “hoy conoce una fuerte crisis y está expuesto a embates que lo someten a ruda prueba. De allí a hablar del fin del derecho del trabajo hay un solo paso, y hoy no faltan quienes estén tentados a darlo.”⁵¹

Mas las situaciones no son idénticas en todas las regiones del mundo.

La crisis del Derecho que nos ocupa es una consecuencia de la crisis actual de la sociedad capitalista.⁵²

Este Derecho sufre cuatro tipos diferentes de crisis: de cobertura, de adaptación, de territorialidad y finalmente la ideológica.⁵³

Un dato nuevo que se debe agregar es que en gran parte del mundo y a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, en especial en Argentina, se despliega un modo de trabajo en la llamada economía popular, informal o autoempleados⁵⁴, economía gris o negra. Éste ha merecido la consideración de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁵ y, por sus particularidades, quizás deba tener la consideración futura del Derecho del Trabajo.

VI.-Ensayo una posible respuesta

Algunos años atrás los reconocidos profesores Robert Castel y Adrián Goldín se preguntaban “si nos hallamos ante un *redespliegue* o ante una *refundación del Derecho del Trabajo*. Ese dilema, planteado como debate intelectual, sigue siendo, en mi opinión, plenamente vigente.”⁵⁶

50 BRONSTEIN, Arturo, Retos actuales al derecho del trabajo, DT-2005-B, 1367.

51 Ídem nota anterior.

52 ROMAGNOLI, Umberto, Introducción: El futuro del Derecho del Trabajo no será el que una vez fue, en <https://revistas.upr.edu/index.php/ap/article/viewFile/5178/4103>, consultada el 25 de octubre de 2018.

53 BRONSTEIN, ob.cit.

54 XXII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Turín 2018, Las transformaciones del trabajo: retos para los sistemas nacionales de legislación laboral y seguridad social, VILLASMIL PRIETO, Humberto, ponencia oficial: Informe mundial sobre trabajadores informales. Ver también ARESE, Mauricio César, ponencia no oficial sobre el tema: Trabajadores informales, Contradicciones y confluencias entre trabajadores informales y formales.

55 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 104ª reunión, 12 de junio de 2015.

56 VILLASMIL PRIETO, ob.cit..

Ante el interrogante de cuál será el futuro del Derecho del Trabajo no podemos hacer futurología.

Sólo nos atrevemos a decir que sabemos que *ya no será el que fue*. Deberá reinventarse.⁵⁷ En él estará en la posible respuesta a esos retos, la solución a sus diversos tipos de crisis. Apostamos al mantenimiento de esta rama del derecho o a su modificación sin perder lo que lo identifica: *su función de protección de los hiposuficientes, procurar que el trabajo humano no se convierta en una mercancía; que el derecho del trabajo no nos haga olvidar al derecho al trabajo*.

Se debe pensar el futuro del Derecho del Trabajo pero *sin olvidar las raíces*.⁵⁸

Quizás el nuevo Derecho del Trabajo admita que se abarque incluyendo diversos grados de protecciones: primero un núcleo duro de protección a un colectivo de trabajadores dependientes, registrados; luego un nivel intermedio de protección similar a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y, más tarde, el amplio mundo de los trabajadores informales.⁵⁹

A pesar de todo, no se altera la idea básica del Derecho del Trabajo: *“la autonomía individual sigue enmarcada por un aparato normativo tendiente a neutralizar la sustancial asimetría de la autonomía individual”*.⁶⁰ Se busca una igualdad formal y sustancial real.

Los valores inspiradores del futuro del trabajo y del Derecho del Trabajo en Argentina se encuentran en el bloque de constitucionalidad federal (Constitución Nacional y tratados sobre derechos humanos del art. 75 inc. 22 de la CN); pero también en la Declaración OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, del 18 de junio de 1998, anexo revisado el 15 de junio de 2010, como en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa del 10 de junio de 2008, con lo cual hay un empoderamiento de las normas internacionales del trabajo.

Lo mismo sucede con el trabajo *decente*, *“un paradigma positivo o un criterio práctico, que sirve para enjuiciar o valorar éticamente cualquier clase de trabajo”, “un paradigma ético”*.⁶¹

En todo caso sigue vigente el principio expuesto por el Magisterio Social de la Iglesia Católica desde 1891 y por la Constitución de la OIT de que *“el trabajo humano no constituye una mercancía”*⁶², base también del Derecho del Trabajo y motivo para la existencia de

57 ROMAGNOLI, ob.cit.

58 LASTRA LASTRA, José Manuel, El futuro del Derecho del Trabajo, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/99/12.pdf>, consultado el 25 de octubre de 2018.

59 ARESE, ob.cit.; VILLASMI, PRIETO, ob.cit.

60 GOLDÍN, ob.cit..

61 BAYLOS GRAU, Antonio, El futuro de las normas del trabajo que queremos, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ro-geneva/-/ro-madrid/documents/article/wcms_548608.pdf, consultada el 25 de octubre de 2018. Ver Memoria del Director General de la Organización Internacional del Trabajo en su 87ª Reunión, en 1999, donde aparece el término “trabajo decente”.

62 MEJÍA, Jorge, La cuestión social, Paulinas-Criterio, Buenos Aires, 1998, p.134, expresa que “la enseñanza magisterial sobre el trabajo desde su inicio puede formularse así: ‘el trabajo no es una mercancía. No se vende ni se puede comprar. Es un derecho y como tal debe ser respetado como deben ser respetadas sus exigencias intrínsecas. Ni el patrón ni el obrero ni el contexto social pueden lícitamente obrar o dejar de obrar como si la capacidad de trabajo de cada individuo, o de muchos, fuese un bien libremente negociable, vendido al mejor postor. Esto constituye, objetivamente, una injusticia.” Ver Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) adoptada el 10 de mayo de 1944, en <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>, consultada el 25 de octubre de 2018. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/9/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/Despido”, 21/9/2004, y “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.” RDL, Número Extraordinario, Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, ps.12 y 77 respectivamente.

una rama del derecho que procura el logro del "trabajo digno", que es aquél que *"respeto los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores."*⁶³

Mientras haya necesidad de protección de los hiposuficientes que trabajan será menester la existencia de un Derecho como el que cultivamos aunque tenga otros matices.

⁶³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que depende del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Observación General N°18, El derecho al trabajo, párr. 7; CSJN, "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", 1° de setiembre de 2009.

EL MUNDO DEL TRABAJO Y LA PRECARIEDAD LABORAL DE LOS COMUNICADORES Y PERIODISTAS

Evelyn Daniela Caminos¹

Sumario: I.-Introducción. II.-Comunicadores sociales y periodistas: estudios que demuestran su realidad laboral actual. III.-Abordaje de la problemática desde el enfoque del derecho del trabajo. IV.-Definición por la OIT del trabajo precario. V.-Diferentes formas de condiciones y contrataciones laborales precarias que se vienen propagando. VI.-Marco legal que contempla a los comunicadores sociales y periodistas. VII.-Conclusión.

Resumen: El mundo del trabajo en la actualidad está atravesando acelerados cambios y una revolución tecnológica, denominada Cuarta Revolución Industrial; a la par se vivencia una desregulación de los mercados laborales y el aumento de la flexibilidad. Las nuevas formas de organización del trabajo afectan a los trabajadores en general y a los comunicadores y periodistas en particular, que como un subconjunto de trabajadores profesionales mantienen pluriempleo, bajos salarios, y condiciones laborales de precarización y flexibilización. El objetivo del artículo es conocer el mercado laboral de estos profesionales, el marco legal que los protege y la desregulación de sus nuevas formas de trabajo. En tal sentido, en primer lugar, se analiza el *corpus* bibliográfico, y luego desde la óptica del derecho del trabajo y la seguridad social, las nuevas modalidades de contratación y relaciones de empleo. Por último, se describe la normativa existente en la materia que se caracteriza por sus vacíos legislativos y por la falta de regulación legal.

Palabras clave: Precariedad. Comunicadores. Periodistas. Condiciones. Modalidades.

I.- Introducción

El mundo del trabajo en la actualidad está atravesando acelerados cambios y una revolución tecnológica, denominada Cuarta Revolución Industrial; a la par se vivencia una desregulación de los mercados laborales y el aumento de la flexibilidad, lo que trae aparejada una profunda crisis producto de la elevada informalidad y precariedad laboral.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el documento de final del Simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo preca-

1 Abogada (UNC); empleada en el fuero laboral 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 Catedra de Derecho del Trabajo (UCC); miembro Investigadora SECyT de la UNC. E-mail de contacto: caminosevelyn@gmail.com

rio, concluye que: “Un inimaginable número de trabajadores en todo el mundo padece condiciones laborales precarias, inseguras, inciertas e impredecibles. Las cifras de desempleo provocan preocupación por sí mismas, pero ni siquiera logran abarcar a una mayoría más amplia de personas que trabajan pero que no tienen un empleo decente con salarios dignos, futuro estable, protección social y acceso a derechos fundamentales” (2012, 3).

Los periodistas y comunicadores sociales, como trabajadores, no están exentos del fenómeno mundial de cambios en el mundo del trabajo, que obedecen a cuestiones estructurales y coyunturales que afectan simultáneamente a las condiciones de trabajo y el mercado laboral.

Entre las causas estructurales, podemos mencionar el advenimiento del nuevo capitalismo financiero o posindustrial, con preeminencia del trabajo inmaterial y la economía de los servicios (Castel, 2012, 16). La crisis de los dos sistemas tradicionales de producción (el taylorismo y el fordismo) así como el auge actual del toyotismo como modalidad de desarrollo de los servicios. La irrupción de las *new economy* o sociedad de la información, en el que las nuevas tecnologías de la Comunicación y de la Información (NTIC), adquieren un rol dominante (Rodríguez y Sánchez, 2004, 13).

Entre las causas coyunturales, podemos mencionar cuestiones como las políticas neoliberales laborales, económicas, financieras y sociales implementadas por los países que respondieron al Consenso de Washington en la década de los noventa (Castel, 2012; Velásquez Pinto, 2016 en Novick, 2018), así como también la saturación actual del mercado del comunicador. Como fenómeno de los últimos meses, se destaca la irrupción de la pandemia COVID-19, que ha revolucionado el modo en que nos relacionamos y la forma de trabajar. Las restricciones a la movilidad de personas y factores productivos han obligado a muchos sectores y organizaciones a implementar con urgencia procesos de digitalización para hacer frente el nuevo panorama y repensar el futuro del trabajo, entre ellos el sector de los comunicadores y periodistas.

II. Comunicadores sociales y periodistas estudios que demuestran su realidad laboral actual

Como un subconjunto de trabajadores profesionales, los comunicadores y periodistas mantienen pluriempleo, bajos salarios, y condiciones laborales de precarización y flexibilización. Los estudios presentan a un comunicador que trabaja más de 8 horas diarias, con descansos reducidos, horarios irregulares, trabajos nocturnos y bajos salarios. Con síntomas de ansiedad causada por la necesidad de estar a la vanguardia de la profesión, con polivalencia de tareas, multifuncionalidad, ejerciendo una profesión insegura, y con tendencia al autoempleo, al subcontrato o al trabajo informal, con un perfil policompetente y multifunción (Blanco, 2016; Baranchuk, 2016; Chinea Rodríguez, 2013; Lagos y Cabalin, 2009; Martínez, 2019; Ufarte Ruiz, 2011).

Haciendo referencia al derecho colectivo, algunos de los estudios analizados dan cuenta de la falta de sindicalización o asociación de los profesionales, y desregulación legal general y de convenios sectoriales (Ufarte Ruiz, 2011). Las causas de la falta de sindicalización y colegiación pueden deberse a innumerables factores, entre ellos, a que los comunicadores se autoperciben desde la lógica de las profesiones liberales, y que existen diferencias hacia su interior a causa del gran abanico de ámbitos de desempeños donde pueden desarrollarse.

Otra causa de la no sindicalización o asociación puede ser que su actividad, sobre todo la de aquellos que se emplean en los medios de comunicación, está íntimamente relacionada con los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad de pensamiento, lo que históricamente ha ocasionado que se intervengan y persigan ideológicamente a las organizaciones que los agrupan. Por último, otra explicación posible sería la falta de respuesta de las organizaciones a los cambios tecnológicos que han modificado en un corto tiempo las formas de producción (Baranchuk, 2016; Martínez, 2019).

Veamos las conclusiones de algunos estudios recabados. Del Informe Anual de la profesión periodística, realizado en España en el 2017, surge que casi la mitad (45,5%) de los españoles profesionales del área encuestados (comunicadores y periodistas), consideran que el principal problema que tienen ante sí es el desempleo y la precariedad laboral²; y que esta última se manifiesta en altas tasas de contrataciones temporales, bajos salarios y las desmesuradas participaciones de colaboradores o pasantes, además de la desregulación legal.

Por otro lado, se encuentra el estudio de Ufarte Ruiz (2008) -de carácter exploratorio, descriptivo, de muestra simple no probabilística³, que intenta dar cuenta de la precariedad de los periodistas almarienses en la prensa escrita. La investigadora señala que en los medios impresos es donde la precariedad y las presiones se desarrollan con mayor intensidad.

En el desarrollo de su tesis, indica que la precariedad también se debe a que no existe regulación laboral sectorial, ni estatal, ni andaluza, ni provincial en la radio y televisión de la comunidad autónoma. Por otro lado, nombra las tendencias desreguladoras en el ámbito laboral, la baja cobertura de los convenios sectoriales estatales, la falta de organización sindical, y del nuevo fenómeno de externalización de la actividad a través de la subcontratación y el uso desmedido de becarios y pasantes de prácticas profesionales.

Los resultados del estudio de Ufarte Ruiz arrojan que casi el 80% piensa que el periodismo es una profesión precaria. "En cuanto a las razones que argumentan, los bajos salarios y las excesivas jornadas de trabajo encabezan la lista con un 29% y un 21% respectivamente. Seguidamente, destacan como principales causas la inestabilidad en el puesto de trabajo y los excesivos contratos temporales (11%), la falta de respeto a los derechos laborales de los trabajadores (9%), el intrusismo laboral (6%) y por último el abuso del trabajo realizado por los estudiantes en prácticas (3%)" (Ufarte Ruiz 2011, 457-458).

Otro estudio sobre el tema es el que ha llevado adelante China Rodríguez (2013), quien realizó un estudio longitudinal en el que analiza las trayectorias biográficas de 10 directores de plataformas vinculadas al sector de la comunicación, en Islas Canarias, España.

2 Fuente: Informe Anual de la Profesión Periodística, 2017. APM: Encuesta profesional, 2017. Cifras en porcentajes. Base: 1756. Este informe utiliza una pluralidad de fuentes. En primer lugar, por su importancia para reflejar la situación del periodismo en España, la Encuesta Profesional de la Asociación de la Prensa de Madrid (APM), que, a través de una empresa especializada, se envía a más de 13 500 periodistas. La Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE) y con la colaboración de la Federación de Sindicatos de Periodistas (FeSP), el Sindicato de Periodistas de Catalunya (SPC), y las secciones de periodistas de la Unión General de Trabajadores (UGT), y la Confederación Nacional del Trabajo (CNT), que, mediante un sistema de enlace abierto, hicieron llegar la encuesta a sus afiliados. También se ha enviado esta encuesta a un grupo de periodistas participantes en el programa Primer Empleo de la APM. En total se recibieron 1756 encuestas cumplimentadas, lo que supone un porcentaje de respuesta superior al 13 % y una base de contestaciones suficiente para conocer en profundidad la situación del colectivo de periodistas de España.

3 De los 99 periodistas a los que se les mandó el cuestionario forman parte de la muestra final un 82%. Los restantes no contestaron al estudio o si lo hicieron lo rellenaron incorrectamente. En este sentido, el proceso de recogida de información ha sido por muestra no probabilística, ya que han seleccionado una muestra que representa a la población total periodística en prensa escrita en Almería. Se trata de un cuestionario autoadministrado enviado por mail. El cuestionario lo enviaron hasta en cuatro ocasiones durante los meses de junio, octubre y diciembre de 2010 y febrero de 2011.

La autora enlaza las trayectorias de estos profesionales (algunos incluso con carreras extensas en el marco de los medios de comunicación tradicionales) con la crisis económica española, generadora de desempleo, que los lleva al desempleo y a buscar nuevas salidas, utilizando las TICS y creando micromedios locales. En este marco, muchos profesionales de la comunicación se convirtieron en emprendedores, creando su propio empleo, su propio micromedio.

En cuanto a los estudios latinoamericanos, las conclusiones arribadas son similares. Lagos y Cabalín (2009), realizaron 171 encuestas a editores y reporteros de los medios de comunicación de cobertura nacional con domicilio en la región metropolitana de Chile, con el objeto de identificar y describir las condiciones materiales, laborales y profesionales y la libertad de expresión de los comunicadores de dicha área geográfica. En su investigación, establecen una diferencia entre los periodistas y/o editores que recién comienzan a trabajar de aquellos que ya llevan un tiempo en el mercado laboral, afirmando que los primeros poseen condiciones contractuales más precarias que quienes llevan un tiempo en el mercado laboral, que poseen mayor tendencia a la estabilidad y formalidad laboral.

Estos autores establecen una diferencia en las condiciones laborales entre los medios tradicionales, como la prensa escrita, en la que los comunicadores de los medios poseen mejores condiciones laborales, en contraposición con las más precarios, que se dan en Internet y radio, en los que predominan los periodistas jóvenes. Por otro lado, la televisión es el medio de comunicación en donde se dan los mayores contrastes en cuanto a los salarios que pueden ser muy altos o muy bajos.

Por último, el estudio de Blanco (2016), analiza las trayectorias laborales de 74 entrevistados de las 3 cohortes de graduados de comunicación de la ECI, de Universidad Nacional de Córdoba, y concluye que tienden hacia la precarización laboral. En los 10 primeros tramos de empleo, el grupo más numeroso tiene trabajos eventuales (no registrados) y el segundo, contratos temporales sin aportes. En relación con los trabajadores en blanco y con estabilidad laboral, sólo son segundo grupo modal en los tramos 4, 7, 8 y 9.

A modo de síntesis, los estudios relevados dan cuenta de la situación de precariedad y desregulación legal en que la están inmersos los comunicadores sociales y periodistas, como sub-conjunto de los trabajadores. En el siguiente apartado se profundizará en el análisis de dichas problemáticas, desde el enfoque del derecho del trabajo.

III. Abordaje de la problemática desde el enfoque del derecho del trabajo.

La compilación y análisis del *corpus* bibliográfico abren el abanico para profundizar, en primer lugar, sobre el concepto de precariedad. En segundo lugar, sobre las modalidades y formas de contratación y relaciones laborales, desde el derecho individual: modalidad de contratación (contrato estable vs. temporal o por tiempo determinado), cantidad de horas trabajadas (jornada completa vs. jornada reducida), relación laboral (relación de dependencia vs. independiente o autónomo como contratación de servicios profesionales – periodísticos – telecomunicaciones – prensa - audiovisuales); y desde el derecho colectivo: sindicalización, convenios colectivos de trabajo, estatutos, estrategias de socialización; y desde la seguridad social y previsión (obra social, enfermedad, fallecimiento, desempleo o jubilación).

IV. Definición por la OIT del trabajo precario.

Desde los años 80 la precariedad laboral ha sido tema de interés para los países de la OCDE⁴. La OIT, a mediados de la década de los 90 y como consecuencia del aumento de la informalidad y el fenómeno de la globalización, comienza a analizar las relaciones laborales que luego serán catalogadas como precarias. En estos años analiza la mano de obra contratada, y bajo esta categoría a los contratos temporales, a aquellos con relaciones triangulares y a los autónomos; y sus relaciones encubiertas o ambiguas en las que no está claro quién es un asalariado y quien es un empleador.

La OIT realiza esta caracterización para diferenciarlos de las relaciones laborales que presentan un empleador conocido y que se encuentran bajo una relación de trabajo regulada y protegida por las normas nacionales e internacionales de trabajo. Sin embargo, si bien se visibilizó en el debate esta situación, culminó la negociación y no se llegó a un convenio o recomendación que los incluya (OIT, 2003; OIT, 2012).

Dado a que el trabajo precario es un asunto multifacético y complejo, por más que su término se emplee comúnmente su conceptualización resulta por demás compleja, y no existe una definición oficial con respecto a qué constituye un empleo precario. Muchos autores y actores sociales coinciden en que debe ser un término flexible que se adapte a las nuevas realidades que van surgiendo; muchos otros comparten la necesidad de definir lo que se entiende por empleo precario para permitir su regulación y la aplicación de políticas con la dirección a un sector predefinido, como así también para posibilitar la comparabilidad a los fines estadísticos.

En el simposio de ACTRAV, y en base a sus características se sostuvo que el trabajo precario es: “Un medio utilizado por los empleadores para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores. Es el trabajo que se realiza en la economía formal e informal y que se caracteriza por niveles variables y grados de particularidades objetivas (situación legal) y subjetivas (sensación) de incertidumbre e inseguridad. Si bien un trabajo precario puede tener diversas facetas, se lo suele definir por la incertidumbre que acarrea en cuanto a la duración del empleo, la presencia de varios posibles empleadores, una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, un salario bajo y obstáculos considerables tanto legales como prácticos para afiliarse a un sindicato y negociar colectivamente” (OIT, 2012, 32).

V. Diferentes formas de condiciones y contrataciones laborales precarias que se vienen propagando.

Una discusión clave en relación al futuro del trabajo tiene que ver con los cambios en la forma y relaciones de trabajo. Pasamos de un modelo de producción con una forma típica o clásica de empleo, como prevaleciente, en la cual los trabajadores empleados formalmente en relación de dependencia mantenían una subordinación económica, técnica y jurídica con su empleador y que se realiza a tiempo completo, a formas denominadas atípicas, no estandarizadas, que contemplan numerosas modalidades de trabajo modernas a las que se están adaptando cada vez mayor cantidad de trabajadores.

La expansión del empleo atípico no es un fenómeno nuevo, ni afecta por igual a todos los

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 38 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales.

sectores de actividad, países ni regiones. Tampoco hay suficiente evidencia que permita suponer que en el futuro el empleo típico o estándar desaparecerá o que será reemplazado por el trabajo independiente. Lo cierto es que a esta preocupación se superpone, o se agrega, a un mercado de trabajo segmentado y con un alto porcentaje de precarización e informalidad (Novick, 2018).

La OIT distingue dos categorías de arreglos contractuales que se caracterizan por cuatro condiciones laborales precarias. i) Como arreglos contractuales enumera a la limitada duración del contrato (plazo fijo, corto plazo, temporal, estacional, trabajo a jornal y empleo ocasional); y la naturaleza de la relación de trabajo (relaciones de trabajo triangulares y encubiertas, falso autónomo, contratos de agencias o subcontratistas). ii) Y como condiciones precarias: salario bajo, escasa protección frente al despido, falta de acceso a la protección social y a los beneficios que se suelen asociar con un empleo estándar de tiempo completo, posibilidad limitada o nula de los trabajadores de ejercer sus derechos en su trabajo (OIT, 2012, 34).

a) Modalidad de contratación (contrato estable vs. temporal o por tiempo determinado)

“El empleo directo y permanente está en vías de extinción. Lo reemplazan progresivamente los contratos ‘temporales’, que de hecho pueden prolongarse durante décadas o por toda una vida.” (OIT, 2012, 15). Los trabajadores con contratos temporales de diversa duración, se pueden beneficiar con el trabajo a corto plazo, pero tienen la incertidumbre de si el contrato se prolongará. Suelen ofrecer salarios más bajos y con desiguales beneficios a los contratos estables. Esta modalidad de contratación produce que el trabajador se encuentre en una situación de incertidumbre sobre su futuro y en cuanto a su protección social (OIT, 2012, 15; Novick, 2018).

b) Cantidad de horas (jornada completa vs. jornada reducida)

Tareas con una jornada inferior a las horas de trabajo de un trabajador *full time*, o empleo por tiempo parcial marginal o trabajo “por llamada” incluido contrato “0 hora” (Novick, 2018) También el trabajo en guardia o en espera.

El Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial de la OIT N° 175 (1994), no ratificado por la Argentina, establece que se deben adoptar medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. Y si bien, es una forma de empleo atípico, nuestro país y varios países regulan la cantidad de horas máximas⁵. No obstante, lo que sucede es que, a pesar de su regulación, en el último tiempo han variado sus formas, reduciendo al máximo sus horas, con horarios impredecibles y trabajo “por llamada”, sin obligación

5 Art. 92 ter LCT:1. El contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad. En este caso la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional, que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo. Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa. 2. Los trabajadores contratados a tiempo parcial no podrán realizar horas suplementarias o extraordinarias, salvo el caso del artículo 89 de la presente ley. La violación del límite de jornada establecido para el contrato a tiempo parcial, generará la obligación del empleador de abonar el salario correspondiente a la jornada completa para el mes en que se hubiere efectivizado la misma, ello sin perjuicio de otras consecuencias que se deriven de este incumplimiento. 3. Las cotizaciones a la seguridad social y las demás que se recaudan con ésta, se efectuarán en proporción a la remuneración del trabajador y serán unificadas en caso de pluriempleo. En este último supuesto, el trabajador deberá elegir entre las obras sociales a las que aporte, a aquella a la cual pertenecerá. 4. Las prestaciones de la seguridad social se determinarán reglamentariamente teniendo en cuenta el tiempo trabajado, los aportes y las contribuciones efectuadas. Los aportes y contribuciones para la obra social será la que corresponda a un trabajador, de tiempo completo de la categoría en que se desempeña el trabajador. 5. Los convenios colectivos de trabajo determinarán el porcentaje máximo de trabajadores a tiempo parcial que en cada establecimiento se desempeñarán bajo esta modalidad contractual. Asimismo, podrán establecer la prioridad de los mismos para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeren en la empresa.

del empleador de garantizarle un número exacto de horas, lo que lo transforma en imprevisible.

c) Relación laboral (relación de dependencia vs. tercerización, independiente o autónomo como contratación de servicios profesionales – periodísticos – telecomunicaciones – prensa - audiovisuales).

El empleo denominado típico, directo o permanente, en el que se establece una relación binaria empleado-empleador, es sustituido por los contratos externos, por agencias o tercerizaciones; o bien por contratación de servicios u obras de autoempleados.

Como vimos con anterioridad, existen en la relación laboral, dos problemas que afectan a cada uno de los polos de la relación binaria. El primero es la falta de claridad en lo que respecta a la identidad del empleador, por ejemplo, los trabajadores que son contratados por una agencia o un subcontratista, pero desempeñan sus tareas para una empresa usuaria independiente. Estos trabajadores, se encuentran en una situación precaria cuando no está claro cuál de las dos partes debería responsabilizarse de los derechos y beneficios de los trabajadores.

El segundo, es la falta de claridad en la situación del empleado, ya que, si bien se vincula mediante una relación de contratación de servicios, en realidad lo que sucede es que se mantiene una relación de subordinación equivalente a la relación de dependencia. Estos trabajadores, se encuentran en una situación precaria porque no gozan de la protección y derechos laborales, y solo puede invocar la responsabilidad civil.

Estos marcos legislativos débiles y mecanismos de aplicación impotentes generan una situación en la que los trabajadores sometidos a una relación de trabajo encubierta o triangular casi no tienen forma de hacer valer sus derechos (OIT, 2012, 32-33).

d) Derecho colectivo: sindicalización, convenios colectivos de trabajo, estatutos, estrategias de sociabilización

La experiencia demuestra que con respecto a la acción gremial, sindical o colectiva es difícil que las disposiciones legales se materialicen o cumplan en la práctica. A través de la representación colectiva los trabajadores pueden negociar sus relaciones y condiciones de trabajo, con sus respectivas particularidades (OIT, 2012, 4), pero lo que sucede con el trabajo precario es que es difícil hacer valer los derechos sindicales ya que son escasos o incluso inexistentes.

En el simposio de la OIT ACTRAV se determinó de que: “Es preciso devolverle a los Convenios 87 y 98 su verdadero significado, que se viene vaciando de contenido a través de la propagación de las relaciones de trabajo precario. El alcance real de estos derechos se expresa en la árida frase unidad de negociación. La función de los convenios colectivos es la de rectificar una desigual relación de negociación. Por ende, se deduce que toda limitación, toda fragmentación de la unidad de negociación que aleja a los trabajadores de una relación de negociación con el verdadero empleador constituye una violación de derechos básicos” (OIT, 2012, 16).

e) Seguridad y previsión social (obra social, enfermedad, fallecimiento, desempleo

o jubilación)

Los trabajos precarios también plantean problemas en los sistemas de seguridad social y previsional que se sustentan en una definición estricta de la relación de empleos típicos o clásicos basados en sistemas contributivos.

Los trabajadores precarios que no poseen registración, técnicamente no constan de un alta ante la AFIP, y por ende no realiza aportes ni contribuciones, al sistema previsional a los fines del acceso a la jubilación ni a las obras sociales que les permita contar con un seguro de salud.

Tampoco le es posible gozar de las asignaciones familiares contributivas, como son, la asignación por nacimiento, matrimonio, enfermedad, escolaridad, etc., y en el caso del despido tampoco podrá ser beneficiario del seguro de desempleo. Mucho menos, ser beneficiario de una ART que lo cubra frente a las contingencias laborales.

Por su parte, los trabajadores registrados, temporales, pueden tener problemas para constatar la existencia de una relación laboral para recibir esos derechos. Y los trabajadores autoempleados están habitualmente cubiertos solo por los riesgos más básicos, siendo ellos los responsables de los aportes y contribuciones.

VI. Marco legal que contempla a los comunicadores sociales y periodistas

Como dijimos, las nuevas formas de la organización del trabajo que afectan a los trabajadores en general y a los comunicadores y periodistas en particular, pueden reconfigurar las relaciones laborales: cada vez es más común que los trabajadores participen en una forma de empleo atípica (empleo temporal, empleo triangular, relaciones ambiguas y el trabajo a tiempo parcial). Esto puede resultar en un desafío para la aplicación de marcos normativos, ya sea en materia de protección o representación (OIT, 2016), produciéndose en la actualidad enormes vacíos legislativos o falta de regulación legal. A continuación, analizaremos puntualmente el marco normativo de los comunicadores sociales y periodistas.

a) Normativa Internacional

Con respecto a la actividad particular que ejercen los comunicadores y periodistas existen normas internacionales que los amparan en la particularidad del ejercicio de su profesión, sobre todo con respecto a su libertad de expresión, secreto profesional, rectificación, etc. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 19 reivindica "el derecho de las personas a la libertad de opinión y expresión"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege el derecho para expresar opiniones e ideas también en su artículo 19; la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto Internacional de San José de Costa Rica artículo 13 y ss. que resguarda el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión sin previa censura, con respeto a los derechos y la reputación de los demás, el derecho a rectificación o respuesta para personas afectadas por informaciones inexactas o agravantes.

Por otro lado, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, que instruye a los Estados a garantizar el acceso a la información; que la censura previa debe estar prohibida por ley, que todo comunicador tiene derecho a la reserva de sus fuentes y que las leyes

de privacidad no deben restringir la investigación. Y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra que incluye medidas de protección a periodistas.

Asimismo, como un subgénero de trabajadores se encuentran protegidos por las normas internacionales al igual que todos los otros trabajadores, como los Convenios, recomendaciones y resoluciones de la OIT, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, etc.

b) Normativa nacional

En primer término, para poder analizar la regulación legal de los profesionales del área debemos decir que el ejercicio de su actividad se encuentra amparado por normas supremas y constitucionales.

De manera expresa, el artículo 14 de la Constitución Nacional (CN) protege el derecho de trabajar y la libertad de prensa⁶; el artículo 32 de la CN que se refiere a la libertad de imprenta⁷, artículo 42 de la CN que hace referencia a *contrario sensu* del deber de la prensa de brindar una información adecuada y veraz⁸, artículo 43 CN sobre el Habeas data y el secreto de las fuentes de información periodística⁹, artículo 68¹⁰ y 83¹¹ de la CN con respecto a la inmunidad de los legisladores y publicación por la prensa respectivamente. De forma indirecta mediante los art.1 que establece la forma de gobierno, artículo 19 sobre la privacidad, artículo 23 que trata sobre el estado de sitio, artículo 28 que regula el principio de razonabilidad y artículo 33 que establece la forma republicana de gobierno.

Con respecto a normas de menor jerarquía es necesario diferenciar entre el comunicador social y el periodista. El primero no posee regulación legal alguna, lo que implica que no hay leyes que definan y contemplen las incumbencias de su actividad y no poseen colegiación ni matriculación como tales. Por su parte, el periodista dispone de un aparato legal que regula la actividad y por sobre todo su derecho de información y libertad de prensa, con posibilidad de matriculación¹², tanto al que trabaja en relación de dependencia como al autónomo.

6 Derechos individuales, Art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".

7 Libertad de Imprenta, Art. 32: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal"

8 Derecho del consumidor, Art. 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

9 Habeas Data, Art. 43: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

10 Inmunidad de los legisladores, Art. 68: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

11 Publicación por la prensa, Art. 83: "Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

12 Profundizando en la matriculación nacional de periodista que se justificará con el carné profesional que expedirá la autoridad administrativa del trabajo, que debe renovarse cada dos años y que si bien el estatuto dice que será de uso obligatorio, lo cierto es que en la actualidad ha perdido relevancia porque sirve para acreditar la identidad y trayectoria laboral pero se han derogado los beneficios y descuentos por lo que los periodistas prefieren acreditarse con la credenciales de los lugares para los que trabajan, antes de tramitarla o renovarla (César Arese, 2004).

En otro orden de ideas, César Arese en su artículo citando un fallo y abalado por numerosa doctrina y jurisprudencia nacional y precedentes internacionales dice que "admitir la condición de la matrícula y el carnet profesional para considerar que se trata de un periodista profesional, equivaldría a aceptar una licencia previa anticonstitucional y lesiva de la libertad de prensa" (TS de Córdoba, 24-6-71, D. T. XLI-935 en César Arese, 2004).

Para poder analizar la regulación legal del comunicador o periodista no se tiene en cuenta el título profesional¹³ sino la actividad que realiza. Es así que aquellos profesionales que trabajen para las empresas de medios de comunicación en relación de dependencia se encuentran protegidos por la Ley de Contrato de Trabajo, ley 20.744 (en adelante LCT), y por el Estatuto del Periodista Profesional, ley 12.908¹⁴ (en adelante EPP), que establecen sus derechos y obligaciones, les da estabilidad y seguridad jurídica. Mientras que los profesionales que trabajan en áreas de comunicación institucional y/o comunitaria, organismos paraestatales y dependencias públicas que no realizan tareas periodísticas necesariamente, quedan desprotegidos del EPP, amparándose solo en la LCT, norma general que no contempla las especificidades de la profesión.

El EPP ostenta varias particularidades: “a) Es uno de los estatutos más completos y complejos del Derecho Laboral argentino ya que abarca aspectos de la actividad de prensa, matriculación profesional, condiciones de trabajo (período de prueba, jornada, vacaciones, suspensiones, etc.), extinción del nexo laboral y derecho colectivo; b) fue concebido y puesto en vigencia en sus aspectos esenciales hace sesenta años, por lo que desde su sanción han pasado varias olas tecnológicas transformando abismalmente el mundo de las comunicaciones (...) c) las relaciones entre los empleadores y los trabajadores de prensa, en tanto se desenvuelven dentro mismo de lo que se llama cuarto poder, no pueden considerarse únicamente desde el punto de vista estrictamente bilateral y laboral; hay fuertes componentes constitucionales cuando se trata de la libertad de prensa individual o colectiva, de protección del secreto y la fuente periodísticos; d) el EPP rige una profesión de alta exposición e influencia social” (César Árese, 2004, s.n).

Por otro lado, también existen comunicadores o periodistas que se definen como independientes y ofrecen sus servicios profesionales estableciendo una relación de igual a igual con quien los contrata. Entre ellos no existen una relación de dependencia y subordinación sino un contrato de locación de servicios (audiovisuales, telecomunicaciones, periodísticos, comunicación, etc.) que en principio se mantiene al margen de la regulación de la LCT y del EPP para regirse por el derecho civil. Decimos en principio, porque muchas veces se encubre una verdadera relación de dependencia bajo la contratación de servicios profesionales para vulnerar los derechos y la protección al trabajador dada por la LCT constituyendo un verdadero fraude laboral.

VII. Conclusión

Los cambios en el mundo del trabajo y las nuevas formas de la organización del mismo, afectan a los trabajadores en general y a los comunicadores y periodistas en particular, y reconfiguran las relaciones laborales. Como vimos, cada vez resulta más común que los trabajadores participen de una forma de empleo atípica, hoy catalogada en su mayoría como precaria e informal.

13 Para el ejercicio del periodismo y algunas actividades de comunicación siquiera no es requisito poseer un título profesional.

14 Art. 2º - Se consideran periodistas profesionales, a los fines de la presente ley, las personas que realicen en forma regular, mediante retribución pecuniaria, las tareas que les son propias en publicaciones diarias, o periódicas y agencias noticiosas. Tales el director, codirector, subdirector, jefe de redacción, secretario general, secretario de redacción, prosecretario de redacción, jefe de noticias, editorialista, corresponsal, redactor, cronista, reportero, dibujante, traductor, corrector de pruebas, reportero gráfico, archivero y colaborador permanente. Se incluyen las empresas radiotelefónicas, cinematográficas o de televisión que propalen, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico, y únicamente con respecto al personal ocupado en estas tareas. Se entiende por colaborador permanente aquel que trabaja a destajo en diarios, periódicos, revistas, semanarios, anuarios y agencias noticiosas, por medio de artículos o notas, con firma o sin ella, retribuidos pecuniariamente por unidad o al centímetro, cuando alcance un mínimo de veinticuatro colaboraciones anuales.

Quedan excluidos de esta ley los agentes o corredores de publicidad y los colaboradores accidentales o extraños a la profesión. No se consideran periodistas profesionales los que intervengan en la redacción de diarios, periódicos o revistas con fines de propaganda ideológica, política o gremial, sin percibir sueldos

Los trabajadores precarios si bien forman parte de los “ocupados”¹⁵ en las estadísticas de medición de los organismos oficiales como las de INDEC¹⁶, OIT, CEPAL¹⁷, etc., estos trabajadores presentan cero o ineficiente protección legal, cobertura social y previsional.

Entonces, no basta solo con decir que están ocupados, sino que dicha ocupación debería ser decente. La OIT define el trabajo decente como aquel “que resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres”.

En este contexto, resulta un desafío reinventar la normativa y las leyes del trabajo para regular las nuevas relaciones laborales. ya que existe un quiebre entre el trabajo y las protecciones. Como se ha analizado, esto es particularmente relevante para los comunicadores y periodistas, muchos de los cuales se mantienen relaciones de empleo flexibles, que redundan en condiciones de precariedad.

Como conclusión, la crisis del trabajo que atravesamos es también una crisis jurídica, porque se pone en duda la capacidad del derecho para regular las nuevas formas y modalidades contractuales. Existe un quiebre, entre quienes piensan que un derecho del trabajo demasiado rígido es un obstáculo para el desarrollo económico y del trabajo; y entre quienes consideran que es necesario la regulación legal de la nueva realidad porque ha sido el derecho el que históricamente les ha otorgado dignidad a los trabajadores. Comparto esta última posición, y considero necesario visibilizar la realidad, formular nuevas normas laborales que la contemple y propender a una rearticulación de políticas macroeconómicas con políticas sociales y laborales, además de programas específicos para los grupos más vulnerables.

15 Personas ocupadas: son aquellas que tienen más de cierta edad especificada y que durante el breve periodo de referencia de la encuesta (que puede ser una semana, mes o trimestre) estuvieron ocupadas al menos una hora: (1) con empleo asalariado –es decir, trabajando durante el periodo de referencia por un sueldo o salario–, u ocupadas pero sin trabajar debido a una ausencia temporal en el periodo de referencia durante la cual mantuvieron un vínculo formal con su puesto de trabajo; o (2) con empleo independiente, trabajando para obtener beneficios o ganancia familiar (incluye a los trabajadores familiares auxiliares), o sin trabajar por una ausencia temporal durante el periodo de referencia. En CEPAL (2019). Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. Santiago.

Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/ae>

16 Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC Argentina.

17 La Comisión Económica para América Latina y el Caribe es el organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región.

Referencias Bibliográficas

- Arese, C. (2004). El estatuto del periodismo profesional: desde el dictáfono a Internet, en Revista de Derecho Laboral. II Doctrina- Jurisprudencia- Actualidad. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Baranchuk, M. (2016). ¿Quo Vadis trabajador de la comunicación y la cultura? Sociales en debate N°10. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2016/08/Art7BARANCHUK.pdf>
- Blanco, C. (2016). Trayectorias de formación y de trabajo de graduados de comunicación de la UNC en un contexto heterogéneo. Un estudio longitudinal. (Tesis de Doctorado). Doctorado en Estudios Sociales de América Latina, Centro de Estudios Avanzados (CEA), Universidad Nacional de Córdoba.
- Castel, R. (2012). El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- China Rodríguez, M. S. (2013). TIC y transformaciones de las biografías laborales: los comunicadores en Canarias. Santa Cruz de Tenerife. Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED. Facultad de Educación. Trabajo Fin del Máster Universitario Comunicación y Educación en la Red: de la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento. Especialidad: Subprograma de investigación en tecnologías digitales en la sociedad del conocimiento.
- Lagos, C. y Cabalín, C. (2009). Condiciones profesionales del ejercicio del periodismo y de la libertad de expresión en los principales medios de comunicación de la región Metropolitana. Santiago de Chile: ICEI.
- Martínez, S. (2019). Condiciones laborales de los periodistas. Incidencia en la práctica profesional. (Tesis de posgrado). Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes. Recuperado de: <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/1745>
- Novick, M. (2018), El mundo del trabajo: cambios y desafíos en materia de inclusión. Naciones Unidas – CEPAL. Serie Políticas Sociales 228 (LC/TS.2018/2). Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/43221-mundo-trabajo-cambios-desafios-materia-inclusion>
- OIT (2003). Memorandum: 91.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT. 3 al 19 de junio. Recuperado de: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/memo.pdf>
- OIT (2012). Del trabajo precario al trabajo decente: documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario. Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV). Ginebra: OIT. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/meetingdocument/wcms_179789.pdf
- Ufarte Ruiz, M. J. (2011). El periodista acosado: entre la precariedad laboral y el mobbing. Un estudio de caso: la precariedad de los periodistas almerienses en la prensa escrita (Tesis de doctorado). Universidad de Sevilla, Sevilla, España.
- Rodríguez E. y Sánchez R. (2004). Prólogo: Entre el capitalismo cognitivo y el Commonfare, En Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva. Madrid: traficantes de sueños, 13-28.

LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UN INSTITUTO DE GESTIÓN PRIVADA

Claudia Medina¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Normativa nacional y provincial. III.- Formas jurídicas que adoptan las escuelas privadas. IV.- La figura del representante legal. V.- Las funciones del representante legal de un instituto educativo de gestión privada. VI.- El representante legal de las escuelas católicas en la Provincia de Córdoba. VII.- Representante legal y relación de dependencia. VIII.- Conclusión.

Resumen: La Ley N°5326 regula en la Provincia de Córdoba los establecimientos de enseñanza no oficiales, garantizando el funcionamiento de enseñanza creados por la iniciativa privada. La Ley N°9870, "Ley de Educación Provincial", rige la organización y administración del Sistema Educativo Provincial. Y menciona la Ley N°26.206, "Ley de Educación Nacional", vigente desde el año 2006. El Código Civil y Comercial de la Nación legisla respecto a las personas jurídicas, que son públicas o privadas. Se establece quienes tendrán derecho a prestar servicios de Educación de Gestión Privada. Son ellos, la Iglesia Católica, las confesiones religiosas, las sociedades comerciales, las cooperativas, las organizaciones sociales, los sindicatos, las asociaciones civiles, las fundaciones y empresas, las asociaciones profesionales con personería gremial, las personas físicas, entre otros. La figura del representante legal adquiere una dimensión propia en el sistema educativo de gestión privada. Su responsabilidad se circunscribe a los términos del mandato y al de ejecutar fielmente los negocios del representante legal. En los institutos educativos de gestión privada el representante legal, directores y administradores conforman un equipo de conducción; y son los que van a marcar los pasos y decisiones que se tomarán en el colegio. En las escuelas católicas de la Provincia de Córdoba a quien desempeña la tarea de la representación se le da diversas denominaciones: representante legal, apoderado legal, delegado episcopal, entre otras. Con respecto a las funciones del representante legal, y si estamos o no ante una relación de dependencia laboral deberemos estar a las notas tipificantes y a los indicios de la relación

Palabras clave: Representante legal. Relación de dependencia. Personas jurídicas privadas. Instituto educativo de gestión privada. Colegios católicos

¹ Abogada (UNC). Docente UBP, UNC. Ex docente IDES Río Tercero. Abogada litigante. Publicista.

I.- Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la figura del representante legal de un instituto de gestión privada. También esclarecer las funciones del representante legal y la manifestación o no de indicios o notas tipificantes de relación de dependencia en su labor.

II.- Normativa vigente Nacional y Provincial

La Ley N°26.206, "Ley de Educación Nacional", vigente desde el año 2006, no significó una ruptura con la reforma de los 90' y mantuvo sus líneas centrales.

Recordemos que la Ley N°26.206 abrogó la Ley N°24.195, "Ley Federal de Educación" del año 1993.

En la Provincia de Córdoba rige la ley N°5326 desde el año 1972, "Régimen de los establecimientos de enseñanza no oficiales", que vino a derogar la Ley N° 4753 vigente desde el año 1964.

La ley 5326 reza en su artículo 1 que el Estado Provincial garantiza el funcionamiento de institutos de enseñanza creados por la iniciativa privada. Dicha ley fue modificada por la ley 9018 en el año 2002 en relación a la regulación del funcionamiento de institutos de enseñanza privada.

Asimismo menciono a la Ley N°9870, "Ley de Educación Provincial", sancionada en el año 2010, que deroga la ley 8113. Dicha normativa en su artículo 2°, en cuanto al ámbito de aplicación, rige la organización y administración del Sistema Educativo Provincial integrado por los siguientes servicios: a) Servicios educativos públicos de gestión estatal; b) Servicios educativos municipales regulados por el artículo 108 de esta Ley, y c) Servicios educativos públicos de gestión privada autorizados.

Y en la Sección Tercera – Educación de Gestión Privada, enumera en su art. 78 a los Prestadores.

III.- Formas jurídicas que adoptan las escuelas privadas

A continuación recuerdo algunos artículos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vinculados a este tema.

Según el artículo 145, las personas jurídicas son públicas o privadas.

El art. 146, establece quienes son personas jurídicas públicas:

- a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c) la Iglesia Católica.

El artículo 148 instituye como personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;

- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- f) las mutuales;
- g) las cooperativas;
- h) el consorcio de propiedad horizontal;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

En base a lo anteriormente expuesto y siguiendo los lineamientos del art. 63 de la Ley de Educación Nacional N°26.206, se insta a quienes tendrán derecho a prestar servicios de Educación de Gestión Privada. Ellos son:

- La Iglesia Católica como persona jurídica pública.
- Las confesiones religiosas inscriptas en el Registro Nacional de Cultos.
- Sociedades comerciales.
- Las cooperativas.
- Las organizaciones sociales.
- Los sindicatos.
- Las asociaciones civiles.
- Las fundaciones y empresas, todas estas últimas con personería jurídica.
- Las asociaciones profesionales con personería gremial.
- Las personas físicas o de existencia visible.

IV.- La figura del representante legal

Lo primero que me pregunto es por el origen de la palabra “representante legal” en la Educación Pública de Gestión Privada.

El término proviene de los usos y costumbres originados en el Servicio Nacional de la Enseñanza Privada (creado por Decreto 9247/1960) desde el año 1960, que con posterioridad cambió su denominación por Superintendencia Nacional de la Enseñanza Privada (S.N.E.P.).

Encontramos su origen normativo en el artículo 37 del decreto nacional 371/1964 que dice: “los propietarios, en el caso del inc. a) del art. 30, sus Representantes Legales en los casos de los inc. b), c) y d) del mismo artículo y los apoderados deberán inscribirse en el Departamento de Registro General del Servicio Nacional de la Enseñanza Privada”; en el artículo 35 del Decreto 371/1964 aparece el término “apoderado”, luego en el año 1982 por ley 22.701 se modifica el Estatuto de Docentes Privados, artículo 33 de la Ley 13.047, y aparece el término “representante legal”.

¿Pero quién es el representante legal?

El representante legal es la persona física que, por designación del propietario ejerce la representación del establecimiento ante el organismo de control estatal del sistema educativo en el que aquél se encuentra adscripto y ante sus dependientes.

La figura del representante legal, consagrada en el Estatuto del Personal Docente de Establecimientos Privados de Enseñanza (ley N°13.047 y sus modificatorias) y de allí tomada por algunas jurisdicciones provinciales en la regulación de los institutos privados, adquiere una dimensión propia en el sistema educativo de gestión privada.

Debemos distinguir al propietario unipersonal del pluripersonal: el primero ejerce la representación legal por sí mismo, a diferencia del segundo que deberá designar un representante legal. Ante la ausencia de éste, es el apoderado quien ejerce por mandato otorgado la función del representante legal.

Su responsabilidad se circunscribe a los términos del mandato y al de ejecutar fielmente los negocios del representante legal.

Ahora debemos aclarar lo siguiente:

1) Frente a las autoridades del área de Educación (Ministerio de Educación, D.I.P.E., etc.), el representante legal es la persona designada por la entidad propietaria a tal efecto.

2) Frente a cuestiones legales (por ejemplo juicios, A.F.I.P., contratos con terceros, alquileres, etc.) quien compromete a cada entidad es:

- * en las Asociaciones Civiles y Fundaciones: el Presidente de la Comisión Directiva;
- * en las Sociedades Anónimas: su Presidente;
- * en las Sociedades de Responsabilidad Limitada: el/los socio/s gerente/s, de acuerdo a su contrato constitutivo;
- * en las Cooperativas: el Presidente del Consejo de Administración;
- * en la Iglesia Católica: el Arzobispo u Obispo.
- * en las Empresas Unipersonales: el titular (propietario).

Quien obliga a las sociedades, asociaciones, fundaciones, etc., puede o no ser la misma persona designada como representante legal frente a las autoridades educativas.

V.- Las funciones del representante legal de un instituto educativo de gestión privada

Cada institución educativa posee un equipo de conducción que está conformado por el representante legal, directores y administradores.

Este pequeño grupo marca los pasos y decisiones que se tomarán en el colegio, por lo que tienen que hacerlo con suma responsabilidad.

Cada equipo tiene un líder, y en los colegios se lo llama “representante legal”. Esta persona no sólo lidera el equipo de conducción sino también es quien admite la representación de la escuela ante las autoridades estatales, familias y el personal escolar.

Él es el responsable del funcionamiento integral de todos los aspectos:

- a) Aspecto institucional
- b) Aspecto administrativo – contable
- c) Aspecto técnico – pedagógico
- d) Aspecto económico financiero
- e) Aspecto de liderazgo.

Respecto a cada uno de los aspectos, nombro las funciones más relevantes.

a) Aspecto institucional: arbitrar los medios para que:

- 1- Se formulen los principios, objetivos y normas del Instituto.
- 2- Representar a la institución ante las autoridades educativas jurisdiccionales y nacionales y mejorar dentro de los límites del mandato conferido la relación con las demás autoridades pedagógicas.
- 3- Se establezcan las pautas para la admisión del personal del Instituto.

4- Se indiquen las condiciones de admisión y las causas de expulsión del alumno.

5- Conceder becas y/o ayuda económica a las familias que así lo necesiten y fijar criterios para su otorgamiento.

b) Aspecto administrativo - contable: de acuerdo con el propietario o la entidad propietaria:

- 1- Dar de alta y baja del personal.
- 2- Nombrar al personal directivo, inmediato responsable de la gestión administrativa.
- 3- Nombrar al restante personal del Instituto.
- 4- Nombrar suplentes.
- 5- Cumplir en tiempo y forma con el pago de salarios y las respectivas leyes sociales al Sistema Único de Seguridad Social.
- 6- Decidir sobre la justificación de las inasistencias y/o faltas de puntualidad de todo el personal del Establecimiento, en el marco de las disposiciones de cada jurisdicción.
- 7- Disponer la confección del cómputo de antigüedad de todo el personal del Instituto y las certificaciones de servicios a los que las requieran.
- 8- Analizar y otorgar los pedidos de licencia, dentro de la normativa vigente, con criterio de justicia laboral.
- 9- Aplicar sanciones, reconocer el cumplimiento y otorgar estímulos.

c) Aspecto técnico - pedagógico: acordado por la entidad propietaria:

- 1- Solicitar el reconocimiento pedagógico y económico de la institución.
- 2- Peticionar la creación de secciones, divisiones, grados, cargos, etc., o su cancelación o baja.
- 3- Custodiar el archivo de la documentación oficial y supervisar el funcionamiento íntegro de la institución de la cual es responsable, aunque sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe al personal directivo y docente.
- 4- Participar en aquellos cambios de planes institucionales o los que sean específicamente pedagógicos, los que tienen incidencia en los aspectos laborales, económicos y sociales, ya que afectarán a la comunidad educativa.

d) Aspecto económico - financiero: de acuerdo con la entidad propietaria:

- 1- Velar por la situación patrimonial, económica y financiera de la entidad.
- 2- Solicitar, cuando corresponda, el aporte estatal para que el Instituto, las nuevas secciones, divisiones o gados, etc.
- 3- Establecer, de acuerdo con lo normado por las autoridades jurisdiccionales, la política aranceles. Controlar el pago y evaluar la morosidad.
- 4- Supervisar la liquidación de haberes al personal y el depósito de las contribuciones y demás cargas sociales y remitir las rendiciones de cuentas.
- 5- En oportunidad del cese de la relación laboral o en ocasión de la cancelación y/o inactividad de cursos o secciones, deberá extender las correspondientes certificaciones de servicios en el marco de disposiciones laborales vigentes.
- 6- Llevar ordenadamente archivos, legajos de personal y libros laborales.
- 7- Revisar periódicamente y evaluar la tercerización de servicios, tales como limpieza, actividades recreativas, etc.

8- Contratar, renovar y evaluar todo lo atinente a seguros, a las condiciones de otorgamiento, pólizas, etc. Como así misma la A.R.T., responsabilidad civil, seguro médico, etc.

VI.- El representante legal de las escuelas católicas en la Provincia de Córdoba

El Obispo Diocesano es el representante legal de la diócesis, y este representante legal puede, a su vez, actuar a través de otra persona a la cual otorga poder para representarla y ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza.

En el ámbito civil se le da el nombre de “apoderado legal” a quien actúa en nombre de la persona jurídica titular de la escuela católica, en virtud del poder que ha recibido.

No siempre resulta ser la adecuada la terminología empleada en el ámbito civil para utilizarla en el ámbito canónico.

Según sea el lugar de referencia, a quien desempeña la tarea de la representación de la escuela católica se le da diversas denominaciones: representante legal, apoderado legal, delegado episcopal, entre otras.

En algunas legislaciones particulares se dice que es la persona física designada para actuar en nombre y representación del propietario del servicio educativo, como lo es en la Provincia de Córdoba.

El “Estatuto del representante legal” que rige para todas las escuelas católicas de la Provincia de Córdoba fue aprobado el 30 de septiembre de 1998.

En él se establece que el **representante legal** es la persona física designada para actuar en nombre y representación del propietario de la escuela católica.

Que la representación legal de una escuela es un servicio eclesial, que implica una clara y adecuada presencia en la comunidad y consiste en ser el responsable último del funcionamiento integral de la institución. Representa al propietario de la escuela ante los alumnos, sus familias, su personal, las autoridades estatales y terceros (art.3°).

Luego de enumerar las condiciones para ser representante legal, en el art. 5° dispone que los objetivos de su misión serán fijados por quien lo designa, y en función de ellos, debe definir los criterios de su acción en coherencia con tales objetivos.

No menos interesante es el art.6°, que textualmente transcribe: “para el cumplimiento de los objetivos de su nombramiento, el representante legal debe: a) dar estricto cumplimiento a las directivas de la iglesia en materia educativa y enriquecer con tales orientaciones la integración y adecuado funcionamiento de la comunidad educativa. Debe asimismo cumplir y hacer cumplir las normas aplicables a la institución y a su personal; b) ...”.

Cuando el representante legal tenga atribuciones para designar o remover personal de cualquier nivel, debe observar entre otros requisitos, respecto a los colegios parroquiales y diocesanos, que los nombramientos del personal directivo, y sanciones a personas de cualquier categoría, se lleven a cabo con la previa autorización de la Junta Arquidiocesana de Educación Católica.

Ésta última es el organismo oficial y técnico en lo educativo.

Asimismo, el representante legal debe cooperar activamente al cumplimiento de los fines de la Junta y promover una adecuada interrelación entre comunidad educativa y Junta, haciendo conocer las funciones y criterios de acción, para que aquella sea el medio natural de acompañamiento, análisis, auxilio, encuentro, diálogo, discusión y solución de las situaciones que plantea el quehacer educativo. Para ello mantendrá permanente comunicación con la misma. Debe seguir su asesoramiento y acatar su supervisión (pastoral, técnica, pedagógica y administrativa-financiera) y admitiéndola como intérprete jerárquico de su responsabilidad.

Para su desempeño debe continuar las orientaciones del Obispo diocesano, de la respectiva Delegación Episcopal para la Educación y de la Junta de Educación Católica, y en su caso, del propietario de la escuela. Dispone el Estatuto que en lo no previsto en dicho reglamento y sus relaciones con terceros se rige por lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación para el mandato.

Finalmente, el Estatuto ordena que el instrumento de nombramiento del representante legal estipulará sus facultades, el tiempo de duración en la función, las posibilidades de su renovación, su retribución y las condiciones que deben mantenerse para que subsista el nombramiento.

En la Provincia de Córdoba el Arzobispo u Obispo es el que designa a los Representantes Legales de las Escuelas Parroquiales, y por medio de Letra nombra a la persona como representante legal y/o apoderado legal, con todos los deberes y atribuciones de acuerdo a la reglamentación de las escuelas parroquiales que regula las facultades de los mismos. Las funciones que asume, además de las que derivan de la representación legal, son las de conducir la ejecución del Proyecto Educativo Institucional.

Luego del nombramiento se toma razón, se notifica a quienes corresponda y al Registro de Curia.

Posteriormente se cursa nota a la Dirección General de Institutos Privados de Enseñanza, por ejemplo, por el Arzobispado de Córdoba (entidad propietaria de la Escuela Parroquial en la Arquidiócesis de Córdoba) y eleva a esa Dirección el nombramiento del nuevo representante legal de dicho Instituto, con cargo de asumir la coordinación general del mismo.

El representante legal debe manifestar por escrito la conformidad y aceptación de la designación de representante legal del Instituto.

Posteriormente, D.G.I.P.E. emite una Resolución a través de la cual toma conocimiento de la designación de tal persona como representante legal del instituto tal, en reemplazo del anterior, o puede ser el primer representante legal.

Pasa luego a División Auditoría de Institutos, se protocoliza, y deben tomar conocimiento Gerencia de Administración y R.R.H.H., Inspección General, Sub-Inspección General, Inspección de Zona, Auditoría de Institutos, Apoyo Administrativo e Instituto.

VII.- Representante legal y relación de dependencia

En ciertos casos la cuestión de cuando si hay relación de dependencia es bastante clara; pero en otros casos puede ser difícil determinarlo, es decir, que se nos presenta una zona gris para establecer si estamos o no, ante una relación de dependencia laboral.

No hago referencia a las situaciones de fraude laboral, de aquel trabajador en relación de dependencia que factura mes a mes como monotributista y cumple horarios, y trabaja como un empleado más, sólo que él factura y los otros cobran mediante depósito bancario y con recibo de haberes. Esos son casos claros, sino de aquéllos en que realmente hay una zona gris. Por ejemplo el caso que nos ocupa, el del representante legal de un instituto de gestión privada. ¿La ley laboral lo considera empleado?

Para nuestro ordenamiento laboral importan los hechos y algunas variables que, si están presentes, determinan que haya relación de dependencia.

El principio de “primacía de la realidad” brinda prioridad a los hechos, a lo que ha ocurrido efectivamente en la realidad, por sobre las apariencias o formas, porque el contrato de trabajo es un contrato-realidad.

El art. 21 de la L.C.T. dispone que hay contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración.

La definición de la Ley de Contrato de Trabajo es amplia y debemos analizarla para saber cuándo estamos ante la presencia de una relación de dependencia.

Existen notas tipificantes que precisan cuándo hay relación de dependencia.

Para señalar si hay relación de trabajo hay que analizar una serie de indicios, que si se manifiestan ello implicará un mayor grado de inclinación, para uno u otro lado. Por ejemplo: ¿El trabajador cumple órdenes o es autónomo? ¿Hay subordinación técnica? ¿Factura mes a mes, cumple horarios? ¿Hay exclusividad? ¿El trabajador es dependiente o autónomo, es su propia empresa? ¿El trabajador puede hacerse reemplazar?

VIII.- Conclusión

Cuando me refiero al rol del representante legal podemos decir que es el animador responsable del funcionamiento integral de la institución, como un gerente general o CEO es de una empresa, si comparamos al Instituto como una empresa privada, advirtiendo que el primero tiene particularidades que lo distinguen.

El impacto de asumir este perfil, en una figura que presta un servicio tan calificado, estamos ante la necesidad de conocer las competencias profesionales y las cualidades necesarias para el ejercicio de la representación legal, ante las nuevas demandas de nuestro sistema educativo y en las instituciones mencionadas.

En el terreno de la conducción de las instituciones educativas se requiere formación específica, capacitación y entrenamiento, ante la necesidad de avanzar hacia un modelo de gestión participativa.

Y en este campo estamos ante la presencia de la actividad llevada a cabo por los representantes legales, y concretamente ante la pregunta si existe relación de dependencia de estos trabajadores con los institutos de gestión privada que representan.

El panorama es complejo y lo importante es determinar si el trabajador es autónomo o si hay relación de dependencia laboral, y la respuesta no es inmediata, para llegar a la conclusión si existe relación de dependencia en relación a los representantes legales de un instituto de gestión privada.

Referencias Bibliográficas

- Altamira, Gigena Raúl E., "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada". Ed. Errepar, Buenos Aires, 2010.
- De Diego, Julián Arturo, "Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Di Nicco, Jorge A., "El representante de la escuela católica diocesana", en Anuario Argentino de Derecho Canónico. Vol. 20, 2014.
- Grisolia, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, 11ª. Edición. Ed. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2005.
- Hassel, Guillermo E., "representante legal", en Formación Integral, Buenos Aires, 2015.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (director), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal Culzoni -1ª. Ed., Santa Fe, 2014.
- Mirolo, René Ricardo y otros, "Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, 2ª edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003.

DEBATES VIGENTES ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO CON REFERENCIA A CIERTOS CONTRATOS

Teresita A. Carmona Nadal de Miguel¹

Sumario: I. Introducción. II. Nueva visión del Derecho Privado. Las fuentes y el Derecho del Trabajo. III. Los Contratos. Contenido. prelación normativa. facultades jurisdiccionales. IV. Concurrencia Normativa y la Ley Laboral. V. Contratos incorporados al CCyC. La actividad empresarial en la actualidad. VI. Los contratos asociativos en el CCyC. Su impacto en cuanto a la responsabilidad frente a terceros. VII. Contratos o personas jurídicas. VIII. Conclusión.

Resumen: La incorporación del diálogo de fuentes en la interpretación del Derecho Privado reafirma lo que el Derecho del Trabajo venía aplicando. El contenido de los contratos regulados en el CCyCom, establecen normas indisponibles para las partes, otras supletorias y finalmente, las de autonomía. La actividad empresarial actual modificó la modalidad de llevar los productos al mercado. Los contratos asociativos previstos en el CCyCom., tienen incidencia en la responsabilidad de los contratantes frente a terceros y el trabajador. Aún cuando se ha enunciado que podrían avanzar sobre el Derecho del Trabajo, no cabe duda que el Derecho Constitucional y Supranacional protegen suficientemente a las relaciones y al contrato de trabajo frente a la existencia del fraude.

Palabras clave: Código. Trabajo. Fuentes. Empresas. Contratos

I.-Introducción

A pesar de haber transcurrido varios años desde la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial -agosto de 2015-, hay debates que hasta la fecha se mantienen vigentes desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. El propósito de este bosquejo es brindar algunas aportaciones sobre el tema.

Los autores del CCyC sostienen que se ha producido una reforma fundamental respecto de toda una tradición anterior en el campo de aplicación e interpretación del Derecho, que solo refería a la ley, consistiendo la función del juez en aplicarla exegéticamente.

¹ Abogada y Notaria (UNC), Mediadora (M.S.N.), ex vocal de la Cámara C.C, Trabajo y Familia de Bell Ville. E-mail de contacto: tcarmonanadal@gmail.com.

Ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no se usa solo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres, principios y valores. El gran cambio respecto del sistema anterior reside en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no sólo la ley sino todo el derecho, destacándose la Constitución y los tratados internacionales que permiten concretar la constitucionalización del Derecho Privado².

II.-Nueva visión del Derecho Privado. Las fuentes y el Derecho del Trabajo.

Este nuevo paradigma incorpora lo que se ha dado en llamar el régimen de diálogo de fuentes. Y fundamentalmente, el nuevo Código contiene una serie de aspectos valorativos que guían su estructura, entre los que se destaca la tutela integral de la persona humana a través de los derechos fundamentales, la tutela de los débiles, los consumidores, los discriminados, del niño, las personas con capacidades diferentes, la mujer, los bienes ambientales y muchos otros aspectos.

Resulta cierto el *aggiornamento* del derecho privado en la línea expuesta más arriba. Pero dirigiendo nuestra mirada hacia el Derecho del Trabajo debemos aseverar que éste siempre estuvo irradiado por el derecho constitucional y supranacional. Los instrumentos sobre derechos humanos y los tratados internacionales, en especial los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, han constituido fuente directa de aplicación inmediata³.

La Corte Suprema de Justicia La Nación” en el precedente “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, 21/9/04, al permitir aplicar el derecho común en resarcimientos de siniestros laborales, dio claras directivas de la operatividad de las fuentes supranacionales en el Derecho del Trabajo. El criterio asentado en “Aquino”, fue reiterado en otros, como “Milone”, “Arostegui”, “Torrillo”, por citar algunos.

En la causa “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ Quiebra”, la CSJN, 26/3/2014, aplicó el Convenio 173 de la OIT, y revocó el fallo de la CNCom., Sala E que había rechazado la impugnación de un acreedor laboral al proyecto de distribución presentado por la sindicatura, según el cual al crédito insinuado debía aplicarse la limitación del 50% establecida por el art. 247 de la Ley Concursal y conferírsele igual rango que al de la acreencia de la AFIP. Al efecto, siguiendo a la Procuración General de la Nación (dictamen del 25/4/2012), sentenció que el crédito laboral originado en una indemnización por accidente de trabajo, reconocido por sentencia firme, goza de privilegio sobre los de la AFIP, en virtud de la aplicación del Convenio mencionado.

El instrumento de la OIT, al referir a los rubros que deben quedar protegidos frente a la insolvencia del empleador, expresa que, al menos, deben cubrirse los créditos correspondientes a salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retribuidas e indemnizaciones por finalización de servicios (art. 6, incs. A-d) agregando que, la Recomendación N° 180 de la OIT, complementa las disposiciones del Convenio y determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por “accidente del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador”(punto II,3.1.f)⁴.

2 LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de La Nación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p.25 y sgtes.

3 ARESE, César, El Derecho del Trabajo y la “Constitucionalización del Derecho Privado”, en Revista Catorce Bis, Año XIX, N° 49, Córdoba, p.14.

4 RAFFAGHELLI, Luis A., Fuentes Del Derecho, Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, 2016-1-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 30/31.

Lo antes expuesto pone a la vista que el Derecho del Trabajo tiene un sistema específico de fuentes que lo caracteriza como rama autónoma, sin desmedro de admitir la influencia que impone el diálogo de fuentes que el propio Código Civil y Comercial de la Nación delinea en su Título Preliminar, al establecer las pautas de interpretación y aplicación general bajo el prisma del cambio de paradigma producido con la reforma constitucional del año 1994⁵.

III.-Los contratos. contenido. prelación normativa. facultades jurisdiccionales.

Los arts. 962, 963 y 964 CCyC establecen los criterios reguladores del contenido normativo del contrato; esto es, el conjunto de disposiciones de distinta naturaleza que lo integran en forma expresa o implícita.

El Código presenta un conjunto de normas destinadas a facilitar la construcción de contenidos contractuales por cualquier persona, de modo tal que, a las partes les basta con determinar los datos necesarios para integrar el negocio concreto (lugar y fecha de celebración; datos de identificación de las contratantes; operación jurídica considerada; etc.) para que pueda considerarse completo el contenido contractual, pues en todo lo que no estipulen expresamente, resultan de aplicación las reglas supletorias contenidas en el Código.

En este tramo de la regulación se establecen las reglas para la solución de los problemas generados por la colisión de normas de distinta naturaleza y jerarquía.

Las partes gozan de libertad para determinar el contenido de un contrato; pueden actuar como legisladores particulares de sus propios intereses y establecer la regulación a la que desean someterse. En todo lo que dejen sin tratar se aplican las normas supletorias contenidas en el Código.

En este marco podemos distinguir tres tipos de normas en los contenidos contractuales:

a. Normas particulares o de autonomía: son las que las partes pueden crear en ejercicio de la libertad contractual. Pueden desplazar a las normas supletorias y ceden ante las normas indisponibles.

b. Normas supletorias: son las contenidas en la ley, que se aplican en aquellos aspectos que no han sido regulados por las partes por vía de alguna norma particular por ellos creada en ejercicio de su libertad de determinación de contenidos contractuales. La regla, enunciada en el art. 962 CCyC, es que en principio todas las normas son supletorias de la voluntad de las partes, quienes pueden regular en un sentido distinto al previsto por el legislador. Las normas supletorias no se imponen a las partes dado que su función es facilitarles el desarrollo contractual. La mayoría de las normas que conforman la regulación de los contratos en particular son de ese carácter.

c. Normas indisponibles: son aquellas que se encuentran por encima de las restantes, particulares o supletorias y que no pueden ser dejadas sin efecto por una norma de autonomía generada por los contratantes⁶. Resulta de interés resaltar que las normas indisponibles establecen su obligatoriedad ya sea por su carácter de orden público, o

5 GARCIA VIOR, Andrea E., Código Civil y Comercial de la Nación, Los Nuevos Contratos Interempresarios y la Reedición de Antiguos Debates, en Revista Catorce Bis, Año XIX, N° 52, Córdoba, p.5.

6 CAMELO, Gustavo, en Código Civil y Comercial de la Nación, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo-Sebastián Picasso (directores), Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 3 final, p. 386, versión digital.

en razón de regular cuestiones de derecho público.

Cabe enfocarnos en el art. 963 CCyC, que establece el orden de prelación de los distintos tipos de normas en caso de concurrir en la regulación de un vínculo contractual. Se trata de una guía e integra la matriz del Código⁷ determinando que, en caso de superposición de ellas, se aplican:

a. en primer término las indisponibles de la ley especial y de este Código. En caso de concurrencia de una norma de una ley especial y otra de este Código, el intérprete deberá resolver cuál aplicará teniendo en consideración las normas constitucionales, que se encuentran por encima de ambas;

b. en segundo término, una vez establecida la estructura normativa indisponible, el contenido del contrato puede completarse con lo que los contratantes acuerden sin afectar ese entramado insoslayable para ellos. Protegido el interés público vinculado con las normas mencionadas en el apartado anterior, puede desplegarse ampliamente la libertad contractual de la que gozan las partes.

Si una norma de autonomía se contrapone con lo estipulado en una norma indisponible, corresponde privar a aquella de efectos e integrar el contrato con lo dispuesto en esta, como lo estipula el art. 964, inc. a, CCyC;

c. la voluntad de las partes, en todo aquello que omitieran regular, se completa aplicando las normas supletorias contenidas en las leyes especiales vinculadas con la materia o actividad que haga al objeto del contrato. En este caso, no hay equiparación entre la ley especial y el Código, pues se da preeminencia a lo dispuesto en aquélla sobre lo regulado en este;

d. finalmente, en caso de no existir ley especial o de no encontrarse algún aspecto de la relación entre las partes regulado en ella, se aplican las normas supletorias de este Código.

Cobra relevancia en el análisis que hemos emprendido lo previsto por el art. 960 CCyC que regula las facultades de los jueces en relación al contenido de los contratos. Esta norma prevé: "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público".

Es decir, pese a que la autonomía de la voluntad es el principio rector que gobierna las relaciones contractuales, el legislador del nuevo código ha dispuesto la morigeración, en muchos casos, de dicho principio. Lo cual implica tanto la posibilidad de modificar los derechos y obligaciones resultantes del contrato, o directamente otorgando al juez o a pedido de una de las partes, el derecho de dejar sin efecto lo acordado.

Históricamente esto se reflejó en la consagración legislativa de figuras tales como la imprevisión, la lesión y el abuso de derecho; luego aparecieron las disposiciones específicas de los contratos de consumo, y en el nuevo Código, además de distinguirse claramente los contratos paritarios de aquellos en los que existe desigualdad entre las partes, se agregan instituciones como la "frustración del fin del contrato", como causal de extinción de las obligaciones, o la facultad judicial de integrar el contrato, incluso modificando cláusulas exorbitantes, la que visualiza la natural aplicación de la buena fe y de la equidad en la relación entre contratante. De tal manera, se resguarda la iniciativa individual, pero

⁷ Ídem nota anterior.

también se protege a los débiles⁸.

Esto nos permite afirmar que la autonomía privada, en este modelo legal, no constituye un principio absoluto. Así lo informa lo normado en cuanto a la buena fe (art. 9º), el ejercicio regular de los derechos (art. 10), las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público (arts. 12 y 959), las prohibiciones legales, la moral y el orden público (art. 958).

IV.-Concurrencia normativa. La Ley laboral.

Varios iuslaboralistas han expuesto su inquietud ante la sanción del nuevo ordenamiento legal, en especial por la utilización de institutos que integran el acervo laboral; tal lo que acontece con determinados contratos que han sido incorporados al Código (v. gr., de agencia, concesión, franquicia, entre otros) y que bajo determinadas modalidades podrían estar en la órbita de un trabajo dependiente, obrando, exponen, como una caja de Pandora y que, por ello, sus consecuencias podrían ser impredecibles en las decisiones judiciales a tomarse en el fuero laboral⁹; o la recurrencia a otros institutos acuñados por el Derecho del Trabajo, tal como sucede con las referencias a “remuneración”, que genéricamente en el Código CCyC, se aplica a la contraprestación en contratos no laborales, como a la función del tutor (art. 128); la retribución del mandatario (art. 1268); remuneración que se abona en los contratos bancarios (arts. 1392, 1410, 1418); la obligación del empresario en el contrato de agencia (art.1484); y otros que enuncia el autor Ricardo Seco¹⁰; o incluso, el preaviso (art.1492, en los contratos de agencia). A su vez, estudiosos de la materia laboral han manifestado sus resquemores con la técnica de redacción empleada en numerosas normas considerándolas como incursiones regresivas o disvaliosas en la disciplina jurídica laboral a través de figuras que se interrelacionan¹¹.

Encontramos también, otras posiciones doctrinarias que se inclinan por despejar tal preocupación sosteniendo que, frente al temor que engendra un supuesto avance del derecho privado general sobre los conflictos que atrapa el derecho social, el estudio de una serie de reglas de la citada teoría general y el reconocimiento de principios e institutos que continúan vigentes permiten llevar las cosas a su cauce, encontrando límites a la vocación de aplicabilidad de las normas civiles¹².

El Derecho del Trabajo como rama autónoma contiene principios propios. El más relevante y del cual se deriva toda su estructura es el principio protectorio en sus tres formas tradicionales (la regla *in dubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa). A él le sigue el de irrenunciabilidad, el de continuidad de la relación laboral, el de primacía de la realidad, el de razonabilidad, el de trato igual y no discriminación, el de buena fe. Corresponde adicionar que, con la incorporación de las normas de derechos humanos de rango constitucional puede, válidamente, incorporarse el principio de progresividad. Los principios son importantes para resolver los casos en los que existen “lagunas”, o vacíos normativos o ausencia de fuente formal dando un

8 PATRESI, Juan Carlos (h), Código Civil y Comercial de la Nación, Daniel Roque Vitolo (Director), Erreius, Buenos Aires, 2016, t.II, p.954.

9 MONTORO GIL, Gonzalo V., El Derecho del Trabajo a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, en eDial.com- DC1ED8, Publicado el 4/16/2015.

10 SECO, Ricardo Francisco, Algunas aproximaciones a las normas del Código Civil y Comercial y su relación con el Instituto de la Remuneración en el Derecho del Trabajo, en Revista de Derecho Laboral, N° 2016-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.363 y sgtes.

11 TOSELLI, Carlos Alberto, Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en Materia Contractual, en Revista de Derecho Laboral, N°2015-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.203 y sgtes.

12 FORMARO, Juan J., Incidencias del Código Civil y Comercial, Vol. N° 11, Alberto J. Bueros (director), Hammurabi, Buenos Aires, 1º edición, 2ª reimpresión, julio 2015, p.24 y sgte.

criterio autónomo a la “justicia social”. Por ello, antes de la aplicación de la regla de concurrencia del art. 963 del CCyC, debe aplicarse la regla del art. 9 del LCT¹³.

Se enfatiza que el art. 963, no sería aplicable en materia laboral, por la firme presencia del mandato constitucional -art. 14 bis- y del art. 17 bis de la LCT, que consagran las desigualdades legalmente protegidas. De allí que, cuando exista una norma laboral que concorra a resolver quedan desplazadas las normas generales del CCyC. A lo que cabe añadir que, la ley general posterior no deroga a la ley especial anterior si no media expresa abrogación o manifiesta repugnancia entre los preceptos¹⁴.

El reconocimiento de la constitucionalización del derecho privado mal podría conducir a la desprotección de los sujetos del derecho social, cuya tutela preferente impone la Constitución Nacional (art. 14 bis) y también emana de los tratados y convenios que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN).

V.-Contratos incorporados al CCyC. La actividad empresarial en la actualidad.

A partir del fenómeno de la globalización, el mundo de los contratos obtuvo profundos cambios ante la necesidad de adaptarse a la nueva realidad a través de diferentes figuras negociales, superando los moldes clásicos.

Uno de los problemas de toda empresa, en una economía de mercado, es la necesidad de llegar al público con sus productos o servicios a los consumidores como destinatarios finales; generalizándose, de esta manera, la aparición de grandes centros comerciales y otros modos de comercialización.

A veces, afirma el prestigioso docente cordobés Junyent Bas¹⁵, el productor puede llegar al público sin recurrir a una red integrada por terceros por medio de bocas de expendio directa, oficinas de venta, sucursales, stands, locales de venta en shopping centers, o mediante el llamado *factory*. Otras, resulta necesario formar una red de comercialización entre productores y distribuidores de naturaleza contractual en la cual se integran diversas alternativas de venta de productos.

Señala Junyent Bas, que la noción tradicional de comerciante individual ha sido sustituida por la noción de empresa; estas empresas o sociedades (si es que adoptan un determinado ropaje jurídico) contratan en forma masiva, para amplios mercados, con el objeto de satisfacer las mayores necesidades de la moderna sociedad de consumo. Lo que conlleva a que las empresas se agrupen entre sí. Esta agrupación de empresas independientes puede lograrse por métodos verticales u horizontales.

Los métodos verticales implican una suerte de “posición dominante” de una empresa sobre la otra. Esta posición puede lograrse ejerciendo control interno (por ejemplo, una sociedad tiene acciones de otra en número suficiente para asegurar la mayoría en la toma de decisiones); o ejerciendo un control externo, a través de vinculaciones inter empresariales que generalmente terminan por establecer dependencia económica. En estos casos, la dependencia puede manifestarse por restricciones contractuales impues-

13 DUARTE, David, Fuentes y Concurrencia Normativa. Relación Dialéctica del Código Civil y Comercial y el Derecho del Trabajo, en Revista de Derecho Laboral, N° 2016-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 35 y sgtes.

14 CSJN, 10/9/37, “Taccari, Alejandro c. F.C.O.”, LL, 7-1122, citado por el autor de la nota anterior.

15 JUNYENT BAS, Francisco, en elDial.com-DC2032, 2019.

tas por una sociedad a otra respecto de la distribución de ganancias, el otorgamiento de préstamos, de garantías comerciales, de asistencia técnica u otros servicios, etc.

Los contratos de agencia, concesión, distribución y *franchising* son fruto de estos nuevos fenómenos de comercialización, normalmente en situaciones de dominación. Tienen en común ser instrumentos aptos para permitir la fabricación, comercialización y distribución de los productos contando con la colaboración o cooperación de comerciantes independientes jurídicamente, que se vinculan al quehacer económico del productor o fabricante formando una red o cadena. Se constata así una concentración vertical que implica la prevalencia de una de las partes que impone las condiciones de comercialización a la otra a través de un contrato de adhesión (agencia, concesión y franquicia).

Los métodos *horizontales* comprenden los convenios que celebran las empresas con el propósito de coordinar sus actividades. Cada empresa mantiene su estructura jurídica propia, sin subordinarse a la otra. Así, la ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550, regula los contratos de colaboración empresarial: agrupaciones de colaboración (arts. 367 y sgtes) y las uniones transitorias de empresa (arts. 377 y sgtes). En el CCyC estas modalidades están reguladas como contratos asociativos: agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462) y uniones transitorias (arts. 1463 a 1469).

VI.-Los contratos asociativos en el CCyC. Su impacto en cuanto a la responsabilidad frente a terceros.

En general los contratos asociativos son contratos no formales -art.1015-, salvo las formas especiales dispuestas por el Código para algunos de ellos, que en principio están referidas a exigencias *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Para el supuesto específico de ciertos contratos asociativos como las agrupaciones de colaboración (art. 1453), las uniones transitorias (art.1463) y los consorcios de cooperación (art.1470), el legislador ha impuesto la forma escrita, mediante el otorgamiento de un instrumento público o privado con firmas certificadas notarialmente de la cual las partes no pueden apartarse. Lo que no ocurre con los negocios en participación (art. 1448), que tienen un régimen de libertad de las formas.

Sin entrar a todas las especificaciones de cada uno de estos contratos, lo que excedería la finalidad del presente trabajo; remarcaremos brevemente la modalidad de algunos de ellos. Así, los Negocios en Participación tienen por objeto la realización de una o más operaciones determinadas, a cumplirse mediante aportaciones y a nombre personal del gestor. Lo celebran el gestor -que adquiere responsabilidad ilimitada- y el/los partícipes, cuya responsabilidad se extiende sólo a sus aportes y que no actúa frente a los terceros. Estos adquieren derechos y obligaciones sólo frente al gestor.

Las Agrupaciones de Colaboración se constituye para facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. No persigue fines de lucro y las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. Puede celebrarse en instrumento público o privado y duran diez años, prorrogables. No obstante, no puede prorrogarse si existen embargos de los participantes. La denominación: lleva nombre de fantasía con el agregado de "agrupación". Se constituye un fondo operativo, con designación de un administrador. Los participantes responden

ilimitada y solidariamente frente a los terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. La acción queda expedita después de la interpelación infructuosa al administrador de la agrupación. El participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse.

La Unión Transitoria de empresas se verifica cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera del país. El contrato se otorga por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente. La denominación será de alguno o todos los miembros seguida de la expresión “unión transitoria de empresas”. Se inscribe el contrato y el representante en el Registro Público. Excepto disposición en contrario no se presume la solidaridad de los miembros.

Y, en el Consorcio de Cooperación, las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados. Se inscribe el contrato –instrumento público o privado con firmas certificadas– y la designación de sus representantes. El Consorcio no ejerce función de dirección ni control sobre la actividad de sus miembros. Lleva nombre de fantasía con la leyenda “Consorcio de Cooperación”. Se constituye un fondo común operativo. En el contrato debe establecerse la proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. En caso de silencio todos los miembros son solidariamente responsables.

VII.-Contratos o personas jurídicas.

Finalmente, debe quedar claro que a estos contratos no se le aplican las normas sobre sociedad; no son personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.

En lo que concierne al Derecho del Trabajo debe destacarse que constituyen contratos sin que den lugar a nuevas personas jurídicas sino que las partes contratantes mantienen su individualidad. Tampoco existe patrimonio separado de las partes. No constituyen por ende, centros de imputación jurídica diferenciada de quienes aparecen celebrando el contrato. La ausencia de personalidad jurídica determina que estas figuras jurídicas no puedan ser declaradas en concursos preventivos o quiebras; aunque se les otorga personalidad tributaria y se las obligan a su registración a los fines fiscales¹⁶. Esto, atento a que las leyes tributarias superan las nociones del derecho privado en cuanto a la designación de quienes pueden ser titulares pasivos de las relaciones jurídicas que regulan.

Ahora bien, el CCyC, no ha cerrado la puerta para fustigar el desvío ilegal de estos contratos, como lo patentiza al disponer, por ejemplo, en los contratos de fideicomiso que los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (art. 1520, inc.b). Y si bien es cierto que no encontramos en todos los contratos referenciados en el presente una norma específica como la del art. 1520, que alude al fraude laboral, no menos resulta cierto que, el art., 2º prevé que la ley debe ser interpretada...”de modo coherente con todo el ordenamiento”. Lo cual implica, sin hesitación alguna, que se engloba también las

16 CATALDO, María Fernanda y Kees, Milton Hernán, El fideicomiso frente a los créditos laborales. Análisis doctrinario y de la jurisprudencia de la provincia de Neuquén, elDial.com- DC2464, publicado el 11/29/2017, haciendo referencia a la R.G.AFIP 3538 del 12/11/2013 modificadora de la R.G. 3312, para los fideicomisos.

normas de la LCT, en especial la de los arts. 14, 44, y las que disponen la solidaridad entre subcontratos y/o delegaciones (art. 30), y la de empresas subordinadas o relacionadas (art. 31).

VIII.- Conclusión

Parafraseando a Montoro Gil, podemos coincidir que varios de los contratos legislados en el CCyC, podrían “abrir la puerta” a tercerizaciones con su secuela de super-explotación laboral y su utilización fraudulenta para ocultar relaciones laborales, permitiendo que las empresas reduzcan costos laborales induciendo a los trabajadores a firmar nuevos tipos contractuales que esconden su carácter de trabajadores dependientes¹⁷. Empero, pese al albur que indica el autor mencionado, debemos resaltar que los principios laborales y los mandatos constitucionales nacionales y supranacionales estarán vigentes para que nuestros jueces los apliquen volviendo las cosas a su justo punto. A la vez, frente a la duda deberán respetar, los efectores del derecho, la aplicación del principio de la norma más favorable para el trabajador (art. 9º LCT) y su preferente tutela. Así las cosas, entiendo que el trabajador encontrará protección y amparo suficiente a sus legítimos derechos.

¹⁷ Ídem nota N°9.

ALGUNOS INTERROGANTES SURGIDOS A RAÍZ DEL TELETRABAJO PRODUCTO DE LA PANDEMIA COVID-19

Juan Ignacio Caminos¹

Sumario: I. El coronavirus, protagonista del año. II. El teletrabajo durante la pandemia: ¿decisión, obligación o imposición? III. El teletrabajo bajo la óptica de la informalidad y el género: ¿La pandemia nos afecta por igual? IV. Apuntes para el futuro: ¿En qué contexto tecnológico enfrentamos el teletrabajo de la pandemia? VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

Resumen: Uno de los impactos de la pandemia COVID-19 ha sido la obligación súbita de adoptar la modalidad de teletrabajo a raíz de las medidas de confinamiento obligatorio decretadas. Esta metamorfosis de las modalidades de trabajo se ha presentado por demás rápida desde el plano jurídico y social. El objetivo del presente trabajo es analizar los efectos de la experiencia obligada de teletrabajo desde tres ejes: *ius variandi*, género e informalidad y brecha digital. .

Palabras clave: Teletrabajo. *Ius Variandi*. Informalidad. Igualdad, Brecha

I. -El Coronavirus, protagonista del año.

Poco puede agregarse a lo que ya mucho se ha hablado sobre los impactos del coronavirus en el mundo del trabajo. De todos los informes, artículos doctrinarios, y debates (virtuales), podemos afirmar que el año 2020 será recordado (entre otras cosas) por aquel sacudón inesperado que obligó a reinventar el trabajo y a improvisar su prestación de forma remota.

El teletrabajo, que previo a la pandemia era considerado como una modalidad sumamente atípica de trabajo, se convirtió *de la noche a la mañana* en una especie de *comodín* para que las empresas pudieran continuar con su actividad económica y productiva, mientras una voraz pandemia asechaba las calles de nuestro país y del mundo. En simultáneo, legisladores, sindicatos, empresarios, doctrinarios e investigadores retomaron algunas viejas discusiones sobre el teletrabajo, a los fines de otorgarle un marco normativo específico a esta modalidad de ejecución de tareas. *Todo, a causa del coronavirus.*

¹ Abogado (U.N.C.); colaborador en Proyecto de Investigación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología (U.N.C.); miembro de la Delegación Argentina de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (S.I.D.T.S.S.); miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (A.D.T.S.S.); miembro de la Comunidad CIELO Laboral. E-mail de contacto: juanignaciocaminos@gmail.com.

Durante el devenir del presente artículo, se expondrán algunos interrogantes desde distintas aristas del vivenciado teletrabajo atípico y obligatorio producto de la pandemia COVID-19 (ordenadas de forma aleatoria, sin ningún orden de prevalencia) cuya finalidad no es la de aseverar una postura, sino que por el contrario, encuentra una intención de disparar ideas que estimo no deberían de estar ausentes en la mesa de discusión sobre el futuro (o mejor dicho, presente) del trabajo. Como dice una conocida canción de nuestro rock nacional: “*El futuro llegó, hace rato...*”² (aunque nos negábamos a verlo).

II. El teletrabajo durante la pandemia: ¿decisión, obligación o imposición?

Pese a que nuestra provincia de Córdoba se encuentre en líneas generales transitando por la fase que importa una *flexibilización de la “cuarentena”* (que se encuentra supeditada a la habilitación de las actividades que el Centro de Operaciones de Emergencia disponga), el retorno a la modalidad laboral presencial absoluta es inviable en el futuro próximo. Por ello las empresas se encuentran en la obligación de implementar protocolos de trabajo que establezcan turnos rotativos de su personal para disminuir el riesgo de contagios del virus COVID-19.

En este contexto, el teletrabajo atípico y obligatorio, instaurado producto de la pandemia COVID-19, aún sigue siendo una modalidad en boga, y lejos de encontrarse superado por el transcurso del tiempo de confinamiento o distanciamiento, se ha perfilado para instalarse, *a priori*, durante lo que le reste a este año 2020.³ Ante su sorpresiva aparición e impuesta continuidad, la doctrina *iuslaboralista* encuentra posturas enfrentadas sobre la pertinencia (o no) de la imposición empresarial de forma obligatoria el teletrabajo durante la pandemia.

Arese⁴, entiende que a partir de un análisis literal de la letra de la *normativa de emergencia*⁵ que refieren a la instrumentación del teletrabajo en el marco de la crisis, surge un deber imperativo dirigido hacia los trabajadores, en aras de que estos pacten con su empleador las condiciones del *teletrabajo domiciliario*, en la medida de que las posibilidades así lo permitan.

Agrega además, que la obligación impuesta se erige bajo un apercibimiento de que su negativa o reticencia pueda llegar a ser considerada como una “mala fe” contractual. No obstante, en el análisis del tenor literal de las normas, el referido autor advierte que lo ordenado importa para la mayoría de los trabajadores “*un cambio sustancial en las condiciones de trabajo*”, que requerirá de un condicionamiento temporal, para ajustar todas aquellas rispideces que su aplicación importe.

Gnecco⁶ por su parte, funda su posición a partir del análisis de la resolución 202/2020 emitida por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la que le permite soste-

2 Canción “Todo un palo” de Patricio Rey y sus Redonditos de Ricota publicada en el álbum “Un baión para el ojo idiota” en el año 1987.

3 Para mayor abundamiento, puede consultarse la noticia del portal IPROUP, titulada: “Cuando tengas que volver, podrás no volver: qué empresas evalúan seguir con home office durante todo el 2020”. Disponible en: <https://www.iproup.com/innovacion/13692-empleo-home-office-que-empresas-haran-teletrabajo-todo-2020>.

4 ARESE, Cesar, “Cinco preguntas sobre el “jus variandi COVID-19” y la Res. METSS 279/2020”, Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento Digital n°3: “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Cita: RC D 1561/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020..

5 El autor en su artículo hace referencia a los decretos de necesidad y urgencia 297/2020 y 325/2020, las resoluciones 202, 207, 219 y 279 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación; la resolución 21 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y la decisión administrativa 390 de la Jefatura de Gabinete.

6 GNECCO, Lorenzo, “Suspensión y despido en la emergencia”, Revista de Derecho Laboral- Actualidad, Suplemento Digital n°4: “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Cita: RC D 1597/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

ner que los trabajadores dispensados de asistir a sus establecimientos laborales a raíz de la pandemia, debían pautar de buena fe con su empleador las condiciones de trabajo para continuar ejecutando sus tareas habituales u otras análogas desde su lugar de aislamiento, en la medida en que estas pudieran ser realizadas bajo esta modalidad. El autor plantea entonces, que se trata de una especie de “...*ius variandi por modificación temporal convenida del contenido contractual con fundamento en razones de bien común*”, que se extiende no solamente al lugar de trabajo, sino que también hacia las tareas desarrolladas por el trabajador (con la limitación de que éstas no pueden resultar irracionales, ni abusivas).

Duarte⁷, encauzándose bajo la preferente tutela que le corresponden a los trabajadores conforme los lineamientos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace un especial ahínco en la necesidad de *compensar adecuadamente* a los *teletrabajadores* que presten servicios desde su domicilio producto de la pandemia; resaltando que la modalidad impuesta acarrea serios trastornos psicosociales y demás consecuencias sensiblemente disvaliosas para los trabajadores. Culmina su posición arguyendo sobre la insuficiencia de la sola “buena fe” de las partes para enfrentar la experiencia del teletrabajo producto de la pandemia, visto que esto implica una “*exigencia muy tierna, aunque poco real, ya que en la relación de trabajo todo aquello que se deja librado a la parte individual del contrato se expresa en la práctica como pura unilateralidad patronal*”.

En cuanto a la buena fe en el contexto de la pandemia, Cuadrado⁸ entiende que nos encontramos frente a una crisis que ha puesto a prueba a las organizaciones de trabajo, por lo que trabajadores y empleadores vivencian un insuperable momento para aplicar dos principios generales del derecho: solidaridad y la buena fe. Para lograrlo, deberán de ajustar sus acciones y extremar sus esfuerzos de forma conjunta, bregando ambas partes por un objetivo en común: *la permanencia y la continuidad de las fuentes de trabajo*.

La normativa de emergencia emitida durante la pandemia no dio tiempo para lo importante y se dedicó a regular lo urgente: *contrarrestar los efectos perniciosos de un virus que avanzó (y continua avanzando) de forma atroz*.

Ante la imperiosa necesidad de resguardar la salud y seguridad de los habitantes de nuestro territorio, evitar la propagación del virus y conservar las fuentes de trabajo, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional durante el contexto pandémico han sido estructuradas bajo la histórica piedra angular de las relaciones jurídicas: *la buena fe*.

Enseña Capón Filas⁹, que siempre resulta esperable y exigible (tanto del empleador, como del trabajador), que sus conductas se erijan bajo los criterios de colaboración, solidaridad, y el *módulo estándar de la buena fe*, visto que su fin último es el de *hominizarse* a través de la relación de trabajo. Por lo tanto, la buena fe adquiere supina importancia, ya que a partir de ella se englobará un catálogo de deberes jurídicos laborales esperables de los contratantes, que los dotarán de confianza durante la prolongación de la relación que los une, y les permitirá a las partes lograr una *civilización solidaria*.

7 DUARTE, David. “El trabajo en el lugar de aislamiento por COVID-19, ¿es teletrabajo?”, Revista socio-laboral Catorce Bis, Edición N° 58. Primer semestre 2020, AADTySS-Córdoba.

8 CUADRADO, Aníbal, “Trabajo a distancia, remoto o a domicilio en el marco de la crisis sanitaria”, Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento Digital n° 2: “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Cita: RC D 1561/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

9 CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho del Trabajo, Editora Platense SRL., La Plata, 1998, p. 445.

En un similar sentido se pronuncia Vázquez Vialard¹⁰ al observar que la buena fe ostenta una posición fundamental visto lo definitorio del carácter *intuito personae* del contrato de trabajo. Va de suyo entonces, que el modo de actuar de las partes durante la relación de trabajo debe ajustarse – en la medida de su factibilidad – a la solidaridad y colaboración, obrando de forma leal y prudente, esperándose (como en una suerte de piso mínimo) que la dirección de los actos tienda en todo momento a evitar los daños inútiles e injustificados.

Otro sector de la doctrina¹¹ entiende que la buena fe tiene dos acepciones distintas: la *buena fe-creencia* (partiendo ésta de la propia subjetividad del accionante, quien entiende que su conducta no causa ningún perjuicio) y la *buena fe – lealtad* (la que analiza el comportamiento objetivo, y no la convicción personal del acto). De ahí, la conclusión aunada es que en el Derecho del Trabajo se le debe dar mayor prevalencia a la última acepción, ya que el eje del análisis versará sobre el comportamiento desplegado por la parte (es decir, que su conducta sea leal, diligente, honrada, etcétera) dentro de un marco normal y esperable. Lo que puede traducirse también en la obligación de las partes de evitar causar daños inútiles, abruptos e intempestivos con sus actos.

En *composé* con lo indicado *supra*, y a la luz de un análisis de las medidas adoptadas durante la emergencia, es criterio de quien suscribe (sin ánimos de restar validez a las demás opiniones confrontadas y fundadas que puedan surgir) que los trabajadores que prestan servicios para alguna de las empresas no habilitadas para continuar con sus actividades presenciales (o que habilitadas, deban de cumplir con los protocolos de sanidad que imponen la rotación del personal) se encuentran ante la obligación subrepticia de continuar ejecutando sus tareas habituales u otras estrictamente análogas desde su lugar de confinamiento, siempre que esto se encuentre dentro de la medida razonable de sus posibilidades.¹²

El fin último de la normativa dictada durante la emergencia (es decir, sostener las fuentes de trabajo y conservar al empleo), no podrá ser recabado de forma única y exclusiva por las acciones que deba de tomar la parte empleadora (aunque sea ésta quien indefectiblemente se encuentra en la obligación de asumir las mayores responsabilidades debido a su posición jurídica). Por consiguiente, resulta dable de esperar que todos aquellos trabajadores se encuentren posibilitados de ejecutar tareas de forma remota desde su lugar de aislamiento (a través del teletrabajo u otra modalidad distinta a la presentista), continúe con su actividad laboral conforme el principio de buena fe. No siendo de recibo aquellas negativas fundadas en la simple negativa de no continuar prestando tareas por ser esta distinta a la modalidad bajo la cual ha sido contratado, encuadrando esta actitud dentro de los daños perjudiciales evitables que se esperan de las partes de la relación laboral.

Completamente distintos serán aquellos casos en los que deba de sustanciarse un cambio estructural en la naturaleza de las tareas del trabajador, o en los que éste no cuente con las herramientas necesarias y/o los conocimientos mínimos indispensables para

10 VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Tomo 1, 7ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p.131.

11 RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, Derecho del Trabajo, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, págs. 55 y 56.

12 Como se detallará más adelante, es un hecho real que no todos los trabajadores disponen de los medios necesarios para teletrabajar (a nivel tecnológico y ergonómico), ni de conexión fija a internet desde su lugar de aislamiento, ni de competencias digitales, o en otros supuestos, debido a la naturaleza de su actividad, es netamente imposible de que sea teletrabajable.

ejecutar sus tareas de forma remota. En supuestos como los anteriores, no resultaría de recibo ninguna consecuencia disvaliosa que se pretenda endilgar al trabajador producto de sus impedimentos para adoptar la modalidad del teletrabajo durante la emergencia. No obstante, si de la propia voluntad del trabajador surge la aceptación de un significativo cambio en el tipo de tareas que realiza (por ejemplo, para evitar ser suspendido en los términos del artículo 223 bis de la LCT), esta *novación* del contrato deberá limitarse exclusivamente al tiempo de duración de la contingencia que impide al trabajador ejecutar su actividad de forma presencial.

Sin perjuicio de lo expuesto, comparto lo sostenido por Duarte¹³ en cuanto a que debe de existir una compensación de tipo económico a cargo del empleador por las tareas del teletrabajo realizado durante la pandemia. Si bien se reconoce como una de las ventajas del teletrabajo el ahorro de los costes de las empresas, ello no debe implicar un traslado de costes, por lo que no deberá ser el trabajador quien deba costear con su propio patrimonio todos los gastos necesarios para continuar ejecutando sus tareas de forma remota.

Nos encontramos transitando uno de los procesos transformacionales más rotundos de la historia del trabajo¹⁴ caracterizado por una improvisación masiva de teletrabajadores, quienes se han visto obligados a destinar un rincón de su lugar de aislamiento para ejecutar sus débitos laborales, poniendo a disposición de sus empleadores las conexiones de energía y de Internet, además sus herramientas de uso personal (como ser computadoras, teléfonos móviles, tablets, etcétera). Va de suyo entonces, que resulta esperable de un *buen empleador* la concesión de una compensación de tipo económico en favor sus subordinados (que hayan adoptado alguna de estas conductas). En definitiva, la buena fe ha sido la piedra angular de la normativa de emergencia, de ahí que las relaciones de trabajo que no se estructuren sobre ella, correrán un serio peligro de desmantelarse.

III. El teletrabajo bajo la óptica de la informalidad y el género: ¿la pandemia nos afecta por igual?

Desde que el COVID-19 ha sido declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, se ha repetido en los medios de comunicación que *“nos encontramos ante un virus que afecta a todas las personas por igual, y que al momento de infectar no distingue entre raza, género, situación económica”*. Pese a que ser veraz la universalidad en relación a las posibilidades de contagio, esto no importa la existencia un grado equiparado de exposición universal, sino que por el contrario ciertos colectivos de personas se encuentran en una sensible situación de inferioridad para enfrentar la pandemia. Estas desemejanzas se manifiestan de forma clara en el mercado laboral, en especial en torno a la realidad por la que transitan los trabajadores informales y las mujeres, sea porque cuentan con reducidas posibilidades de ejecutar sus tareas de forma remota o por las estremecedoras condiciones bajo las cuales teletrabajan.

Según indican las proyecciones realizadas en una nota técnica de OIT Argentina¹⁵, se augura que como consecuencia de la pandemia en nuestro país podrían perderse entre 180.000 y 340.000 puestos de trabajo. Siendo que nuestro sistema laboral está diseñado

¹³ DUARTE, ob. cit.

¹⁴ En igual sentido, CRUZ VILLALON, Jesús, Del coronavirus al contagio del teletrabajo. Efectos laborales de la declaración del estado de alarma (blog del autor). Entrada del día 20 de marzo de 2020.

¹⁵ OIT - Nota técnica. El COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: impacto y respuestas de política, abril 2020.

para proteger fundamentalmente a los trabajadores asalariados formales (y no al trabajo en todas sus formas, como brega la Constitución Nacional), quienes se encuentren laborando en los sectores informales no cuentan actualmente con la tutela efectiva prevista por el régimen tuitivo, ni por la normativa de emergencia. La situación de vulnerabilidad por la que actualmente transitan los trabajadores informales se acrecienta aún más atento a la imposibilidad de acogerse a la modalidad excepcional del teletrabajo, sea porque la naturaleza de su actividad es de carácter netamente presentista o porque su empleador ha decidido no continuar otorgándole tareas, lo que incrementa abruptamente sus posibilidades de perder sus puestos de trabajo (si es que aún no los han perdido).

El teletrabajo, según los indicadores prepandémicos, ha sido una modalidad habitualmente reservada por las empresas a quienes ocuparan altos cargos gerenciales, por lo que las demás categorías inferiores debían ejecutar sus tareas de forma presencial. Conforme lo indicado por Boiarov¹⁶, en el año 2019 el teletrabajo (activo) en Argentina se distribuía principalmente en los sectores de administración, sistemas, y ventas, siendo una modalidad empleada tan solo por el 1.6% de los trabajadores en relación de dependencia. Dictado el aislamiento social preventivo y obligatorio producto de la pandemia, según OIT el teletrabajo ha sido la medida preferencial para continuar con la actividad laboral, siendo aplicada por el 55% de las pymes que operan en el sector de servicios, y por el 46% de los profesionales independientes. A contraluz, el teletrabajo durante la pandemia solo ha podido ser utilizado por el 24% de las firmas en la industria y el 23% en el comercio¹⁷, sectores estos en los que predominantemente se encuentran los trabajadores informales de nuestro país¹⁸.

De los datos arrojados por los informes referidos anteriormente, surge la sensible situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores informales durante la pandemia COVID-19. Éstos además de prestar sus tareas habituales fuera de la tutela efectiva del manto protectorio del Derecho del Trabajo, se encuentran imposibilitados – en su gran mayoría – de teletrabajar durante la pandemia, aumentando abruptamente las posibilidades de perder sus puestos de trabajo (si es que aún no lo han perdido). A fin de cuentas, concuerdo con Elías, en cuanto a que: *“el virus mata a las personas vulnerables, la crisis económica provocada por la cuarentena mata a los empleos precarios. Y contra eso, por ahora, no hay tratamiento eficaz”*.¹⁹

Por otro lado, la obligada huida hacia el teletrabajo durante la pandemia, también encuentra en una especial situación de desprotección a las mujeres, cuya realidad es doblemente afectada, visto que el sector informal encuentra una mayor participación de las mujeres (por lo que hago extensivos los comentarios expuestos anteriormente), y que además quienes *privilegiadamente* se encuentran teletrabajando durante la pandemia, deben de realizar serios esfuerzos para intentar compatibilizar las tareas domésticas con las laborales.²⁰

16 BOIAROV, Sonia, Telework and its effects in Argentina. Telework in the 21st Century An Evolutionary Perspective. The ILO Future of Work series. Edited by Jon C. Messenger, 2019. p.179, ISBN: 9781789903744.

17 OIT – Nota técnica, ob.cit.

18 Para mayor abundamiento, puede consultarse la nota del portal LA NACIÓN, titulada “Los sectores con más informalidad laboral”, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/economia/empleos/los-sectores-con-mas-informalidad-laboral-nid2129862>.

19 ELÍAS, Jorge, “La pandemia social, y sus consecuencias”, Revista de Derecho Laboral- Actualidad, Suplemento Digital n° 3: “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Cita: RC D 1628/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

20 En igual sentido, FRANCONI, Andrea Isabel, “El futuro del trabajo: inclusión e igualdad de género”, publicado en Nuevas Tecnologías – Presente y Futuro del Derecho del Trabajo, ARESE, César(director), CHÉRCOLES, Ricardo León- FERRARIO, María de los Ángeles(coordinadores), Editorial Rubinzal Culzoni, agosto, 2019, ISBN: 978-987-30-1399-7.

Pese a que los niveles de participación de las mujeres en el mercado de trabajo se encuentran en suba desde los últimos años, las brechas de género a la actualidad siguen siendo sumamente preocupantes.

Según lo expuesto por Lobato²¹, el porcentaje de desocupación femenina según los indicadores del tercer trimestre del 2019 asciende al 10,8% (contra un 8,9% de los hombres), siendo su precarización laboral de un 36% (contra un 34,2% de hombres). Por lo tanto, la situación *prepandémica* indicaba que la fuerza de trabajo de las mujeres era delicada, y a raíz de la pandemia COVID-19 se ha visto aún más comprometida, particularmente por sus serios inconvenientes para poder teletrabajar, por los problemas para conciliar la vida personal y familiar en razón de su trabajo de hogar no remunerado y por el exponencial aumento de la violencia doméstica durante el período de confinamiento obligatorio.

Según un reciente informe de CIPECC, el total potencial de trabajadores que podrían trasladar sus tareas habituales al mundo digital encuentra grandes diferencias según cual sea su carácter, jerarquía, tecnología y calificación. En materia de género la brecha que separa el potencial de teletrabajo entre hombres y mujeres asciende aproximadamente al 10% (en favor de los hombres), lo que encuentra razón de ser – entre otras causas - en el conocido “*techo de cristal*” que impide la ocupación de las mujeres a los altos roles directivos de las empresas cuyos cargos son altamente teletrabajables.²² Aunque el gran porcentaje de las mujeres se desempeñen en el *sector de servicios*²³ (el que se estima teletrabajable en una mayor medida que el resto de los sectores), la naturaleza propia de las tareas realizadas por las mujeres impide la posibilidad de que sean ejecutadas a distancia, ya que las mismas son imposibles de teletrabajar dada su necesidad de ser prestadas presencialmente (siendo un claro ejemplo la situación por la que transitan actualmente las trabajadoras de casas particulares).

Otra de las aristas que expone la vulnerabilidad de las mujeres durante la experiencia generalizada de teletrabajo obligatorio está determinado por su obligación de cubrir con dos trabajos en el hogar durante el confinamiento: los remunerados y los no remunerados. De ahí, que las horas laborales de las mujeres durante la pandemia del COVID-19 se han visto incrementadas en demasía debido al cierre temporal de las escuelas y de otros centros, que han obligado – indirectamente – a que las mujeres asuman dentro de los hogares, el rol de atender a las necesidades de sus hijos y/o de los adultos mayores.²⁴

Su situación se torna ríspida además a tenor de lo dispuesto por la resolución 207/2020 del MTESS, que considera *justificada* la inasistencia de (solo) uno de los progenitores, o adulto responsable a cargo, que deba asumir el cuidado de un niño, niña o adolescente a raíz del cierre de las escuelas. Sin perjuicio del silencio y la confusión generada a raíz de la referida normativa según la obligación de *remunerar o no estas ausencias*²⁵, según los

21 LOBATO, Julieta, “Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales”. Revista de Derecho Laboral, Cita: RC D 2355/2020, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2020.

22 ALBRIEU, Ramiro, Evaluando las oportunidades y los límites del teletrabajo en Argentina en tiempos del COVID-19, CIPECC, abril, 2020.

23 n palabras de FRANCONI: “...casi el 44,4% de las mujeres se desempeñan en el sector “Servicios”, dentro del cual está incluido el servicio doméstico, actividad que ocupa el 98,7,6% de la esa mano de obra femenina en su gran mayoría sin formalizarse y Enseñanza, con el 73,6%. Continuando con el sector “Servicios”, le sigue en importancia la ocupación en la rama de “Comercio y Transporte”, que demanda el 35,3% de la fuerza de trabajo femenina...”. FRANCONI, ob. cit.

24 OIT – Nota técnica, ob. cit.

25 Actualmente las posiciones doctrinales se bifurcan en dos: 1) que si deben ser remuneradas, entendiéndose que el espíritu de la legislación de emergencia es garantizar la intangibilidad de las remuneraciones de los trabajadores mientras dure la pandemia, además de que la lectura de la manda legal debe

datos aportados por Lobato, en el 85,6% de los hogares de nuestro país son las mujeres las únicas responsables de los cuidados del hogar.²⁶ Por lo que esta medida las reduce a escasas opciones: atender de forma exclusiva (sin más alternativas) a sus tareas de cuidado no remuneradas y exponerse a la posibilidad de no disponer de su salario; o (¿en el mejor de los casos?), responder a dos trabajos de forma paralela y en simultaneo, pero únicamente recibiendo remuneración por uno de ellos.

Por último, resulta estremecedor el exponencial incremento de la violencia de género durante el confinamiento obligatorio, que implica un insoslayable impedimento para que las mujeres puedan continuar con normalidad la ejecución de sus débitos laborales a través de la modalidad del teletrabajo. Según los datos arrojados por el Gobierno de la Provincia de Córdoba, durante el aislamiento han aumentado más de cuatro veces las llamadas telefónicas para responder consultas y demandas, y concretar denuncias de violencia familiar y/o de género, y abuso sexual. Asimismo, en nuestra Provincia se ha incrementado vertiginosamente la violencia dentro de los hogares, recepiéndose por vía telefónica aproximadamente unas 2.800 denuncias, mientras que 2.346 denuncias fueron recibidas en la Unidad Judicial del Polo de la Mujer, de las que 1.946 fueron incoadas por violencia familiar.²⁷

A raíz de todas las consideraciones vertidas resulta completamente falso y desajustado afirmar que la pandemia del COVID-19 ha afectado a todos los sectores por igual, ya que, en materia de posibilidades y condiciones de ejecutar el teletrabajo, los trabajadores informales y las trabajadoras mujeres se encuentran en una manifiesta situación de desventaja para poder continuar con su actividad de forma remota a través de esta modalidad. A fin de cuentas, podríamos arribar a la conclusión de que el teletrabajo durante la pandemia, pese a ser obligatorio a tenor de la literalidad de la normativa de emergencia, *se ha configurado en la práctica como un verdadero privilegio gozado por unos pocos trabajadores, y como un calvario para muchas trabajadoras.*

IV. Apuntes para el futuro: ¿En qué contexto tecnológico enfrentamos el teletrabajo de la pandemia?

La digitalización siempre ha sido una *asignatura pendiente* para nuestro país y, en miras de fomentar su promoción, se erigió uno de los pilares de acción de la Coordinación de Teletrabajo, creada por el MTESS a través de la res. 147/2012. Dentro del catálogo de acciones que la Coordinación tenía a su cargo, tres de ellas ostentaban como principales objetivos los de reducir la brecha en materia tecnológica y fomentar la formación profesional en materia digital para permitir el acceso laboral y/o la readecuación profesional de los trabajadores.²⁸ Pese a todos los esfuerzos por implementar esta modalidad de

realizarse conforme el principio in dubio pro operario; 2) que entiende que no deben ser remuneradas partiendo de un análisis literario, debido a que la referida resolución le confiere un trato diferenciado por denominarlas "faltas justificadas", a diferencia de las demás licencias otorgadas durante la emergencia en la que expresamente se dispone la obligación de remunerarlas..

26 LOBATO, ob. cit..

27 Datos extraídos de la página web oficial de prensa del Gobierno de la Provincia de Córdoba disponibles en: <https://prensa.cba.gov.ar/informacion-general/violencia-de-genero-en-pandemia-una-situacion-critica/?fbclid=IwAR3JucfTlh2oS8m8SC1bbZNIEEpp7K3crtvJTQMnjJtShBSC7ZMA5FA8e40>.

28 A modo ampliatorio destaco algunas de las acciones tendientes a lograr dichos fines: "... Asesorar permanentemente en materia de formación profesional respecto de las demandas de los sectores que requieran mejorar las competencias en TICs de los ocupados y desocupados, a fin de su incorporación a nuevas modalidades de empleo, entre ellas el teletrabajo; Llevar adelante la ejecución del Programa de Certificación de Competencia en Teletrabajo, en forma conjunta con la Dirección Nacional de Orientación y Formación Profesional, posibilitando la acreditación de los saberes y la experiencia adquirida informalmente por el reconocimiento de las calificaciones dentro de estándares de calidad; Coordinar acciones conjuntas con los MINISTERIOS DE CIENCIA Y TECNOLOGIA Y DE EDUCACION en proyectos que favorezcan la reducción de la brecha tecnológica a nivel nacional y en el diseño de herramientas de capacitación y formación en teletrabajo para docentes, profesores y alumnos de nivel Medio, Terciario y Universitario incorporando el teletrabajo como herramienta de inclusión social en todos los ámbitos alcanzados o alcanzables por esta modalidad...".

trabajo, el teletrabajo (previo al acaecimiento de la pandemia) ha sido de muy escasa difusión en la fuerza laboral nacional, limitándose a un alcance aproximado de solamente dos millones de trabajadores.²⁹

Empero, como he referido en los puntos precedentes, la pandemia del COVID-19 se ha destacado por imponer la *obligación indirecta* de teletrabajar, que conllevó a raudamente improvisar millones de teletrabajadores, constriñendo a las empresas a reorganizar sus procesos productivos sin una planificación previa. Aunque el teletrabajo motivado por la emergencia sanitaria no ha sido estrictamente teletrabajo, la experiencia vivenciada encuentra su lado positivo en cuanto nos ha permitido dar un *aventón* en materia digital y ha colocado en el eje de las discusiones sociales a las modalidades vanguardistas de trabajo facilitadas por la tecnología. No obstante, el lado más oscuro de esta experiencia ha sido la notoriedad de las brechas en materia digital de nuestro país, que han impedido a grandes grupos de trabajadores continuar prestando sus tareas de forma remota, ya sea por falta de conexión a Internet, por falta de herramientas tecnológicas, o por falta competencias digitales para adaptarse a este *cambio impuesto*.³⁰

Una de las consecuencias (indirectas) de la pandemia, fue dejar de manifiesto la brecha digital que divide a nuestro país. Debemos de comprender, que estamos ante un fenómeno de tipología transversal, que nos afecta económica y socialmente, y que es al presente, lo que el analfabetismo era al pasado.³¹ Pese a ser conocidas nuestras carencias en materia de conectividad y la falta de competencias digitales de nuestra población, nos convertimos en especialistas en la postergación de su tratamiento. Y del mismo modo en que lo urgente no ha dejado tiempo para lo importante, la pandemia ha dejado a la luz la situación de sensible inferioridad en la que se encuentran millones de nuestros habitantes: sean trabajadores que no pudieron continuar ejecutando sus tareas de forma remota, o jóvenes que actualmente se encuentran esperando por el retorno de la educación presencial, ya que se encuentran involuntariamente imposibilitados de tomar sus clases *online*.

Aun cuando en el año 2011 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas declaró que el acceso a Internet es un derecho humano fundamental por ser una herramienta necesaria para el progreso de la sociedad, la realidad en nuestro país es otra completamente distinta. En la América Latina y el Caribe, solamente un 67% de la población es usuaria de Internet, existiendo diferencias significativas tanto entre países como dentro de ellos, que obedecen principalmente a diferencias socioeconómicas y ubicaciones geográficas.³² En Argentina, según los datos arrojados del reporte realizado por la Cámara Argentina de Internet tan sólo el 56,1% de los hogares tiene acceso a una conexión de Internet fija.³³ Asimismo, según los indicadores del reporte digital global *"We Are Social"*, quienes en nuestro país se encuentran posibilitados de ingresar a Internet, permanecen conectados aproximadamente un promedio de 4:44 horas diarias (a través de una conexión fija) y 3:30 horas diarias (mediante una conexión a Internet móvil), na-

29 BOIAROV, ob. cit.

30 En igual sentido, RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, "El trabajo durante la crisis sanitaria de la COVID19 desde la perspectiva de género", publicado en Noticias CIELO, mayo, 2020. Disponible en: www.cielolaboral.com.

31 VALERA FERRIO, José, La brecha digital en España. UGT Comunicaciones, 2015, p. 9.

32 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)". Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, N° 22 (LC/TS.2020/46), Santiago, 2020.

33 CABASE, Estado de Internet en Argentina y la Región. Segundo semestre 2019.

vegando durante la gran mayoría de este tiempo en redes sociales y en páginas web de ventas online.³⁴

Estos indicios dan pauta de la abismal brecha digital que se encuentra zanjada en Argentina, la que genera una especie de *doble barrera* para el acceso al teletrabajo: la primera conformada por la falta de conexión y/o de insumos tecnológicos; mientras que la segunda está delimitada por la carencia de habilidades digitales que permiten ejecutar tareas a través del adecuado uso de las TICs. Resulta de supina importancia entonces, generar una conciencia sistémica y transversal de que el mundo que acostumbrábamos a concebir ha cambiado, debiéndonos de ajustar a las nuevas realidades para no encontrarnos excluidos de las oportunidades laborales que nos deparará el incierto futuro del trabajo, cuya única certeza (hasta el momento) es que se encontrará afectado por los avances de la tecnología³⁵.

Va de suyo entonces, que la formación profesional en materia tecnológica debe tener un tratamiento preferente durante el futuro *pospandémico*, ya que será uno de los instrumentos idóneos que posibilitará el aumento de los porcentajes de ocupación y la co-laborará en conservación de los puestos de trabajo que se encuentren atravesados por el cambio tecnológico. Para recabar dicho fin y virar hacia un futuro humano de calidad, requeriremos de un constante diálogo social, como de la promoción de políticas públicas y privadas que fomenten a la capacitación digital de nuestros trabajadores, y la alfabetización digital de los jóvenes estudiantes (a quienes actualmente se los forma para insertarse a un mercado laboral que ya no existe).

En otro orden de ideas, debe destacarse también que según surge un informe de CEPAL y OIT, en una encuesta realizada a 250 grandes empresas de nuestro país, el 93% había decidido adoptar el teletrabajo como respuesta de la pandemia³⁶. No obstante, esta realidad no se replica de igual manera en las pymes de nuestro país, que atraviesan otra realidad debido a su escasa inversión en materia digital. Según los datos arrojados en un informe de Accenture, *solamente dos de cada diez empresas están invirtiendo (o han invertido en los últimos años) en tecnologías digitales como parte integral de su estrategia de negocio*, demostrando estos indicadores una clara carencia de cultura digital por parte de nuestro sector empresarial, el que se ha visto obligado a improvisar un teletrabajo durante la pandemia sin una estructura sistémica en materia digital, por lo que en muchos casos ha sido imposible de implementar la continuidad de la actividad empresarial de forma remota.³⁷ Va de suyo entonces, que los planes estratégicos, programas y políticas que se diseñen en vías de facilitar la promoción del uso de las tecnologías, deberán a futuro ser un pilar para nuestro cambio de cultura, y apuntar no tan solo a los trabajadores y estudiantes, sino también a nuestras empresas nacionales.

Pese a lo indicado precedentemente, no puede dejarse de mencionar que además de la brecha digital, en nuestro país existe una abismal brecha social, delimitada por un 35% de personas que actualmente viven debajo de la pobreza, situación que se ve sensiblemente incrementada en el rango etario de los menores de 14 años, donde uno de cada

34 ACCENTURE. El avance de la economía digital en Argentina. Optimizando las capacidades digitales para multiplicar el crecimiento..

35 En un similar sentido, SAAD, Carla, "Reconocimiento del "derecho a la capacitación continua" un reaseguro para el teletrabajo", s/d..

36 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), ob. cit.

37 ACCENTURE, ob. cit.

dos de estos niños, es pobre según los datos del INDEC.³⁸ La tan necesaria transformación digital de nuestro país sólo podrá ser factible luego de dar una solución concreta a nuestras distancias sociales. Son estas mismas brechas las que hoy enfrentan las realidades de trabajadores *privilegiados* que realizan el teletrabajo y de trabajadores despedidos, desocupados o imposibilitados de continuar con la ejecución de sus tareas; y que también distingue claramente a un grupo de estudiantes a los que les dictan clases vía *Zoom* y juegan a la *Play Station* en los recreos, de otros que se encuentran reclusos en sus hogares e imposibilitados de continuar recibiendo educación hasta que no retornen sus clases presenciales.

El teletrabajo durante el confinamiento y la implementación forzada de la tecnología, han sido experiencias útiles para la toma de conciencia sobre nuestras estrepitosas brechas sociales y digitales de nuestro país. A fin de cuentas, el futuro de la *pospandemia* dependerá en gran medida de las políticas que adoptemos conforme las experiencias vivenciadas.

"Nada cambia, si nada cambias"
Autor desconocido.

V. Conclusión.

Como reza la canción popular citada al comienzo del presente trabajo, el futuro llegó hace rato y de una forma en la que no lo esperábamos: con una modalidad de trabajo tecnológico temporalmente impuesta, con indicadores alarmantes en materia de género, con incrementos en los porcentajes de los sectores informales y con brechas estrepitosas a nivel social y tecnológico.

Todas las carencias y experiencias que han sido generadas (o expuestas) por la pandemia del COVID-19 deberán de ser el puntapié para direccionar el rumbo del sendero argentino durante la *pospandemia*, persiguiendo como fin un trabajo inclusivo y de calidad, que promueva la formación profesional digital para generar oportunidades laborales equitativas.

Quizás esto nos permita acercarnos a la tan añorada - y actualmente tan lejana - justicia social, por la que tanto brega el Derecho del Trabajo en su *razón de ser*.

38 Puede consultarse la nota del portal INFOBAE, titulada: "La pobreza aumentó al 35,5% en 2019, afecta a 16,1 millones de argentinos y se prevé un mayor impacto por la inflación y la pandemia". Disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2020/04/01/la-pobreza-aumento-al-355-por-ciento-en-2019-afecta-a-161-millones-de-personas-en-todo-el-pais-y-se-preve-un-mayor-impacto-por-la-inflacion-y-la-pandemia/>.

Referencias Bibliográficas

- ACCENTURE. "El avance de la economía digital en Argentina. Optimizando las capacidades digitales para multiplicar el crecimiento".
- ALBRIEU, Ramiro, "Evaluando las oportunidades y los límites del teletrabajo en Argentina en tiempos del COVID-19", CIPECC, Abril, 2020.
- ARESE, César. "Cinco preguntas sobre el "jus variandi COVID-19" y la Res. METSS 279/2020", Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento digital n° 3: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Cita: RC D 1561/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.
- BOIAROV, Sonia, "Telework and its effects in Argentina. Telework in the 21st Century An Evolutionary Perspective", The ILO Future of Work series, Edited by Jon C. Messenger, 2019, ISBN: 9781789903744.
- CABASE, "Estado de Internet en Argentina y la Región. Segundo semestre 2019", disponible en: <https://www.cabase.org.ar/wp-content/uploads/2019/12/CABASE-Internet-Index-II-Semestre-2019.pdf>.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho del Trabajo, Editora Platense SRL, La Plata, 1998, I.S.B.N.: 950-536-105-X.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID- 19)". Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, N° 22 (LC/TS.2020/46). Santiago, 2020.
- CUADRADO, Aníbal. "Trabajo a distancia, remoto o a domicilio en el marco de la crisis sanitaria", Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento digital n°. 2: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Cita: RC D 1561/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2020.
- CRUZ VILLALON, Jesús, "Efectos laborales de la declaración del estado de alarma", publicado en Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad (blog del autor), 15 de marzo de 2020.
- DUARTE, David. "El trabajo en el lugar de aislamiento por COVID-19, ¿es teletrabajo?" en la revista socio-laboral Catorce Bis, edición N°58, Primer semestre 2020, AATySS-Córdoba.
- ELIAS, Jorge, "La pandemia social, y sus consecuencias", Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento digital n°. 3: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Cita: RC D 1628/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.
- FRANCONI, Andrea Isabel, "El futuro del trabajo: inclusión e igualdad de género". Publicado en Nuevas Tecnologías – Presente y Futuro del Derecho del Trabajo ARESE, César (director), CHÉRCOLES, Ricardo León- FERRARIO, María de los Ángeles (coordinadores), Editorial Rubinzal Culzoni, agosto, 2019, ISBN: 978-987-30-1399-7.
- GNECCO, Lorenzo, "Suspensión y despido en la emergencia", Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento digital n°. 4: El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Cita: RC D 1597/2020, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.
- LOBATO, Julieta. "Impactos de género de la COVID-19 en las relaciones laborales", Revista de Derecho Laboral, Cita: RC D 2355/2020, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2020.
- OIT - Nota técnica. "El COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: impacto y respuestas de política", abril 2020.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, María Luz, "El trabajo durante la crisis sanitaria de la COVID19 desde la perspectiva de género", publicado en Noticias CIELO, mayo, 2020. Disponible en: www.cielolaboral.com.
- RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, Derecho del Trabajo, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010. ISBN: 978-950-508-910-9.
- SAAD, Carla. "Reconocimiento del "derecho a la capacitación continua" un reaseguro para el teletrabajo". Sin datos sobre su publicación. Se aclara que dicho artículo facilitado por la autora.
- VALERA FERRIO, José. "La Brecha Digital en España". UGT Comunicaciones. 2015. Disponible en: http://portal.ugt.org/Brecha_Digital/BRECHADIGITAL_WEB.pdf
- VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Tomo 1, 7ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, ISBN: 950-508-109-X.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PROFUNDIZA RESTRICCIONES A LA LIBERTAD SINDICAL EN TIEMPOS DE EMERGENCIA OCUPACIONAL

Franco Giavedoni¹

Sumario: I.- El precedente “Laurenzo, Juan Manuel C/ Unión Platense S.R.L. s/ amparo sindical”. La plataforma fáctica y la resolución de la CSJN. II.- La normativa de crisis vinculada a proteger el empleo. Precedentes jurisprudenciales de relevancia. III.- Restricciones a la reinstalación sindical. El criterio de oportunidad en el precedente de la CSJN “Laurenzo”. IV.- Reflexión final. Necesidad de realizar un análisis ab initio de la causal extintiva.

Resumen: I.- El precedente “Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L. s/ amparo sindical”. La plataforma fáctica y la resolución de la CSJN. II.- La normativa de crisis vinculada a proteger el empleo. Precedentes jurisprudenciales de relevancia III.- Restricciones a la reinstalación sindical. El criterio de oportunidad en el precedente de la CSJN “Laurenzo”. IV.- Reflexión final. Necesidad de realizar un análisis ab initio de la causal extintiva.

Palabras clave: Emergencia. Despidos. Reinstalación. Restricciones. Oportunidad

I.- EL PRECEDENTE “LAURENZO, JUAN MANUEL C/ UNIÓN PLATENSE S.R.L. S/ AMPARO SINDICAL”. LA PLATAFORMA FÁCTICA Y LA RESOLUCIÓN DE LA CSJN

El presente análisis se centra en el precedente de la CSJN: “Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L. s/ amparo sindical” dictado el pasado 4 de junio de 2020.

En el precedente citado, el actor Sr. Juan Manuel Laurenzo se desempeñaba como chofer de la empresa Unión Platense S.R.L. siendo despedido con invocación de causa en los términos del art.242, LCT.

En función de ello, el actor inició acción de amparo sindical persiguiendo que se declara-

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, distinguido con el Diploma al Mérito por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Especialista en Derecho Laboral (convenio UNC-UCC-UNL), asesor sindical. Dirección de E-mail: giavedoni_f@hotmail.com.

se nulo el despido, se dispusiera su reincorporación y se le abonasen los salarios caídos. Sostuvo que revestía la condición de miembro de la comisión organizativa de la seccional La Plata de la Unión de Conductores de la República Argentina (U.C.R.A.) y que la rescisión era nula por discriminatoria en tanto fue despedido por razones gremiales.

Para fundar su pretensión el actor sostuvo que al ser designado miembro de la comisión organizativa de la seccional La Plata de la U.C.R.A., suscribió con otras cinco personas un acta que derivó en que por lo menos cuatro de los firmantes han sido objeto de despidos a la postre judicializados como discriminatorios.

Como medida cautelar solicitó que se deje sin efecto el despido y que se ordene la reinstalación.

El Tribunal del Trabajo N°2 de La Plata admitió la medida cautelar solicitada y ordenó reinstalar al trabajador hasta el dictado de sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión.

Contra dicha decisión la demandada dedujo recurso de reposición y, subsidiariamente, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de la ley.

El primer recurso fue rechazado y la concesión de los recursos restantes fue denegada. La empresa se presentó en queja ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y dicha presentación también fue desestimada. Para así resolver, el tribunal cívico provincial sostuvo que, según doctrina de esa Suprema Corte, *"las decisiones relativas a las medidas cautelares no revisten carácter de definitivo en los términos del art. 278 del -1- Código Procesal Civil y Comercial"*.

Agregó que no se observaban motivos que permitiesen apartarse de dicha regla.

Contra tal pronunciamiento la empresa demandada interpuso recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja en examen.

La demandada, sostuvo entre sus principales argumentos recursivos:

- Que la decisión de reinstalación era equiparable a una sentencia definitiva porque anticipaba la solución de fondo e irrogaba graves daños en lo económico, social y empresarial;
- Que la medida precautoria implicaba forzar al empleador a asignar y a confiar unidades de transporte público de pasajeros a alguien en quien no puede depositar su confianza.
- Que las facultades de organización y dirección del empleador, en particular las disciplinarias, no podrán ser ejecutadas adecuadamente.
- Que se estaba afectando gravemente su libertad de contratar en tanto no solo se fuerza el reingreso de un trabajador despedido sino que se obliga al empleador a mantenerlo en su puesto sin plazo cierto, independientemente de la conducta que despliegue.
- Para ilustrar la gravedad de la afectación a su libertad de contratar, la demandada invocó los argumentos de la disidencia de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay en autos "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud".

En dicho precedente se dispuso la aplicación de la ley 23.592 en el marco de las relaciones laborales posibilitando la declaración de ineficacia del acto considerado discriminatorio equiparándolo al acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 del Código Civil) o, inclu-

so, a la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil). De modo que la rescisión decidida por la empleadora no tendría eficacia en razón de su finalidad discriminatoria.

Sin embargo, la minoría citada sostuvo argumentos diferentes en orden a armonizar el derecho humano afectado por el acto discriminatorio con el derecho constitucional referido a la libertad de contratación. Así se sostuvo que: *“la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y —en principio— comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional). Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de Fallos: 273:87, De Luca, 306:1208, Figueroa y 321:3081, Agnese).*

Cabe aclarar que en el precedente “Álvarez” se trataba de un despido **sin invocación de causa** donde la estabilidad estaba fijada con un límite temporal equivalente al mandato más un año.

En el precedente bajo análisis la reinstalación tendría lugar mientras dure el litigio sobre el fondo de la cuestión, sin plazo cierto.

LA RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

La C.S.J.N., en fallo dividido, sostuvo que si bien es cierto que el análisis de cuestiones procesales como las propuestas por la apelante es ajena al ámbito del recurso extraordinario, cabe apartarse de tal regla cuando la disposición adoptada frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente, defecto que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso tutelado en el artículo 18 de la C.N.

Dicho esto, la C.S.J.N. observó que el Tribunal a quo no consideró que el hecho de que la medida precautoria anticipe la solución de fondo ordenando la reinstalación del trabajador puede ocasionar agravios de difícil o imposible reparación ulterior que justifican considerar que la decisión es equiparable a definitiva.

Por tales motivos se resolvió la habilitación de día y hora inhábil a los fines del dictado de la sentencia y hacer lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario y dejando sin efecto la sentencia apelada que ordenaba a la demandada la reinstalación del trabajador despedido.

En disidencia los Dres. Maqueda y Rosatti sostuvieron que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (artículo 14 de la ley 48).

II.- LA NORMATIVA DE CRISIS VINCULADA A PROTEGER EL EMPLEO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE RELEVANCIA

En vistas de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo Coronavirus como una pandemia, el Gobierno Nacional dispuso la adopción de medidas con el fin de mitigar su propagación e impacto sanitario.

Sin embargo, cabe aclarar que la declaración de la emergencia sanitaria tuvo lugar en un contexto nacional de crisis generalizada y preexistente a la pandemia.

Huelga recordar que mediante decreto 34/2019 ya se había declarado la emergencia ocupacional y mediante la ley 27.541 se estableció la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

En este contexto, tuvo lugar el dictado del DNU N° 329/2020 y su posterior prórroga DNU 487/2020.

Mediante ellos se estableció una suerte de estabilidad reforzada en el empleo privado con el fin mitigar los efectos nocivos de aquella crisis generalizada y preexistente garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable.

Así las cosas, se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor. De igual modo se prohibieron las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo.

A los efectos de garantizar la eficacia de tales medidas se dispuso que los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de los citados decretos no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Ello motivó a nivel jurisprudencial una gran cantidad de precedentes en todo el país que dispusieron, con fundamento en las disposiciones reseñadas, la reinstalación de trabajadores despedidos durante la vigencia de la prohibición realizando incluso, en algunos supuestos, una aplicación “*antifraude*” de la prohibición de despedir.

Entre los precedentes mencionados pueden reseñarse:

1) La sentencia número 43 de fecha 19/5/2020 dictada en autos: “*Zampetti Allende, Rubén Darío C/ Jbg Group S.A. - Medida autosatisfactiva*”(Expediente N°9197978) donde se ordenó la reinstalación de un trabajador despedido por fuerza mayor luego de publicado en el Boletín Oficial el DNU 329/2020. En el fallo se sostuvo que el DNU 329/20 ha privilegiado la contención social de las fuentes de trabajo en este escenario de peligro modificando transitoriamente previsiones de derecho laboral común en materia de despido;

2) El precedente “*Sánchez Candela C/ Lapenta Srl - Medida Autosatisfactiva*”, dictado por el Juzgado de Conciliación N°8 del 5/6/2020 donde se ordenó la reinstalación de un trabajador desvinculado sin causa durante la vigencia de la prohibición de despedir.

3) La sentencia en autos “*Romero Sharon Patricia C/ Mm Directa S.A.*” del Tribunal del Trabajo N° 1 de San Miguel (Bs. As.) de fecha 4/6/2020 que dispuso la reinstalación de una trabajadora despedida por abandono de trabajo en el marco de un medida cautelar innovativa justificando tal decisión en el hecho de que “no se advierte prima facie el silencio” que invoca la empresa para despedir.

4) El precedente “*Coppola Leonardo Lucas C/ Instituto Nacional de Servicios So-*

ciales para Jubilados y Pensionados – Medida Cautelar”, del Juzgado Nacional del Trabajo N° 54, 22/5/2020, donde se ordenó reinstalar a un trabajador despedido sin expresión de causa aplicando la “teoría de la recepción” en materia de notificaciones dado que si bien la fecha de emisión del despido era anterior al DNU que los prohíbe su recepción fue posterior.

5) La sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, en la causa *N° 10206/2020, “Chávez, Bianca Magalí c/ 25 HORAS S.A. - s/Medida cautelar”* mediante la cual se ordenó reinstalar a una trabajadora despedida durante el período de prueba con fundamento en la violación del DNU 329/2020.

6) El precedente dictado por el Juzgado de Conciliación de 2ª Nom. de Río Segundo en autos *“Duarte, Daniel Adán C/ Oscar Scorza Equipos Y Servicios SRL- Expediente: 9186013”* mediante el cual se realizó un análisis ab initio de la causal de despido invocada por la demandada.

Sostuvo el Tribunal la necesidad de analizar en forma previa si existe “verosimilitud del derecho” invocado para concluir, luego incluso de producir prueba testimonial, que la causa invocada no sería la “real” y por lo tanto se habría producido una violación al decreto 329/2020.

Esta verosimilitud se desprende tanto por la “generalidad” de los términos de la causal invocada como despido, como también de la prueba recepcionada en el marco del art. 457 del CPC.

Como puede advertirse la jurisprudencia se ha inclinado por una respuesta jurisdiccional en la emergencia anticipando incluso el análisis y apreciación de la suficiencia -o no- de la expresión de los motivos que originaron el distracto, dado que de lo contrario, dicho análisis llegaría irremediablemente tarde si es abordada recién en la sentencia de fondo y luego de un trámite prolongado.

Como sostiene Sebastián Coppoletta: *“Si en los próximos 60 días, una persona es despedida en violación al art. 2 del DNU 329/2020 -ojalá que no- y deja de devengar y percibir salario, entonces el muy buen y justo juicio laboral que culmine en una excelente sentencia adecuadamente fundada y que disponga la nulidad del despido, la reinstalación y el pago de los salarios devengados y no percibidos dictada dentro de....¿2, 3,..5 años? no será la respuesta jurídica adecuada a la actual situación de necesidad y urgencia que justifica el DNU².*

III.- RESTRICCIONES A LA REINSTALACIÓN SINDICAL. EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL PRECEDENTE DE LA CSJN “LAURENZO”.

Son pocos los casos en los que se aporta un concepto de libertad sindical con vocación de generalidad y abstracción de todo marco normativo.

No obstante, una aproximación al concepto basada en la legislación nacional es la que aporta Etala quién sostiene que la libertad sindical es el *conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgados por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo*³.

2 Ver “DNU 329/2020: una oportunidad para que se luzca el Derecho Procesal del Trabajo... y las juezas y los jueces que lo apliquen” por Sebastián Coppoletta, en Dossier 3 del Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad, “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1536/2020.

3 ETALA, Carlos Alberto, Derecho Colectivo de Trabajo, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 59.

La libertad sindical, entendida como un derecho subjetivo individual y colectivo presenta una doble dimensión que le otorga un contenido complejo dado que supone expresiones individuales de los trabajadores o empleadores y expresiones colectivas propias de las organizaciones que aquellos constituyan. Así puede hablarse de una doble dimensión, individual y colectiva.

En el precedente que se comenta la CSJN ha dado una clara señal restringiendo la libertad sindical individual en un contexto de crisis generalizada, no solo sanitaria sino también ocupacional.

En este sentido, se profundiza una tendencia ya advertida en el precedente *“Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A.”* vinculado a la autonomía sindical de orden colectivo.

Sin embargo, en el caso bajo análisis, no puede dejar de mencionarse el contexto en que se dicta el pronunciamiento, lo que conlleva un criterio de oportunidad ejercido por la CSJN mediante el cual se está limitando la aplicación extensiva y “antifraude” realizada por numerosos tribunales del país en aquellos casos de reinstalación por vía cautelar de trabajadores desvinculados con causa, anticipando de esta manera la resolución de fondo con riesgo de ocasionar un perjuicio de imposible o muy difícil ulterior reparación.

IV.- REFLEXION FINAL. NECESIDAD DE REALIZAR UN ANÁLISIS AB INITIO DE LA CAUSAL EXTINTIVA

Mientras se escriben estas páginas múltiples datos alertan sobre el avance de una crisis económica sin precedentes, expresada en el aumento del desempleo, la desvalorización de nuestra moneda, la suba del peso de la deuda externa sobre nuestro presupuesto o el diario incremento de la pobreza y la indigencia.

En este sentido, considero desafortunado el precedente que se comenta dado que, frente a un sector empleador que transita por una situación económica compleja y apremiante, habido por reducir costos, entre ellos los laborales, la única posibilidad con la que cuenta el trabajador para hacer cumplir la normativa de emergencia es a partir de su reconocimiento jurisprudencial.

Será entonces tiempo de extremar el análisis jurídico de los hechos narrados para imposibilitar la evasión a la prohibición temporal de despido y para ello, se torna imperioso el examen liminar del intercambio telegráfico por parte de los jueces a los que les toque intervenir.

Deberá exigirse un análisis ab initio sobre los términos y condiciones en que se ha configurado el distracto a los fines de establecer si se cumple o no con la exigencia de indicar de manera detallada y autosuficiente la conducta injuriosa imputada al dependiente, so pena de consentir una evasión artera al sistema de protección ideado para este momento de marcada incertidumbre económica y social generada por el avance del COVID-19. En palabras del precedente que se comenta, si así no se hiciera, se corre riesgo de ocasionar un daño de imposible o muy difícil reparación ulterior precisamente a quién resulta sujeto de preferente tutela constitucional, es decir el trabajador.

EL INTERÉS MORATORIO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Consuelo Ferreyra y Leonardo Oscar L'argentiére¹

Sumario: I. Introducción II. Justificación del instituto A. Objetivo directo B. Objetivo indirecto III. La potestad judicial A. La tasa de interés 1. La regla. 2. Supuestos especiales en Riesgos de Trabajo. a) El decreto 1694. b) Ley 26.773. c) Ley 27.348. d) Intereses al fondo. B. El curso de los intereses, *dies a quo* y *dies ad quem* en la Ley de Riesgos de Trabajo (Ley 24.557). IV. El anatocismo. V. Conclusiones finales.

Resumen: Si bien el debate acerca de la actualización monetaria mediante la aplicación de intereses no es nuevo, si no por el contrario ha sido objeto de innumerables discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, lo que se pretende es hacer un repaso sobre la naturaleza jurídica de los mismos y analizar la regulación normativa en materia de Ley de Riesgos de Trabajo especialmente en lo referido a la potestad judicial, la tasa de interés aplicable y los periodos a considerar. Finalmente se analizará el instituto del anatocismo y su regulación en la materia objeto de estudio.

Palabras clave: Intereses. Moratorias. Riesgos. Tasa de interés. Anatocismo

I.- Introducción

La doctrina y la jurisprudencia no han estado contestes en oportunidad de fijar intereses aplicables al capital de la condena.

Tanto la tasa de interés como los periodos a considerar y aun su naturaleza jurídica (resarcitorios, moratorios, compensatorios, punitivos) han sido motivo de debate y diferencias que sirvieron de argumento a recursos ordinarios y extraordinarios. Ocurre que los intereses constituyen materia íntimamente ligada a la oportunidad histórica de la condena, a la situación socio-económica y la orientación política considerada como el conjunto de valores privilegiados.

La sanción del Código Civil y Comercial, de aplicación impostergable en cuanto marco de derecho común, ha dedicado nuevos capítulos al tema en debate y multiplicado los cuestionamientos.

Asoman múltiples interrogantes: ¿Cuál es la interpretación justa? ¿Cuál la facultad del

¹ Master en Derecho Empresario en la Universidad Austral, docente de grado y posgrado y Especialista en Derecho Laboral (UNC-UNL-UCC), respectivamente. E-Mail de contacto: consueloferreyra@gmail.com.

magistrado? ¿Cuál es el “*dies a quo*”? ¿Qué periodos están sujetos a interés? ¿Qué interés corresponden a cada periodo? ¿Cómo juega la figura del anatocismo?

Abordaremos estas cuestiones teniendo especialmente en cuenta la regulación en materia de Ley de Riesgos de Trabajo.

II. Justificación del instituto

Para que la obligación ya traducida a dinero tenga efecto cancelatorio razonablemente justo es necesario que el importe del pago satisfaga la obligación originaria con más un plus que indemnice al acreedor el daño adicional provocado por la demora, o mínimamente respete (*actualice*) el valor real del crédito.

Eventualmente podríamos considerar un tercer aspecto que es el castigo o punición al deudor moroso. Así podríamos decir que la fijación de intereses persigue fines directamente relacionados con el caso concreto y otro que es genérico o común a todas las situaciones.

A. Objetivo *directo*: El interés moratorio es una herramienta necesaria para reparar el daño adicional que sufre el acreedor ante la falta de pago oportuno. Es utilizado para garantizar una indemnización integral² o un legítimo resarcimiento³, mediante la implementación de una tasa que refleje la realidad económica imperante en un determinado periodo de tiempo. Se incrementa en periodos de depreciación monetaria, elevada inflación o en respuesta a la actitud asumida por la parte, mientras que puede ser disminuida en periodos de estabilidad⁴, frente a resultados excesivos, irracionales o desproporcionados⁵.

B. Objetivo *indirecto*: Apunta a la satisfacción de un objetivo más general que consiste en desalentar la morosidad, la litigiosidad y la especulación, además de garantizar el cobro al mayor número posibles de acreedores.

Para ello se debe escoger, con rigor, una tasa equilibrada que se ajuste a la ponderación de los parámetros económicos objetivos. No debe ser irrisoria porque alentaría incumplimientos, favorecería el enriquecimiento indebido del deudor moroso y promovería renunciaciones ilegítimas (art.12, LCT), forzando a los actores a negociar su crédito en menos y apresuradamente. Tampoco elevada, ya que propendería a fomentar la inflación y el surgimiento de situaciones jurídicas injustas, desproporcionadas, irracionales o abusivas (art. 10 CCCN).

Resumiendo, la tasa de interés que se fije debe: 1) garantizar un resarcimiento íntegro; 2) procurar evitar la aplicación mecánica de fórmulas arbitrarias; 3) resguardar las garantías constitucionales como el derecho a la integridad del patrimonio ya una decisión justa y fundada. Esto es con identificación de pautas objetivas que reflejen la realidad económica del periodo a considerar y el control de justicia; 4) se tendrá presente durante el

2 TSJ, sentencia n° 34, 29/04/2015, autos: “Higa Ricardo Alberto C/ HOSPITAL ITALIANO”.

3 “...la utilización de intereses constituye solo un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento”, CSJN, (26/02/2019); recurso directo en autos “Bonet, Patricia Gabriela por sí y en rep. hijos menores c/ Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima y otros”.

4 “...se redujo dicha tasa, en virtud de haberse tornado excesiva frente a la estabilidad del mercado financiero y la consiguiente baja de interés” TSJ, sent. 83/05 “César, Carlos Alberto c/Municipalidad de Río Ceballos – inc.”.

5 “Que tal situación se verifica en el caso toda vez que el a quo, sin proporcionar ningún tipo de fundamentación sería que justifique su decisión, fijó dogmáticamente una suma resarcitoria que resultó ser veinticuatro veces superior a la pretendida”, CSJN, 8/10/2019, “Recurso directo en autos: “Ripp, Juan Ignacio c/ Personal Collect S.A. s/ despido”.

silogismo que el magistrado puede morigerar⁶ la tasa (art. 771, CCCN) o incluso recurrir a la doctrina del “esfuerzo compartido”, cuando las circunstancias lo aconsejen.

III. La potestad judicial

Durante la vigencia del Código de Vélez la selección de la tasa aplicable estuvo reservada a la potestad del magistrado.

A partir de la vigencia del CCCN (1/8/2015), la redacción del art. 768 del CCCN parece despojar al juzgador de la facultad para determinar la tasa de interés moratorio⁷ y depositarla en cabeza del BCRA.

Pero éste no ha sido el criterio adoptado por el TSJ⁸. El tribunal cimero, sin desmerecer la facultad del BCRA⁹, considera conveniente que sea el juzgador quien escoja la tasa aplicable al caso, aunque ahora asistido de una “*canasta de tasas*”¹⁰.

En la jurisprudencia de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba se ha mantenido esta línea, salvo contadas excepciones, y se sigue aplicando el precedente “*Hernández*”¹¹.

Esto tiene por ventaja la *previsibilidad*, la *seguridad jurídica*¹² la igualdad ante la ley¹³ y el respeto al valor del precedente (función nomofiláctica¹⁴).

Pero también se utiliza para justificar su aplicación mecánica y descontextualizada cuando las circunstancias del caso demandan una tasa diferente, ello atenta contra la indemnidad del crédito, el progreso en el reconocimiento de derechos, la justicia social¹⁵, la equidad, la buena fe¹⁶ y el rol judicial activo esperado en el marco del CCCN.¹⁷

6 CSJN, “Bonet”; ob. cit.

7 Facultad que a texto expreso conserva en los intereses compensatorios (art. 767, CCyCom.).

8 “La previsión del artículo 768 inciso c) no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea (Urruti, Bonino, Gonzalez Zavala, Churruarín, Moia, Scotto Lavina, Rey, Márquez, Borda, Compiani, Azar, Bliss, Viale)”. TSJ, sentencia 112 (1/11/2016), autos: “Nasi, Alberto Hugo Saúl C/ Rosli, Never Alberto y otros”. Con cita a la conclusión 20.1 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicada en <https://es.slideshare.net/ninanor2003/conclusiones-xxv-jornadas-nacionales-de-derecho-civiloctubre-2015-baha-blanca>, según consulta realizada con fecha 20/3/2020.

9 “El banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social” (Art. 3, Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina). “Históricamente las tasas han estado vinculadas a planes de gobierno y exceden ampliamente la realidad judicial en general y la de cada caso en particular. Las tasas se entrelazan con el tipo de cambio, la inflación, el ingreso de divisas, capitales golondrinas, exportación de materias primas y su valor internacional, importación, promoción de la industria local, el crédito, etc. ... es tarea de los jueces la determinación de la tasa de interés, y la derivación que el inc. c) del art. 768 CCCN formula a las tasas del Banco Central es sólo a los fines de que los magistrados en ejercicio de tal facultad, seleccionen la tasa entre cualquiera de las fijadas por las reglamentaciones de la autoridad monetaria, teniendo en cuenta las particularidades de la causa, fundando la decisión adoptada con una motivación razonable (art. 3, CCCN)”, autos “Nasi” citados.

10 IBÁÑEZ (h), Carlos Miguel en <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Ib%C3%A1%C3%B1ez-Carlos-Miguel-h-INTERESES-JUDICIALES.Comisi%C3%B3n-3.pdf>, consultada el 15/1/2020.

11 TSJ, “Hernández Juan Carlos c/ Matricería Austral S.A. -demanda- Rec. de casación”, (sentencia N° 39 del TSJ, 25/6/2002). Ratificado por el TSJ en forma sostenida y reiteradamente, vgr. “Pérez Oscar Dario C/ Carra Martín, y otro - Exp. 329992”, sentencia N°129/7/9/2017.

12 La palabra seguridad proviene de la palabra latina, la cual deriva del adjetivo (de segura) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados.

13 “... todos los habitantes son iguales ante la ley...” (art. 16 Constitución Nacional). “Todas las personas son iguales ante la ley” (art. 2° Declaración Americana de Derechos y Deberes), “todos son iguales ante la ley” (art. 7° Declaración Universal de Derechos Humanos); “todas las personas son iguales ante la ley...” (art. 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica), etc.

14 “Esta Sala no puede desentenderse de la función unificadora a su cargo, debiendo primar el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Estas razones explican que se modifique el interés dispuesto y se emplace la tasa pasiva promedio nominal mensual del BCRA con más el dos por ciento mensual, conforme la causa “Hernández Juan Carlos c/ Matricería Austral S.A.”, Sent. N° 39/02. En igual sentido de esta Sala, Sents. Nros. 129/17 y 181/18” TSJ Sala Laboral Cba., Sent. N° 1, 4/2/2020, “Quinteros María del Carmen c/ Consolidar A.R.T. S.A. - Ordinario - Incapacidad” Recurso de casación”, Trib. de origen: Cámara del Trabajo, Villa María.

15 “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...” (art. 75, inc. 19 CN).

16 “...se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe” (art. 11 LCT).

17 “...otorgarles mayores potestades a los jueces (con el objeto de resolver el caso con el mayor acercamiento a la realidad de los hechos y las particulares

Por ello la solución que se adopte debe estar debidamente fundada¹⁸ a fin de evitar soluciones arbitrarias o la mecánica aplicación de fórmulas matemáticas abstractas. Si bien la determinación de las pautas en la aplicación de intereses (tasa y curso) es materia reservada al tribunal de la causa, remiten al examen de cuestiones de hecho y de derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria, excepto la tacha de arbitrariedad por vicio en la fundamentación.¹⁹

Tampoco integrará la cosa juzgada en sentido material y admite su modificación para períodos posteriores. La tasa fijada se aplica durante el cómputo de intereses previsto en la sentencia (desde el *dies a quo* hasta el *dies ad quem*), pero nada obsta a que pueda variar para el futuro si se modifican las condiciones socio-económicas antes del pago.²⁰

La tasa de interés

La regla (*tasa compuesta*)

Como dijimos anteriormente la elección de la tasa queda dentro de las facultades reservadas al tribunal de la causa, pero su decisión debe estar debidamente fundada.

Dicha tasa se compone de dos elementos: a) la Tasa Promedio Pasiva (TPP) que publica el BCRA y b) un porcentaje adicional que refleja el componente *retributivo* para el *periodo a considerar*. Entonces a la tasa de referencia (TPP BCRA) se le adiciona un *porcentaje retributivo* que podríamos llamar de *ajuste*²¹ que se obtiene a través de datos objetivos que reflejan el *índice inflacionario*²², la pérdida del *valor adquisitivo* de la moneda y las circunstancias concomitantes que rodean el caso concreto.

De la combinación de ambos elementos se extrae una fórmula que procura garantizar un importe que cubra el daño adicional provocado por el atraso en el pago.

A continuación, y a modo ilustrativo vamos a formular un cuadro comparativo entre el interés judicial de uso mayoritario y el índice inflacionario de los últimos años. Los resultados obtenidos surgen de la “planilla de cálculos judiciales” (página del poder judicial: TPP + 2 %) y del índice de inflación anual suministrado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

circunstancias de las partes) de ningún modo vulnera el proceso diseñado en la Constitución Nacional. Por el contrario, resulta indispensable para lograr la composición “real” del conflicto. Únicamente bajo dichas premisas nos acercaremos a los fines mismos de la jurisdicción: reestablecer la paz social quebrantada o a punto de serlo. Ello no es posible cuando lo decidido es sólo una “ficción de justicia”. KERN, Luciano Minetti “El perfil del Juez a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Nuevos desafíos y razones para dejar atrás prácticas disvaliosas. Hacia un Juez Constitucional”, en <http://servicios.jursionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/527-perfil>, consultado el 23/3/2020.

18 Art. 63 LPT, art. 3° CCCN, art. 155 Constitución Provincial, correlativos y concordantes.

19 ROSATTI, Horacio “... a partir de la sentencia de Fallos: 317:507 (Banco Sudameris) esta Corte ha adoptado el criterio según el cual la tasa de interés a aplicar como consecuencia del régimen establecido por la ley 23.928 queda ubicada en el espacio de razonable discreción de los jueces de la causa y es ajena a la vía del art. 14 de la ley 48”, CSJN, “Bonet”; cit (voto en disidencia).

20 “...La alteración de la tasa fijada en la sentencia respecto de un período posterior a la misma, en función de la variación de la coyuntura existente al momento de determinarla, lejos de comprometer la autoridad de la cosa juzgada, tiende a tutelarla al preservar el valor del crédito reconocido. Sólo así se logra “mantener la estricta igualdad de la prestación debida conforme las circunstancias del caso” (C.S.J.N., “Vieytes de Fernández Suc.- v. Provincia de Bs. As.”, Fallos 295:973); TSJ, Sent. 19, (4/4/2006) “Cossar Marcelo A. c/ R.P.M. S.R.L y Otros. Indem. Ley 24013, etc. Rec. de casación”; idem TSJ, sent. 166/13, “Olive, José E. c/Entertainment Depot S. A.”

21 El “componente retributivo que habitualmente utiliza esta Sala para ajustar el capital adeudado frente a las diversas fluctuaciones económicas” (sic, el destacado es de mi autoría). TSJ, sent. 3 (20-02-2014) autos: “Martín Pablo Dario C/ MAPFRE ART SA. – Ordinario – Accidente (ley de riesgos) – Recurso de casación e inconstitucionalidad”.

22 Se ha expuesto que “...dicho propósito no se satisface con una tasa de interés inferior a la inflación subyacente durante el mismo lapso temporal... El interés moratorio judicial debe integrarse con la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, más un plus. Mediante la tasa pasiva se reconoce al acreedor el costo de oportunidad en una operación bancaria segura, líquida, y disponible, de donde el promedio publicado por el Banco Central es una alternativa idónea como variable de ajuste”; TSJ, sentencia n° 34 “Higa c/Hospital Italiano”, cit.

En la primera columna vemos la tasa anual que surge de aplicar la formula “Hernández” (desde el 01 de enero al 31 de diciembre de cada año), mientras que en la segunda columna vemos el índice de inflación anual publicado por el INDEC.

AÑO	HERNÁNDEZ (%)	INDEC (%)
2016	43,82	40,9
2017	38,26	24,8
2018	50,37	47,6
2019	67,05	53,8

Supuestos especiales:

En ocasiones los tribunales han dispuesto reducir el componente retributivo de la formula y ajustarlo al caso concreto. Veremos algunos ejemplos:

El decreto 1694/09:

Para la CSJN es inaplicable a contingencias anteriores²³, pero el TSJ lo aplicó de forma inmediata²⁴ con la salvedad de que, al establecer pisos mínimos que elevan el importe de la formula redunda en una mejora, en términos monetarios, sobre el capital histórico. En ese contexto el TSJ consideró prudente disminuir el componente retributivo de la tasa de interés y aplicar el 0,50 % mensual, en remplazo del 2 % que habitualmente se aplica.²⁵

Ley 26.773. (B.O.26/9/2012).

El TSJ adoptó, a diferencia de lo ocurrido con el decreto 1694/09, el criterio de la CSJN²⁶ que considera inaplicable la ley 26.773 a supuestos anteriores a su entrada en vigencia²⁷ y, por ende, mantuvo la tasa del precedente “Hernández”.

La ley 27.348. (B.O. 5/3/2017).

Al igual que lo ocurrido con la ley 26.773, el art. 11 de la ley 27.348 (que modifica el art. 12 de la LRT) en principio se aplican a contingencias posteriores a su vigencia (art. 20, ley 27.348).

En el marco legislativo anterior la indemnización se calcula bajo parámetros históricos sin mecanismo de ajuste (viejo art. 12 de la ley 24.557), lo que produce un daño adicional provocado por la depreciación automática del crédito²⁸.

23 CSJN, 7/6/2016, “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART”.

24 “El planteo encuentra solución en la doctrina de esta Sala, expresada en las causas “Butassi..., Agudo ..., etc.”. En ellas se ratificó el criterio interpretativo antes adoptado en orden a la vigencia de la ley en el tiempo cuando no se trata de una típica modificación legislativa sino de un intento por vía reglamentaria de superar las deficiencias del sistema resarcitorio anterior” TSJ sentencia 2/2014 “Aldorino Héctor Daniel c/ MAPFRE ART S.A. – Ordinario – Enfermedad accidente (Ley de Riesgos – Recursos de casación e inconstitucionalidad”.

25 “Los intereses, desde la fecha del siniestro (14/12/01) hasta la sanción del decreto N° 1694/09 (B.O. 06/11/09), se establecen según la tasa pasiva nominal mensual que publica el Banco Central de la República Argentina, destinada a proteger el capital por no haberse abonado en tiempo oportuno, con más un adicional del 0,5% mensual (“Zapata Angelita E. c/ Ros, Alex y otra” de fecha 27/10/94). Para este lapso, se justifica la determinación de una tasa despojada parcialmente del componente retributivo que habitualmente utiliza esta Sala para ajustar el capital adeudado frente a las diversas fluctuaciones económicas... Ahora bien, a partir del 6/11/09 y hasta su efectivo pago, se considerará la emplazada en la causa “Hernández c/ Matriceria Austral” (tasa pasiva B.C.R.A., más el 2% mensual), a fin de mantener incólume el contenido del crédito”, TSJ – sent. n° 176 autos: “Latzke Vda. De, Nelly Mara Giovo y Otros c/ Boston Compañía Argentina de Seguros - Ley 24.557 -expedientes remitidos por la justicia federal - Recurso directo”. En idéntico sentido TSJ, sentencia 3, 20/2/2014) autos: “Martín Pablo Dario c/ MAPFRE ART SA.”

26 CSJN, 7/6/2017, “Espósito”, citada.

27 Al alto cuerpo decidió “...desestimar la aplicación de la Ley N° 26.773. Lo decidido conduce a modificar los intereses... conforme doctrina de esta Sala in re: “Hernández...” (Sent. N° 39/02) y “Martín” (sent. N° 3/14)”, TSJ, sentencia 145 (11-08-2015), autos “Fabbio, Fernando D. c/ CNA ART S. A. – Ordinario - Accidente (ley de riesgos)-Recurso de casación”.

28 La doctrina expresa: “cuando la ley tarifa o cuantifica una deuda que en esencia es de valor, como es la que responde al resarcimiento de la integridad psicofísica, jamás puede omitir contemplar la depreciación monetaria (ya que sin la aplicación de un índice de ajuste, en épocas de deterioro del poder adquisitivo de la moneda, se afectaría el patrimonio del dañado y la reparación que merece)”, BUERES, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 485/486.

Estos procesos que aguardan respuestas en las Cámaras laborales demandan una justa solución, que podría venir de la mano de la declaración de inconstitucionalidad del art. 20 (ley 27.348), o de la aplicación del DNU 669/19 (art.3)²⁹ y la Resolución 1039/19 (art. 1)³⁰, que son normas más favorables (art. 9 LCT). Recomendamos la lectura del fallo “Lujan”³¹. Si bien no ignoramos la suerte corrida por el DNU³², a contrario de lo que aquí proponemos, los embates fueron dirigidos en favor de los trabajadores.

Tampoco desconocemos que la propuesta parece de difícil andamiaje en el marco de los precedentes “Espósito c/Provincia” (CSJN, 7/6/2016); “Martin c/Mapfre” (TSJ, sent. 30 - 20/2/14) y “Rosales c/ Interacción” (TSJ, sent. 149 - 2/5/2019)” pero quizás la solución nos llegue de la mano del precedente “Aldorino”³³, compensando el ajuste con una reducción en el componente retributivo de la tasa de interés.

Intereses al fondo:

Conforme hemos adelantado al desarrollar los objetivos del interés moratorio, la tasa de interés aplicable responde a dos objetivos, uno directo o particular y otro indirecto o general. Un ejemplo de ello es lo que acontece en los procesos de liquidación de las ART. Recordemos brevemente que el sistema de riesgos de trabajo ha previsto la creación de tres fondos, a saber: el Fondo de Garantía (art. 33 LRT), el Fondo de Reserva (art. 34 LRT) y el Fondo Fiduciario para fines Específicos (D. 590/97).

El Fondo de Garantía, administrado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, se destina al pago de las indemnizaciones a cargo de empleadores insolventes (art. 29 de la ley 24.557). Este fondo se encuentra exento del pago de intereses (art. 19, párr. 5, decreto 334/96)³⁴, lo cual ha sido fuertemente criticado por la doctrina al perjudicar a los trabajadores, siendo que el fondo es sobradamente solvente³⁵.

Distinto el caso del Fondo de Reserva (art. 34 LRT), administrado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, que destina sus recursos al pago de las prestaciones pendientes de ART liquidada y prevé soportar los intereses que acceden al crédito³⁶. Y si bien el TSJ condena al pago de intereses por considerarlos accesorios del capital, reduce la tasa habitual –“Hernández”- al despojarla del componente retributivo y limitarla a la tasa pasiva promedio del BCRA. El alto cuerpo justifica su decisión tras considerar la necesidad de proteger al fondo, en beneficio de todos los trabajadores afectados y temiendo que la tasa de intereses habitual lo torne insuficiente. Criterio que ha sido recientemente ratificado con la nueva integración del tribunal cimero.³⁷

29 Las modificaciones dispuestas en la presente norma se aplican en todos los casos, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante” (art. 3, Decreto 669/19).

30 “...alcanzando a todos los casos pendientes de liquidación, independientemente de la fecha de la primera manifestación invalidante” (art. 1, Res. 1039/19).

31 Cámara Única del Trabajo de Córdoba, Sala 5ª, vocal Dr. Añides Segundo Ferreyra, autos: “Lujan Darío Gabriel c/Galeno ART S.A. – Ordinario – enfermedad”, consultada el 10/4/2020 en <https://www.errei.us.com/Jurisprudencia/documento/20191119122308855>.

32 Declarado inconstitucional (Dr. SEGURA, Alejandro. Juez nacional de 1º inst. 44. Autos: “FERNANDEZ Miguel A. C/. EXPERTA ART SA s/ACCIDENTE – LEY ESPECIAL. - 10/2019”) y suspendida su aplicación por cautelar en amparo (Juzgado Nacional de 1º instancia, nº 76. (09/10/2019) “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/Estado Nacional Poder Ejecutivo s/Acción de amparo), todo el primer día de su vigencia (ART. 5 CCCN).

33 TSJ “ALDORINO” ob, cit.

34 En autos la Corte mando dictar una nueva sentencia, atento que la Cámara que intervino dispuso la condena a cargo del Fondo de Reserva cuando debió condenar al Fondo de Garantía, y si bien el tribunal cimero no resolvió la cuestión de fondo, advirtió sobre la existencia de la norma que eximen el pago de los intereses y esto se interpreta como un guiño favorable a su aplicación. CSJN (11/10/18) recurso de hecho en autos “Villanueva, Silvia Marcela y otros c/ La Gruta S.R.L. s/ accidente”.

35 SCHICK, Horacio “Régimen de Infortunos Laborales”, cuarta edición, David Grimberg, Bs. As., 2017, pag. 682.

36 Véase la parte que dice: “teniendo en cuenta lo previsto en la Constitución Nacional así como por los Tratados Internacionales antes citados, corresponde establecer que la obligación del Fondo de Reserva de la LRT comprende la satisfacción de los intereses, por ser un accesorio de la obligación principal” (considerandos del Decreto 1022/17).

37 TSJ, sentencia 6,11/2/2020, con voto del Dr. Angulo en “Pattacini, Carlos Augusto c/ Aseguradora de Riesgos de Trabajo Interacción S.A. y otro”.

No han corrido igual suerte las costas, que si bien exceden el objeto de estudio de este apunte, el decreto 1022/2017 determina que los importes relativos a costas y gastos causídicos, como así también, los montos de las indemnizaciones que se reconozcan con fundamento en el derecho común, exceden el alcance de la cobertura a cargo del Fondo, debiendo –de corresponder reclamarse en el procedimiento judicial relativo a la liquidación de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo respectiva.

El curso del intereses – Dies a quo/dies ad quem:

El *dies a quo*³⁸ en los procesos laborales que se resolvieron en las distintas salas de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba, no ha sido fijado con idénticos criterios. Pero la decisión no debiera ser cuestionada salvo el vicio en su fundamentación que habilita un planteo por arbitrariedad de sentencia³⁹.

Seguidamente abordaremos el tema de los reclamos derivados de la Ley de Riesgos de Trabajo (ley 24.557).

En el marco de los procesos basados en pretensiones indemnizatorias previstas en la LRT (art. 11, 14, 15, 17 y 18 de la LRT) los tribunales adoptan parámetros diferentes. Así encontramos precedentes que determinan el curso del interés a partir de la fecha del daño, se basan en el art. 2, 3º párr. de la Ley 26.773⁴⁰, art. 11, inc. 2 ley 27.348⁴¹ y en el art. 1748 CCCN⁴², mientras que otros precedentes escogen su computo a partir de la fecha de *disposición*⁴³ (art. 768 CCNC)⁴⁴.

A nuestro entender el momento a partir del cual debe comenzar el curso del interés no es un problema menor, porque puede llevar a decisiones injustas y “licuar” o “pulverizar” el crédito; es por ello que adelantamos nuestra adhesión a la primera hipótesis planteada.

Uno de los argumentos que sustentan nuestra posición radica en el hecho de que las prestaciones indemnizatorias de la LRT nacen como obligaciones de *valor*⁴⁵ por cuanto no se pueden cuantificar *ad initio* sino que requieren un proceso de determinación que, una vez concluido, habilita poner a disposición las indemnizaciones. Luego y en el derecho común, vemos que la distinción entre obligación de valor y de dar suma de dinero,

38 Las expresiones latinas “dies a quo” y “dies ad quem” refieren, respectivamente, al inicio y finalización de un plazo. Cuando hablamos de curso de los intereses nos referimos al lapso temporal que transcurre entre el dies a quo y el dies ad quem durante el cual corresponde su devengamiento.

39 “El momento en que debe comenzar el computo inicial de los intereses constituye una cuestión de hecho, variable en cada proceso y por ello ajena a su revisión en esta instancia. Solo cuando dicho momento, frente a idéntica situación fáctica resulta elegido discrecionalmente, se obliga a esta sala a ejercer la función unificadora” (TS), sent. 242/15 “Rodríguez, José Alberto c/Berkley Internacional ART S. A. – Ordinario – Accidente”.

40 “...El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia o alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional...” (art. 2, 3º párrafo, ley 26.773).

41 “Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva...el monto del ingreso base devengará un interés...” (art. 11, ley 27.348).

42 “Curso del interés. El curso del interés comienza desde que se produce cada perjuicio” (art. 1748 CCCN)

43 Nos referimos a la fecha a partir de la cual el deudor (ART o EA) debe poner las indemnizaciones a disposición de los damnificados. Fecha que no es clara, porque las diferentes reglamentaciones se contradicen entre sí y prevén momentos diferentes que van desde los 15 (quince) días corridos (art. 4, Decreto 472/14) contados desde la notificación de la homologación (art. Res. 104/98), o los 30 (treinta) días corridos desde que la prestación debió ser abonada o prestada (art. 2, Res. 414/99) o los 5 (cinco) días contados a partir de la notificación de la homologación (art. 13 y 26 res. 298/17) o el plazo previsto por la Resolución n° 1039/19 (publicada en el boletín oficial 13/11/2019) que viene a reglamentar el art. 12 de la Ley 24557 y define que por puesta disposición se entiende la fecha de suscripción del acuerdo administrativo (art. 4 Res. 1039/19).

44 “Interés moratorio. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes...” (art. 768 CCNC).

45 A diferencia de las de dar dinero que están determinadas o son determinables -por una simple operación aritmética- desde que nacen. En las de valor el deudor sabe que debe, pero aun no puede precisar el importe y por ende no puede pagar, mientras que las de dar dinero el deudor sabe que debe cierta cantidad de moneda porque se encuentra directamente expresada (v. gr., \$1000), o porque su determinación se logra con un cálculo aritmético (art. 765 del CCCN).

se utiliza para establecer el dies a quo del curso del interés. Para las de valor se toma la fecha del perjuicio (art. 1748 CCCN) mientras que para las de dar dinero la mora del deudor (art. 768 CCCN)⁴⁶.

Podemos decir que la obligación de valor aspira a convertirse en una de dar dinero y que son de valor por cuanto entre la fecha del daño y la fecha de determinación transcurre un periodo que podríamos denominar “*periodo ventana*”. Este lapso temporal que transcurre desde la fecha en que el trabajador resultó víctima de un accidente o enfermedad laboral (Primera Manifestación Invalidante o PMI), incluye habitualmente un periodo de curación – (Incapacidad Laboral Temporal o ILT - art.10 ley 27.348), seguido de un procedimiento administrativo o judicial de determinación y cuantificación del daño (art.1º ley 27.348, res. 298/17, 899/17, 2º ley 27.348 y 3º de la ley 10.456) y que finaliza en el momento de la disposición de la indemnización.

Además, si trazamos un parangón con el derecho común, vemos que busca garantizar una “reparación plena, total o integral”⁴⁷ (art. 1740 CCCN)⁴⁸, objetivo que fue ganando terreno en la LRT a través de una constante mejorar en las prestaciones cubiertas y una amplificación del espectro del daño resarcible⁴⁹ y que nos lleva a contemplar, a través del interés, el daño adicional provocado por la demora⁵⁰.

Otra perspectiva la encontramos al estudiar la clasificación efectuada por el cintero tribunal cordobés, que advierte que el interés moratorio se compone de un interés *indemnizatorio o resarcitorio* calculado a partir del momento del daño⁵¹ y que se diferencia del “*pu-*

46 A ello responde la ubicación normativa de ambas disposiciones que se ubican estratégicamente dentro del CCCN. Mientras el art. 1748 se ubica en el título V, sección 4ª, donde se desarrollan las pautas aplicables a la reparación indemnizatorias u obligaciones de valor, el art. 768 se ubica dentro del título I, capítulo 3, sección 1, párrafo 6º, dedicado a las “obligaciones de dar dinero”.

47 Ha dicho el alto cuerpo: “...radica en el principio rector de la responsabilidad civil cual es el de la reparación plena e integral, en cuya virtud la víctima debe ser resarcida de “todo” daño causado, de la manera más completa posible. En la responsabilidad civil rige el principio de reparación plena o integral para lo cual los intereses al ser accesorios de la obligación principal (reparación del daño) constituyen su expresión más concreta, pues tienden a preservar la integridad de la indemnización a que tiene derecho la víctima (arts. 106 y 1078 C.C.). Surge entonces la necesidad de reparar todos los rubros que componen la obligación principal, con su correspondiente interés”, TSJ, sent. 83 (16/8/2016), autos “Suárez, Jorge Eduardo c/ Galván, Carlos Andrés - Ordinario - Daños y perj. - Accidentes de tránsito - Recurso de casación”.

48 Se ha expuesto: “...la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329)”. CSJN, (27/11/2012), autos: “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino si daños y perjuicios”.

49 A modo de ejemplo recordemos las mejoras introducidas por el decreto 1278/00, el decreto 1694/09, el art.3º ley 26.773, art. 11 ley 27.348, entre otros.

50 “La fuente de los intereses moratorios es distinta a la de la reparación a la que accede; mientras que los ítems resarcitorios se deben por causa del daño derivado del hecho lesivo primario, la obligación de pago de intereses moratorios responde a otro hecho dañoso, claramente distinto, cual es el no cumplimiento oportuno de la obligación de reparar el daño... Los intereses no se deben en razón del daño básico o primordial que ha generado el nacimiento de la obligación resarcitoria principal, sino en función de un daño adicional: el daño moratorio desencadenado por la tardanza en la reparación” (conf. Zavala de González, Matilde - Moreno, Graciela Melania, “Los intereses en la responsabilidad civil”, JA, 1985-IV-713), TSJ, sentencia 4 (26/4/2013) “Carletti Oscar Dionisio c/ Empresa General Urquiza SRL - Ordinario - Daños y perjuicios - Recurso de casación”; “La tardanza en la cancelación de la deuda genera automáticamente un nuevo daño –de naturaleza moratoria– que se añade al provocado originariamente.” TSJ (Dr. Rubio, Blanc, Sesin) – A. I. 355 (28/8/2017), autos: “Agüero José Antonio c/ García María del Rocío y otro - Ordinario - Accidente con fundamento en el derecho común-Recurso de casación”.

51 Reeditando palabras del TSJ, decimos que “Los compensatorios o lucrativos son los que se deben por el goce del capital ajeno. Constituyen, al decir de Pizarro y Vallespinos, los que “...se adeudan como contraprestación o precio por la utilización de un capital ajeno” (PIZARRO, Ramón - VALLESPINOS, Gustavo, Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 1, p. 403). Los moratorios se deben en concepto de indemnización por el menoscabo que sufre el acreedor frente a la mora del deudor en el pago de su obligación dineraria. Representan la reparación del retardo imputable al obligado. Su fundamento radica, entonces, en la circunstancia de que el deudor -con su incumplimiento- priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir el capital y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado. Los punitivos, finalmente, importan una sanción por el incumplimiento oportuno de una obligación. Los intereses que integran la reparación de un daño causado extracontractualmente -por regla- son los denominados moratorios, y tienen por primordial objeto resarcir la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de indemnizar. Así lo han apuntado juristas de prestigio afirmando que: “los intereses indemnizatorios o resarcitorios son también moratorios pues al responsable se le impone la obligación de reparar el daño causado a partir del momento mismo de su producción, operando la mora automáticamente desde ese instante” (PIZARRO, Ramón D., Los intereses

*nitorio*⁵² que importan una sanción frente al incumplimiento oportuno de la obligación -en LRT a partir de la disposición⁵³-. Como vemos el interés *resarcitorio o indemnizatorio* no viene a *castigar* una conducta renuente del deudor, sino a compensar el efecto dañino que necesariamente provoca el paso del tiempo.

En conclusión, una indemnización que aspire a ser completa debe incluir el curso del interés a partir del origen del daño, contemplando el interés resarcitorio y el punitivo⁵⁴.

El cómputo del interés debe contemplar íntegramente la demora, incluido el periodo ventana que transcurre desde que la obligación de valor se transforma en una obligación de dar dinero. Aspecto que ha sido contemplado en la ley 27.348 y que debiera ser aplicado, por analogía o similitud, a los procesos regulados en marcos normativos anteriores. De lo contrario el importe calculado a valor histórico sufriría, desde la ocurrencia del daño hasta su cuantificación, la pérdida de su valor adquisitivo frustrando la posibilidad de obtener una reparación plena e integral.

El dies ad quem:

Para completar el análisis sobre el curso del interés, entendemos que el dies ad quem surge a partir de la fecha en que el crédito está en condiciones de percepción. Esto es a desde el momento en que el acreedor puede efectivamente disponer del monto de la deuda.⁵⁵

IV. -Anatocismo:

Por último nos ocuparemos de la capitalización del interés o interés del interés, donde el interés devengado se suma al capital y el resultado conforma un nuevo capital que será la base para el cálculo de futuros intereses (capital + intereses de capital = nueva base de futuros intereses).

Cuando hablamos de anatocismo nos circunda la idea de usura o deudas de cumplimiento imposible, pero si concebimos despojarnos de los preconceptos despectivos, podremos

en la responsabilidad extracontractual, Sup.Esp. Intereses 02/07/2004, 75 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales 01/01/2007, 1553; ib. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde - MORENO, Graciela Melania, Los intereses en la responsabilidad civil, JA, 1985-IV-713; entre otros). El fundamento de ello radica en el principio rector de la responsabilidad civil cual es el de la reparación plena e integral, en cuya virtud la víctima debe ser resarcida de "todo" daño causado, de la manera más completa posible "En la responsabilidad civil rige el principio de reparación plena o integral para lo cual los intereses al ser accesorios de la obligación principal (reparación del daño) constituyen su expresión más concreta, pues tienden a preservar la integridad de la indemnización a que tiene derecho la víctima (arts. 106 y 1078 C.C.). Surge entonces la necesidad de reparar todos los rubros que componen la obligación principal, con su correspondiente interés" (TSJ Cba., Sala Penal, Sent. N° 18 del 09/03/05). Sin embargo, la fuente de los intereses moratorios es distinta a la de la reparación a la que accede; mientras que los ítems resarcitorios se deben por causa del daño derivado del hecho lesivo primario, la obligación de pago de intereses moratorios responde a otro hecho dañoso, claramente distinto, cual es el no cumplimiento oportuno de la obligación de reparar el daño. Así lo enseña autorizada doctrina, señalando que: "Los intereses no se deben en razón del daño básico o primordial que ha generado el nacimiento de la obligación resarcitoria principal, sino en función de un daño adicional: el daño moratorio desencadenado por la tardanza en la reparación" (Conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde - MORENO, Graciela Melania, Los intereses en la responsabilidad civil, JA, 1985-IV-713). En consecuencia, la obligación de pago de intereses moratorios no es "necesaria" frente a un daño; por el contrario, es "eventual" toda vez que sólo surge si media un intervalo temporal entre el daño a resarcir y el momento en que se compensa el menoscabo. En cambio, si el perjuicio no se ha producido, o si acaecido es inmediatamente compensado por el responsable, no se genera la obligación de pago de intereses resarcitorios." » sic, énfasis agregado. TSJ, sent. 83 (16/08/2016), autos "Suarez, Jorge Eduardo c/ Galvan, Carlos Andrés - Ordinario - Daños y perj. - Accidentes de tránsito - Recurso de casación - Expediente N° 701263/36"

52 "Los punitivos, importan una sanción por el incumplimiento oportuno de una obligación";TSJ, autos "Suarez, Jorge Eduardo c/ Galván".

53 Entendida como el momento en que la indemnización debió ser puesta a disposición de los damnificados.

54 "El planteo referido a los intereses - que según la demandada debieron comenzar a correr una vez vencido el plazo de quince días posteriores a la notificación a la aseguradora del dictamen donde se determina el porcentaje de incapacidad-, deviene inadmisibile, pues no demuestra el error en la conclusión del juzgador que ordene los accesorios legales desde que la suma es "debida" - fecha del accidente";TSJ, sent. 34/14, "Pereyra, Marcos Emanuel c/ Asociart ART S. A. - ordinario - accidente (Ley de Riesgos)".

55 "El depósito efectuado por el demandado no reviste la calidad de pago como medio de extinción de las obligaciones en los términos de los art. 724 y 725 C. C. Esto es así pues aquel, se supedita a las resultados de la queja interpuesta ante la CSJN... ..En tales condiciones, el computo de los intereses debe efectuarse hasta que el dinero depositado en concepto de capital, honorarios y accesorios se encontraba disponible para los acreedores", TSJ, sent. 127/09, "Correa, Domingo Ramón c/John Wyeth Laboratorios S. A. - Ordinario", publicado por LASCANO, Eduardo y CALVIMONTE, Beatriz en "Derecho del Trabajo- Interpretación Judicial", Advocatus, Córdoba, 2018, p. 543.

apreciar su justificación y utilidad práctica. Esto porque cuando el instituto es *“razonablemente empleado, constituye una justa retribución para el acreedor que se ve impedido de utilizar su dinero a causa de la mora de su deudor y, como tal, integra su derecho de crédito”*.⁵⁶

Pero el anatocismo, por regla inaplicable⁵⁷, procede en las siguientes hipótesis: a) acuerdo expreso de partes; b) obligación demandada judicialmente; c) obligación liquidada judicialmente; d) disposición legal.

En materia de LRT está prevista la capitalización del interés (art. 11, inc. 3, ley 27.348 - art. 770, inc. d, CCCN). Según el texto normativo luego de la determinación de la liquidación, el deudor debe poner a disposición de los beneficiarios el monto de la indemnización, caso contrario incurre en mora⁵⁸ habilitando la capitalización los intereses ya devengados⁵⁹.

La determinación de la liquidación puede formularse en una etapa administrativa o judicial. Si bien no hay acuerdo sobre el momento de la mora, las Comisiones Médicas prevén 5 (cinco) días contados a partir de la notificación de la homologación (art. 13 y 26 res. 298/17⁶⁰), pese a que la resolución n° 1039/19 (publicada en el Boletín Oficial 13/11/2019) le prevé a partir de la suscripción del acuerdo administrativo o liquidación en los demás casos -judicial- (art. 4 Res. 1039/19)⁶¹.

Frente a esta circunstancia quizás debe imponerse la Res. 1039/19, dictada en último término y más favorable al trabajador (art.9, LCT).

En el caso de determinación judicial de la deuda entendemos que la capitalización se producirá en los términos del art. 770 inc. c) ya analizado.

V. -Conclusiones finales

Resulta claro que conceptos como “intereses”, “actualización monetaria”, “tipo de tasa de interés” y “anatocismo” difieren ontológicamente. Sin embargo, constituyen en la actualidad el conjunto de herramientas con los que cuenta el juzgador a fin de lograr una indemnización justa.

Es necesario determinar parámetros de previsibilidad jurídica para que los acreedores puedan tener garantías del debido resguardo de sus créditos bajo el paradigma de la integridad de un legítimo resarcimiento, en un contexto de economía inestable e inflacionaria.

56 TSJ, AI n° 88 (9/5/2013) autos: “Banco Bansud S. A. c/Allendez Ana A. y otros – Ordinario – Cuerpo de copias – Recurso de casación.”

57 Se expresa que “...no se deben intereses de los intereses...” (art. 623 del CC según la ley 23.928 y art. 770 del CCyCN).

58 art. 12 Ley 24557, según modificación introducida por el art. 11 Ley 27348

59 A la actualización del salario por medio del índice RIPTSE se le suma un interés de tasa legal, desde la PMI hasta la fecha de la liquidación. Luego el importe así calculado se capitaliza (art. 770 CCyCN) para dar lugar a un nuevo interés, de tasa legal (art. 768, inc. “b” CCyCN), a partir de la mora.

60 “A partir de la notificación del acto de homologación, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, el Empleador Auto asegurado o el Empleador No Asegurado deberá poner a disposición del damnificado el importe de la indemnización en la cuenta bancaria oportunamente declarada, dentro del plazo de cinco días de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Anexo I de la Ley Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo.” (art. 13, 26, resolución 298/17 – 24/02/2017).

61 “Establécese que a los fines del cálculo del interés del Artículo 12 inciso 2 de la Ley N° 24.557, deberá entenderse como fecha de puesta a disposición: a) en los casos en los que se hubiese llegado a un acuerdo, la fecha de suscripción del mismo; b) en todos los demás casos, la fecha de liquidación de la prestación dineraria” (art. 4, Res. 1039/19).

EL CONTRATO DE SERVICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ¿UNA REGULACION PROGRESIVA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO?

Ricardo León Chércoles¹

Sumario: I. Introducción. II. La regulación del contrato de servicios en el Código Civil y Comercial. III. Los puntos de contacto entre la relación de trabajo y el contrato de servicios. IV. Posibles avances de la regulación del contrato de servicios sobre el Derecho del Trabajo, desde una posición crítica. V. La regulación del contrato de servicios en el Código Civil y Comercial es progresiva. VI. Los criterios desde la legislación del trabajo y la necesaria aplicación de las normas del CCyC sólo en caso de recurrir a la presunción del art. 23 de la LCT. VII. Criterios de la regulación del contrato de servicios útiles a los fines de desvirtuar o revalidar la presunción del art. 23 de la LCT. VIII. ¿Una revalorización del contrato de servicios frente a la relación de trabajo? A raíz de los fallos “Cairone” y “Rica” de la CSJN. IX. La renovación de los indicadores de laboralidad a raíz de las transformaciones tecnológicas en el ámbito de los servicios. X. La relación de trabajo y el contrato de servicios a la luz de la Recomendación 198 de la OIT. XI. Algunos pasos se han dado y otros se han propuesto. XII. La protección del trabajo con independencia de su forma de realización y la consiguiente desaparición de los límites entre la relación de trabajo dependiente y el contrato de servicios. XIII. Bibliografía por autor.

Resumen: La regulación del contrato de servicios en nuestro CCyC, que a nuestro modo de ver es progresiva, posee significativa relevancia a la hora de determinar si nos encontramos frente a una relación de trabajo dependiente o frente al citado contrato, máxime, cuando en el caso concreto pudiera resultar aplicable la presunción establecida en el art. 23 de la LCT, puesto que en tal supuesto serán los criterios del contrato de servicios los que habrá que tener en cuenta a los fines de desvirtuar o no la citada presunción.

Palabras clave: Relación. Contrato. Presunción. Recomendación. Indicadores

¹ Abogado laboralista (UNC). Doctorando en derecho (UNC). Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UNC - UCC - UNL). Profesor de post grado de Carreras de Especialización y Diplomaturas en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Miembro de la Red de Investigadores en Tercerización Laboral (FLACSO). Miembro del grupo de investigadores de la Carta Iberoamericana del Trabajador de la Economía Social Solidaria (UNR). Miembro de la Comisión Directiva y secretario de publicaciones de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Córdoba (ADTSS-Cba.). Editor general y subdirector de la revista Catorce Bis de la ADTSS-Cba. Investigador de la Universidad Nacional de Córdoba (CIIJS - Facultad de Derecho). Disertante y Publicista

I.- Introducción

La diferencia entre la relación laboral y el contrato de servicios forma parte de uno de los temas más debatidos y desarrollados por la doctrina del Derecho del Trabajo a lo largo de gran parte del siglo XX y comienzos del presente siglo, motivo por el cual, en principio, un nuevo tratamiento sobre dicha temática no revestiría demasiada importancia.

Sin embargo, en los últimos años, y sobre todo desde el plano internacional, han sido incorporados a nuestra legislación nuevos criterios, indicios o indicadores de laboralidad que resultan sumamente útiles a los fines de determinar si nos encontramos frente a una relación de trabajo tutelada por la normativa laboral o a un contrato de servicios, y que se sumaron a los indicadores ya existentes, los que a su vez, han sido objeto de nuevas interpretaciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

Por otro lado, la doctrina ha realizado importantes propuestas a los fines de modificar los criterios de laboralidad vigentes con el objeto de adecuarlos a las nuevas formas de trabajo que se presentan en un contexto en permanente transformación, signado principalmente por los cambios tecnológicos².

Desde otro costado, la regulación del contrato de servicios en el CCyC ha establecido nuevos criterios y elementos que adquieren significativa relevancia a la hora de determinar si nos encontramos frente a una relación laboral dependiente o a un contrato de servicios, todo lo cual justifica, entendemos, un nuevo tratamiento de la temática a abordar en el presente trabajo.

II. La regulación del contrato de servicios en el Código Civil y Comercial

En el anterior Código, la regulación contrato de servicios (anteriormente denominado contrato de “locación de servicios”)³ no se adecuaba a la realidad negocial contemporánea, debido a que resultaba insuficiente para dar una respuesta apropiada a las variadas cuestiones que podrían suscitarse en un contexto de plena expansión tecnológica con un marcado auge de los servicios como en el que nos encontramos en la actualidad.⁴

Por ello, el CCyC, mediante una nueva regulación, ha buscado adaptarse al citado contexto, comenzando por *sustraer a los contratos de obra y servicios de las locaciones*, debido a que la anterior regulación estaba asentada sobre la base de su antecedente en el derecho romano, en el cual, el trabajo era realizado por esclavos que eran considerados “cosas”, y como tales, susceptibles de locación por parte de sus dueños.⁵

En el actual Código, la sustracción de los servicios del ámbito de las locaciones guarda estrecha razonabilidad en la medida en que “el trabajo no puede ser considerado mercadería”, motivo por el cual, resultaría inconstitucional su utilización en tal sentido⁶.

2 Véase AAVV, Nuevas Tecnologías, presente y futuro del Derecho del Trabajo, Director ARESE, César, Coordinadores: CHÉRCOLES, Ricardo León y FERRARIO, María de los Ángeles, Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2019.

3 Regulado en el Capítulo VIII, del Título VI, de la Sección III, del libro II, del Código Civil.

4 HERNANDEZ Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: LORENZETTI, Ricardo Luis, Coordinadores: DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo, Tomo VI (Arts. 1021 a 1279), Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, Año 2015, (edición encuadrada), Pág. 768.

5 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R., El contrato de servicios y el contrato de trabajo, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 3 D, Artículos 1227 - 1452 Derechos Personales, Director: BUERES, Alberto J., Coordinadores: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H y GEBHARDT, Marcelo, Editorial Hammurabi - José Luis Depalma, 1ra edición, Buenos Aires, Argentina, año 2018, ISBN 978-950-741-912-6. Pág. 202.

6 PEREZ CRESPO, Guillermo E., El nuevo Código Civil y Comercial y su incidencia en la corrosión del Derecho del Trabajo. El caso particular de

Por otro lado, a través de una renovada metodología y conforme veremos más adelante, el CCyC *ha establecido un nuevo criterio para diferenciar la relación laboral dependiente del contrato de servicios*, así como también *ha propuesto un dialogo entre la regulación del este último con las diferentes normas especiales*⁷, dentro de las cuales se encuentra la legislación del trabajo⁸.

Tenemos entonces que, con una franca mejora en la técnica legislativa⁹, el CCyC dedica tres secciones para regular los contratos de obras y servicios: la primera de ellas, con disposiciones comunes a ambas figuras, la segunda, con normas relativas al contrato de obra, y la tercera, con disposiciones referidas exclusivamente al contrato de servicios.

En el marco normativo expuesto, el art. 1251 del CCyC establece que “hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución”.

III. Los puntos de contacto entre la relación de trabajo y el contrato de servicios

Uno de los problemas para determinar cuándo nos encontramos frente a una relación de trabajo o frente a un contrato de servicios radica en que ambas figuras comparten algunos de sus rasgos o elementos esenciales.

Para comenzar, podemos señalar que tanto uno como otro contrato implican una *obligación de hacer* por parte de una persona, que involucra la realización de cierta actividad, la cual, en el contrato de servicios se manifiesta en “un hacer con un valor específico”¹⁰, mientras que en la relación laboral es “productiva y creadora del hombre en sí” (art. 4to de la LCT). Sin embargo, en ambos casos nos encontramos frente a una actuación, en el sentido de acción u omisión, lo que constituye el primer obstáculo para determinar frente a qué figura nos encontramos.

Además, tanto la tareas que cumple el trabajador como el servicio que realiza el prestador son llevados a cabo con independencia del resultado que con ellos se logre, o dicho con mayor precisión, *con independencia de la eficacia del resultado* que con ellos se obtenga, contrario a lo que ocurre, por ejemplo, con el contrato de obra¹¹, en el cual siempre se promete un resultado reproducible o susceptible de entrega (art. 1252 CCyC). Es por ello que, por ejemplo, conforme lo establece el art. 1278 de nuestro CCyC el contrato de servicios se encuentra estrechamente vinculado con las obligaciones de hacer (reguladas en el art. 773 del citado Código), similar a lo que acontece con la obligación del trabajador, que también configura una obligación de hacer (véase arts. 21, 22, 37 y s.s. de la LCT), sin que en ninguno de los dos casos se exija un resultado eficaz.

los contratos de suministro, obra y servicios, en Derecho del Trabajo, un estudio sobre las implicancias del nuevo Código Civil y Comercial desde una perspectiva crítica, Coordinador: DUARTE, David, Editorial B de F Ltda., 2016, ISBN: 978-9974-745-03-2, Pág. 238 y 239

7 HERNANDEZ Carlos A., Ob. Cit. Pág. 768.

8 El art. 1252 del CCyC es un ejemplo de ello.

9 LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, Director General: ALTERINI, Jorge Horacio, Directores del Tomo: ALCEGA, María Valentina, GOMEZ LEO, Osvaldo R. y LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P. Coordinador: ALTERINI, Ignacio E., Tomo VI (Arts. 1123 a 1377), Editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, Argentina, Año 2015, ISBN 978-987-03-2925-1. Pág. 561

10 FERNANDEZ BARREDO, Ramiro, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado. Tomo II (artículos 957 a 1707), Director VITOLO, Daniel Roque, Prologo de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Editorial Erreius, Buenos Aires, 2015, Pág. 1258. Dicha acción no se desvirtúa porque incluya la fabricación de bienes, puesto que éstos son accesorios a la acción.

11 LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Ob. Cit. Pág. 564 y 565. Expone el autor que, lo que diferencia al contrato de obra del contrato de servicios es que en el primero de ellos se requiere la obtención de un resultado (obligación de resultado), mientras que en el segundo alcanza con la provisión de un servicio, independientemente del resultado (obligación de hacer). Aunque no resulta indispensable que en el contrato de obra el objeto consista siempre en una obra material, pues puede ser intelectual (científico, literario, artístico, educacional, etc.). La diferencia está en realidad en el compromiso de un resultado.

Por otro lado, aunque el contrato de servicios puede ser gratuito (art. 1252 CCyC), la regla, al igual que sucede en la relación laboral, es que las tareas o servicios sean llevadas a cabo a cambio de una remuneración o retribución¹² (arts. 21, 103 y s.s. de la LCT y 1251, 1257 inc. a. del CCyC). Y si bien consideramos que en la relación de trabajo prima el carácter antrópico por sobre el sinalagmático¹³, ello no quita que en ambas figuras el pago de dicha remuneración o retribución constituya uno de sus elementos esenciales, junto con la tarea o el servicio que se lleva a cabo, constituyendo dicho pago, además, la principal obligación tanto del comitente¹⁴ (1251, 1257 inc. a. del CCyC) como del empleador (art. 21, 103 y s.s. LCT).

Otros de los puntos en común entre el contrato de servicios y la relación de trabajo está dado por la indeterminación del plazo que rige en ambos casos como regla (art. 1279 CCyC y 90 LCT), regla de la que deriva el deber de preavisar que se establece previo a la extinción de ambos contratos (art. 1279 CCyC y 231 y s.s. LCT).

Asimismo, el contrato de servicios es bilateral, no formal, conmutativo, onerosos y de tracto sucesivo¹⁵, caracteres todos ellos que comparte con el contrato de trabajo.

Otra similitud entre ambas figuras contractuales está dada por la asunción del riesgo técnico y económico, que en el contrato de servicios recae sobre el comitente¹⁶, al igual que sucede en la relación de trabajo, en la cual, como sabemos, recae sobre el empleador.

Ya en el plano procesal, al formar parte el contrato de servicios de los contratos no formales, puede ser acreditado a través de cualquier medio de prueba, entre ellos, con la realización misma del trabajo, con testigos y aún a través de presunciones¹⁷, lo cual, incluso dentro del proceso torna más dificultosa la tarea de determinar si nos encontramos frente a una u otra figura.

Como vemos, los elementos expuestos hasta aquí, por el hecho de ser compartidos por ambos contratos, en principio no podrían ser utilizados como criterios determinantes a los fines de establecer si nos encontramos frente a una relación laboral o a un contrato de servicios, aunque tal afirmación no se encuentra exenta de bemoles, tal como veremos más adelante.

IV. Posibles avances de la regulación del contrato del servicios sobre el Derecho del Trabajo, desde una posición crítica

Desde una posición crítica, podría considerarse que el art. 1252 del CCyC constituye un avance sobre el Derecho del Trabajo, en la medida en que, a los fines de diferenciar el contrato de obra del contrato de servicios, establece que en el primero de ellos “se

12 LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., *Ibidem*. Pág. 563. Aunque la retribución del prestador de servicios puede no estar integrada en dinero, a diferencia de lo que ocurre con la remuneración que percibe el trabajador (art. 107 LCT). En tal sentido señala el autor que la retribución “puede consistir en la trasferencia de cualquier otro bien, sea en uso o propiedad, en el cumplimiento de un hecho o, incluso, en un no hacer, siempre que implique un beneficio económico para el prestador de servicios o ejecutor de la obra”.

13 Véase por ejemplo CHERCOLES Ricardo L., La protección de las remuneraciones del trabajador en accidentes y enfermedades inculpables, en Sección Doctrina On Line, cita RC D 931/2014. Editorial Rubinzal - Culzoni, agosto de 2014.

14 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R., *Ob. Cit.* Pág. 225.

15 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R., *Ob. Cit.* Pág. 203 y 204.

16 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R., *Ob. Cit.* Pág. 214.

17 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R., *Ob. Cit.* Pág. 205.

promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”, mientras que en el segundo, la obligación consiste en “realizar cierta actividad independiente de su eficacia”, frente a lo cual, se podría pensar que todo contrato que conlleve una actividad y no requiera un resultado eficaz (lo que también sucede por ejemplo con las relaciones de trabajo) debería recaer indefectiblemente en un contrato de servicios.¹⁸

También, desde una posición crítica, podría considerarse que el art. 1279 del CCyC constituye un avance sobre el Derecho del Trabajo, en la medida en que dicha norma establece la posibilidad de que el contrato de servicios sea continuado, y con ello, el citado Código echaría por tierra lo que parte de la jurisprudencia y algunos doctrinarios del Derecho Civil y Comercial sostenían en referencia a que, cuando el contrato de servicios se extendía en el tiempo, sin plazo de finalización, en realidad se estaría encubriendo un contrato laboral. En la actualidad, con el establecimiento del citado artículo, la citada posición doctrinaria y jurisprudencial, que era favorable al trabajador, ha sido descartada por los doctrinarios del Derecho Civil y Comercial¹⁹.

V. La regulación del contrato de servicios en el Código Civil y Comercial es progresiva

Más allá de la posición crítica expuesta en el punto anterior, lo cierto es que la regulación del contrato de servicios en el CCyC no pretende abarcar las relaciones laborales dependientes, por el contrario, dicha regulación es clara en establecer un límite entre el citado contrato y la relación de trabajo.

En tal sentido, el art. 1251 del CCyC²⁰ expresamente dispone que el prestador de servicios “actúa en forma independiente”, mientras que el art. 1252 del citado Código establece que cuando los servicios son prestados *en dependencia* serán regidos “por las normas del derecho laboral”²¹.

Cabe aclarar, por la importancia que ello reviste, que dichas disposiciones no se encontraban establecidas en el anterior Código, y tal como veremos a continuación, su incorporación en el actual posee una significativa relevancia para el Derecho del Trabajo, a nuestro criterio, en favor del sujeto de preferente tutela constitucional.

Es que con anterioridad a la sanción del CCyC, frente a la ausencia de las dos normas citadas más arriba (o de otras en similar sentido), gran parte de la doctrina del Derecho Civil y Comercial sostenía que entre el contrato de servicios y la relación laboral dependiente existía una relación de género a especie, en donde el primero de ellos era el género y la segunda la especie.

En virtud de ello, y aplicando la vieja normativa civil, algunos autores²² consideraban que una determinada relación contractual podía encuadrar tanto dentro de los parámetros

18 PEREZ CRESPO, Guillermo E., Ob. Cit., Pág. 239 y 240. Ello, entre otras cuestiones que el autor expone en su trabajo, lleva a sostener que existió una voluntad del legislador en avanzar sobre el Derecho del Trabajo, más allá de la aclaración que establece el segundo párrafo del art. 1252 cula cuando reza, como nota de sospechosa ingenuidad (dice el autor), que “los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”.

19 Véase al respecto FERNANDEZ BARREDO, Ramiro. Ob. Cit., Pág. 1281”.

20 Art. 1251CCyC: “Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución”.

21 Art. 1252 CCyC: “Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral. Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados”.

22 véase LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Ob. Cit. Pág. 566 y 567

del contrato de servicios como en el marco de una la relación de trabajo, *por más que el prestador de los servicios o la persona que llevara a cabo sus tareas o actuara bajo la dependencia de otra*. Más aún, algunos doctrinarios encontraban un criterio diferenciador entre el contrato de obra y el contrato de servicios en el hecho de que en el primero de ellos la prestación era independiente, mientras que *en el segundo existía subordinación o dependencia*.²³

En la actualidad, *estas posiciones doctrinarias que consideraban ciertas relaciones de trabajo dependientes como locaciones de servicios, quedarían descartadas con el nuevo CCyC, al establecer en forma expresa que el prestador de servicios actúa en forma independiente* (art. 1251) *y que si se actúa bajo dependencia habrá relación de trabajo* (art. 1252), desapareciendo también, a raíz de dichas normas, la relación de género a especie que para algunos autores de la doctrina civil y comercial se daba entre ambas figuras contractuales.

Lo expuesto constituye a nuestro modo de ver, y en materia contractual, un significativo avance del Derecho Civil y Comercial, pero no sobre el Derecho del Trabajo, tal como se ha planteado en un sinnúmero de oportunidades, sino *en un sentido protectorio de la persona que trabaja*.

Tal vez ello fue lo que con posterioridad a la sanción del nuevo Código llevó a la propia doctrina del Derecho Civil y Comercial a sostener que para determinar si nos encontramos frente a una relación laboral dependiente o a un contrato de servicios, habrá que recurrir primero a los criterios de la legislación del trabajo²⁴, utilizando a tales fines, agregamos nosotros, los indicadores y demás herramientas que su normativa nos proporciona, y recién luego de ello, y consideramos que sólo en los casos en que se recurra a la presunción establecida en el art 23 de la LCT, habrá que analizar la cuestión desde los elementos del contrato de servicios regulados en el CCyC.

Es que, tal como lo establece el propio CCyC, no existe una relación de género a especie entre el contrato de servicios y el contrato de trabajo. Por el contrario, este último es autónomo y se encuentra dotado de principios, técnicas y reglas de aplicación derivadas directamente de la protección legal del trabajo (art. 14 bis C.N.), y por otro lado, el CCyC a través de su art. 963 otorga prelación a la LCT (por constituir una “ley especial”), que además resulta indisponible (arts. 7 a 14 LCT). Es por ello que “en caso de colisión o superposición de figuras contractuales de naturaleza laboral y civil y comercial, el operador e intérprete está obligado a posicionarse sobre el derecho sustantivo desde un derecho de protección del hombre en relación de dependencia, cualquiera sea la forma”.²⁵

En virtud de lo expuesto, será también *la justicia del trabajo* la que deba intervenir a los fines de determinar si nos encontramos frente a un contrato de servicios o a una relación de trabajo, y más allá de que generalmente es el trabajador quien interpone la acción y “elige” dicho fuero para tramitar su petición, lo expuesto encuentra fundamento tanto en las normas de derecho interno que regulan la competencia como de diferentes Instrumentos Internacionales, tal como por ejemplo se encuentra establecido en la Recomendación 198 de OIT que en su art. 14 establece: “La solución de controversias sobre

23 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R, Ob. Cit. Pág. 214. El autor cita dentro de los doctrinarios que participaban de dicha posición a Llambias. Véase también LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Ob. Cit. Pág. 566 y 567.

24 HERNANDEZ Carlos A., Ob. Cit. Pág. 765: sostiene textualmente el autor que “La primera distinción es determinar si se trata de un vínculo autónomo o dependiente, para lo cual se aplican los criterios de la ley laboral”.

25 ARESE, Cesar, Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo, con algunos capítulos de autoría de MACHADO, José Daniel, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, año 2017. Pág. 315 y 316.

la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales”.

Por lo expuesto, consideramos que la regulación del contrato de servicios en el CCyC es progresiva, en la medida en que ha establecido en forma expresa un límite entre dicho contrato y la relación laboral dependiente, límite que por cierto, como vimos, con anterioridad a la sanción del citado Código se encontraba más alejado del sentido protectorio que tiene nuestro Derecho del Trabajo.

Es que, tal como se ha expuesto, “el contrato de trabajo ha sido la superación dialéctica del contrato de locación de servicios, y por ende, mal podría retrogradarse en su tutela y reconocimiento”²⁶, postulado que el CCyC ha respetado, por lo menos en lo que a regulación del contrato de servicios se refiere.

VI. Los criterios desde la legislación del trabajo y la obligatoriedad de analizar el caso a la luz de las normas del CCyC sólo en el supuesto de recurrir a la presunción del art. 23 de la LCT.

Como vimos, y según sostiene la propia doctrina del Derecho Civil y Comercial a partir de la sanción de nuestro actual Código, para determinar si nos encontramos frente a una relación laboral o a un contrato de servicios habrá que partir desde los criterios de la legislación del trabajo.

A tales fines, corresponde recurrir primeramente a los arts. 21 y 22 de la LCT, los cuales, palabras menos y sin querer menospreciar la diferencia existente entre ambas normas, establecen que cuando una persona preste servicios en favor de otra, *bajo su dependencia* y mediante el pago de una remuneración estaremos frente a una relación de trabajo, tal como coincidentemente vimos que lo dispone el art. 1252 del CCyC.

Pero además, significativa injerencia tendrá en el análisis de la cuestión que nos ocupa el art. 14 de la LCT²⁷, que incorpora el *principio de la primacía de la realidad* a la legislación laboral, conforme el cual, mientras en una relación contractual se encuentren presentes los presupuestos establecidos en los arts. 21 y 22 de la LCT el contrato será laboral “cualquiera sea su forma o denominación”, restando con ello importancia al carácter formal de la relación y ciñendo el análisis a la constatación de los hechos que la conforman.

El problema radica en que la LCT no especifica qué debemos entender por “dependencia”, como tampoco lo hacen los arts. 1251 o 1252 del CCyC. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia laboral han recurrido, entre otros elementos²⁸, a la fragmentación de

26 FORMARO, Juan J, El contrato de servicios y el contrato de trabajo, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 3 D, Artículos 1227 – 1452 Derechos Personales, Director: BUERES, Alberto J., Coordinadores: COMPAGNICCI DE CASO, Rubén H y GEBHARDT, Marcelo, Editorial Hammurabi - José Luis Depalma, 1ra edición, Buenos Aires, Argentina, año 2018, ISBN 978-950-741-912-6. Pág. 206.

27 Art. 14 LCT: “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”.

28 Además, a los fines de constatar la existencia de relación de trabajo, la doctrina y jurisprudencia han tomado en cuenta algunos elementos que pueden formar parte o no de las mentadas notas de la dependencia, entre los que podemos mencionar: la prestación de tareas a en forma exclusiva favor una sola persona o conjunto de ellas; la jornada determinada de trabajo; el carácter personal de la prestación; la continuidad de las labores; el deber de acatar órdenes; la obligación de cumplir instrucciones; la carencia de titularidad de las herramientas de trabajo; la habitualidad en la percepción de las remuneraciones; la invariabilidad del monto de las mismas; la relativa capacidad económica del dependiente; entre muchas otras, aclarando que la ausencia de alguna o algunas de ellas no podrían llevarnos a descartar la existencia de relación de trabajo.

dicho concepto en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos como forma de verificar si nos encontramos frente a una relación de trabajo o no, aunque cabe aclarar que en ciertas ocasiones alguna o algunas de las referidas notas o aspectos de la dependencia pueden no encontrarse presentes, o pueden presentarse con escasa intensidad, lo que no quiere decir que por ello debamos descartar la existencia de una relación de trabajo.

Entonces, es del juego de los arts. 21 y 22 de la LCT, y desde el prisma del art. 14 de dicha normativa, que deberíamos extraer una conclusión respecto de si nos encontramos frente a una relación laboral o a un contrato de servicios, sin necesidad de recurrir a tales fines a la normativa que regula este último contrato en el CCYC.

Sin embargo podría ocurrir que, aunque se hubiera constatado la prestación de servicios, no se hubiera podido determinar la existencia de una relación de trabajo en los términos de los arts. 21, 22 y 14 de la LCT, supuesto en el cual, resultaría posible recurrir a la presunción *iuris tantum* que establece el art. 23 de la LCT²⁹, en virtud de la cual, de la citada prestación de servicios debe derivarse la existencia de un contrato de trabajo³⁰, “aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizarlo”, esto último en consonancia, como vimos, con lo establecido en el art. 14 de la LCT.

Ahora bien, por nuestra parte consideramos que en caso de recurrir a la presunción del art. 23 de la LCT, *necesariamente* habrá que verificar la existencia de prueba en contrario apta para desactivar la misma³¹, y dicha prueba, entendemos, no puede ser analizada desde otro punto de vista que no sea el de la normativa civil y comercial que regula el contrato de servicios, siempre y cuando, claro está, la existencia de dicho contrato hubiera sido la posición fijada por el empleador en el proceso respectivo.

En conclusión: el análisis de la existencia de relación laboral deberá ser hecho exclusivamente desde la legislación del trabajo (arts. 21, 22 y 14 LCT) *sin necesidad de recurrir a las normas del Derecho Civil y Comercial*, pero en el caso en que se recurra a la presunción establecida en el art. 23 de la LCT, resultará obligatorio el análisis de la prueba en contrario desde las normas que regulan el contrato de servicios en el CCyC.

VII. Criterios de la regulación del contrato de servicios útiles a los fines de desvirtuar o revalidar la presunción del artículo 23 de la LCT

Uno de los elementos a tener en cuenta a los fines de determinar si nos encontramos frente a un contrato de servicios o a un contrato de trabajo, y en su caso ratificar o desvirtuar la presunción del art. 23 de la LCT, está dado por la paridad de las partes, en un

29 Art. 23 LCT: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.”

30 Cabe hacer un paréntesis y señalar que, como es sabido, el art. 23 de la LCT fue interpretado de dos maneras. Para algunos, la sola acreditación de la prestación de los servicios tornaría operativa la presunción que la norma establece, y debido a que tal presunción es *iuris tantum*, sería el beneficiario de los servicios quien debería demostrar que no existió relación de trabajo entre las partes, mientras que para otros, aunque con algunos bemoles, el trabajador debería acreditar también que dicha prestación fue brindada en el marco de una relación de dependencia, lo que a nuestro modo de ver carecería de sentido y desvirtuaría la propia presunción al tener que probar el prestador de los servicios la existencia de la relación laboral dependiente. Al respecto véase FORMARO, Juan J., Ob. Cit. Pág. 208, en cita a Rosenberg, La carga de la prueba, 2da Ed, 2002, Pág. 255. Señala el autor que se trata de una presunción legal, motivo por el cual, “no es el juez quien de los hechos iniciales extrae una conclusión respecto del hecho presunto, sino que lo ha hecho la ley, no el juez sino la ley presume el hecho. No se trata de la comprobación de hechos sino de la aplicación de derecho, cuando el juez en virtud de la presunción legal toma en consideración el hecho presunto. El juez basa en él su sentencia, no porque se trata de un hecho probado, sino, precisamente, lo hace sin prueba; la presunción hace superfluas la prueba y la verificación del hecho presunto”.

31 Posición que ha sido sostenida por nuestra CSJN en el fallo “Rica” que comentamos más abajo.

caso, o la hiposuficiencia de una de ellas respecto de la otra, en el otro, al momento de negociar los términos del contrato.

Es que, aunque no en todos³², en la mayoría de los contratos de servicios tanto las cláusulas del contrato como la retribución que percibe el prestador son pactadas por ambas partes (arts. 958 y 1255 CCyC)³³, a diferencia con lo que ocurre en las relaciones de trabajo, en las cuales, como sabemos, existe una hiposuficiencia negocial del trabajador respecto del empleador en tal sentido.³⁴

Otro elemento que diferencia ambas figuras está dado por la posibilidad que tiene el prestador de servicios de elegir los medios de ejecución del contrato, facultad de la que el trabajador carece. En este sentido, el art. 1253 del CCyC establece como regla que “el prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato”. *A contrario sensu*, podríamos derivar de ello que si fue la otra parte quien eligió dichos medios, estaríamos más cerca de una relación de trabajo dependiente que de un contrato de servicios.

La parte sobre la cual recae la dirección y la responsabilidad en la ejecución del contrato constituye otro de los elementos que pueden resultar dirimientes a los fines expuestos. Al respecto, el art. 1254 del CCyC establece que el “prestador de servicios... conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución”, motivo por el cual, también a *contrario sensu*, si en la ejecución del contrato la dirección y responsabilidad quedara en manos del principal, tal como generalmente ocurre en las relaciones de trabajo, podría ser que nos encontremos frente a una de ellas y no frente a un contrato de servicios.

Otro elemento está dado por el hecho de que, como regla, en el contrato de servicios, quien provee los materiales necesarios para la prestación es quien presta dicho servicio (art. 1256 inc. b.), mientras que en la relación de trabajo generalmente es el empleador quien proporciona las herramientas que el trabajador utiliza.

Otra nota distintiva tiene que ver con los riesgos de la actividad del prestador, que en el contrato de servicios generalmente son asumidos por este último³⁵, mientras que en la relación de trabajo dependiente son asumidos por el empleador.

Un aspecto muy importante está dado por el conocimiento específico que sobre su actividad debe tener quien la desarrolla en el marco de un contrato de servicios. En este sentido, el art. 1256 inc. a) del CCyC establece la obligación del prestador de ejecutar el contrato *conforme los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad que desarrolla*. Cabe aclarar que tal estipulación, no se encontraba establecida en el anterior Código Civil³⁶, sino que fue incorporada por el actual, y guarda estrecha correspondencia tanto con la revalorización que el CCyC ha hecho de la *capacidad del prestador del servicio como con el carácter de independiente* (art. 1251 CCyC) que debe revestir su actuación.

32 Habrá que ver si se trata de contratos paritarios (art. 957 CCyC), de adhesión (art. 984 CCyC) o de consumo (art. 1093).

33 Tal es así que, por ejemplo, el art. 1255 del CCyC establece que las “leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes para determinar el precio de las obras o los servicios.

34 De ello se deriva que, si en el caso concreto las partes negociaron las cláusulas del contrato, tendríamos un indicio de que podría acercarnos a un contrato de servicios. Si por el contrario el prestador del servicio no negoció las cláusulas sino que las mismas fueron dispuestas por la otra parte, nos encontraríamos más cerca de una relación de trabajo dependiente.

35 LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Ob. Cit. Pág. 566 y 567.

36 Que en su art. 1632 establecía que se debía hacer según la costumbre del lugar...”

Lo expuesto también surge del deber de información que pesa sobre el prestador de servicios frente al comitente (art. 1256 CCyC), del que se deriva que “el prestador o contratista generalmente es un profesional, artesano o artista que posee un conocimiento experto sobre su área de especialización”³⁷, motivo por el cual, debe informar a quien lo contrata. Por lo expuesto, y también a *contrario sensu*, al tratarse de una persona que no hubiere sido contratada por su conocimiento en el arte, la ciencia o la técnica, podríamos presumir que nos encontramos frente a una relación laboral. Cabe agregar que el citado conocimiento especial que sobre su actividad tiene el prestador de servicios constituye un elemento muy utilizado en el derecho comparado a los fines de constatar frente a qué figura nos encontramos, y por otro lado, podemos decir también que “el desempeño de una profesión liberal no descarta su realización bajo dependencia”³⁸.

Especial mención merece además la ausencia de dependencia técnica con que el prestador desarrolla su actividad en el marco del contrato de servicios, lo que también ha sido una incorporación del actual CCyC.

En el anterior Código se encontraba estipulado que el modo de ejecutar la obra debía adecuarse a la costumbre del lugar o a lo decidido por las partes teniendo en consideración el precio estipulado (art. 1632 CCyC), mientras que en el CCyC se optó por brindar a quien ejecuta la obra el poder de decidir el modo en que va a llevarla a cabo. Es así que la propia doctrina del derecho Civil y Comercial ha dicho que “el contrato de obra y servicios se presenta en el CCyC como expresión de la libre prestación de actividad en el tráfico jurídico por contraposición al trabajo bajo relación de dependencia. No es de extrañar, consecuentemente, que el contratista o prestador pueda seleccionar libremente los métodos para cumplir con la obligación asumida. En otros términos, el artículo consagra la denominada discrecionalidad técnica que constituye una de las características del trabajo autónomo... Existe, por regla, la libertad de método”³⁹. En el mismo sentido los autores del Derecho Civil y Comercial han sostenido que la diferencia principal entre un contrato de servicios y una relación de trabajo radica en que “el prestador tiene discrecionalidad técnica, o sea, es él quien elige los medios y la forma que utiliza para la ejecución del contrato, tal como lo dispone el artículo 1253 del CCyC...”⁴⁰. En otras palabras, el art. 1253 del CCyC “consagra la autonomía técnica del prestador de servicios”⁴¹, por lo que, frente a la carencia de dicha autonomía en el caso concreto, deberíamos inclinarnos por resolver que nos encontramos frente a una relación de trabajo en detrimento de un contrato de servicios.

VIII. ¿Una revalorización del contrato de servicios frente a la relación de trabajo? A raíz de los fallos “Cairone” y “Rica” de la CSJN

Con fecha 19 de febrero de 2015, en autos “Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/ despido”, la CSJN revocó una sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había hecho lugar a un reclamo por despido injustificado incoado por los herederos de un médico anestesiólogo que había prestado sus servicios en el Hospital Italiano⁴².

37 FERNANDEZ BARREDO, Ramiro. Ob. Cit., Pág. 1262

38 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R, Ob. Cit. Pág. 203

39 LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Ob. Cit. Pág. 580 y 581

40 FERNANDEZ BARREDO, Ramiro. Ob. Cit., Pág. 1258

41 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R, Ob. Cit. Pág. 216

42 La sentencia de Cámara había resuelto a favor del trabajador con fundamento en el art. 23 de la LCT, y teniendo en cuenta que el actor cumplió tareas como médico anestesiólogo en forma habitual en el Hospital Italiano, integrando el plantel de la accionada, resultando su tarea parte de un engranaje empresarial, destacando, entre otros motivos: la carga horaria, las guardias pasivas y activas que debía cumplir el actor, la dirección y conducción del

En lo que a la temática del presente capítulo concierne, la Corte revocó⁴³ el fallo porque la Cámara había llevado a cabo una incorrecta aplicación del art. 23 de la LCT sin analizar el caso a la luz de la normativa relativa a la locación de servicios regulada por el Código Civil.

Sostuvo también el máximo Tribunal de nuestro país que: 1. la sentencia había ignorado las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que excedían el caso y que repercutían sobre todo el sistema de contrataciones, 2. el actor no había obrado con buena fe puesto en los 32 años que había prestado servicios nunca había hecho reclamo alguno, resultando su posterior accionar contrario a la doctrina de los actos propios⁴⁴, 3. la Cámara omitió valorar la costumbre como fuente de derecho, lo que era importante debido a su injerencia en una relación contractual tan particular como la del caso⁴⁵.

En lo estrictamente relacionado a la *dependencia*, sostuvo la Corte que ésta presenta tres aspectos: uno jurídico, uno económico y otro técnico, agregando que en una relación laboral se trabaja por cuenta ajena, lo que significa que el beneficio de las labores que se realizan es para el empresario, no para el trabajador. Por tal motivo, dijo la Corte, en las relaciones laborales el trabajador es ajeno a los riesgos, y percibe una remuneración de la que depende para su subsistencia con independencia de que el empleador gane o pierda en su actividad⁴⁶.

Por último, nuestro máximo tribunal señaló que la sentencia de Cámara confundió la *dependencia* con el *control* que es propio de los contratos de colaboración y que debe estar presente en todo establecimiento que preste servicios a terceros⁴⁷, agregando que si bien un trabajador dependiente siempre está sometido al poder de dirección del empleador, dicha dirección también se encuentra presente en el trabajo autónomo⁴⁸.

Más de 3 años después, con fecha 24 de abril de 2018, en autos "Rica, Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros s/ despido", la CSJN revocó una sentencia de la Sala VII CNAT que había hecho lugar a la indemnización por despido injustificado y al reclamo de las multas derivadas de la Ley de Empleo que había llevado a cabo un médico neurocirujano⁴⁹.

establecimiento hospitalario por parte de la demandada, la integración del actor en la organización empresarial demandada, el control por parte de la accionada sobre la tarea del médico, entre otros fundamentos.

43 La sentencia fue revocada vía doctrina de la arbitrariedad, con votos de los Ministros Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti adhiriendo al dictamen de la procuradora, con el voto del Dr. Lorenzetti en concurrencia.

44 Expuso la CSJN que la Cámara no pudo desconocer el comportamiento asumido por el actor quien, por decisión propia y voluntaria, pudo evaluar la conveniencia de desarrollar su tarea en el centro asistencial demandado del modo efectuado, durante más de 32 años, sin manifestar conflicto alguno atinente al encuadramiento jurídico de la relación que los unió (considerando 7mo). Agregó que la resolución impugnada tampoco considera la buena fe como deber jurídico de todo comportamiento que genera expectativas en otras personas. La prestación que desarrolló el doctor Estala tuvo el mismo carácter durante todo el tiempo que duró la relación, emitió facturas a través de la "AAARBA" y nunca hizo reclamo alguno. Solo manifestó su discrepancia al momento del distracto, conducta que contraría sus propios actos y la regla de la buena fe, al quebrar, sin causa fundada, la razonable expectativa de la institución que lo contrató durante tantos años sobre la base de una relación jurídica de servicios autónomos (considerando 11vo).

45 Sostuvo la Corte que la costumbre del sector, como fuente de derecho, también fue ignorada en el fallo recurrido. En ese orden de consideraciones, el a quo también ha omitido toda valoración respecto de la información brindada por la "Fundación Favaloro" sobre la situación laboral de los médicos anestesiólogos, en donde la "AAARBA" contestó afirmando el carácter de "locación de servicios" de las tareas desempeñadas por sus socios (fs. 488/489) (considerando 11vo).

46 Sostuvo la Corte en el fallo: "Por ello, aunque, hay una gran variedad de remuneraciones que es posible pactar entre empleado y empleador (fija, variable, etc.), lo importante es la función económica de la prestación dineraria. En el contrato laboral la obligación dineraria tiene una función retributiva, ala que la ley, además, le atribuye, como mínimo, la finalidad de asegurar alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión (art. 116, ley 20.744). Esta causa económico-social es otro elemento que concurre a la tipificación del vínculo, que no se da en el caso".

47 Sostuvo la Corte en el fallo: "En los vínculos de colaboración autónomos hay una intromisión o injerencia del titular del interés sobre quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo. Dicha injerencia es distinta de la dependencia laboral, ya que esta última no se limita al objeto del encargo pues alcanza al elemento personal, al trabajador, que está jurídicamente subordinado."

48 Esta dirección se plasma en el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, fijación del ritmo de trabajo, entre otros aspectos.

49 En su sentencia la Cámara tuvo por acreditado que el actor prestó servicios en el ámbito del Hospital Alemán. Resaltó que el ejercicio de una profesión

En lo que a la cuestión que nos atañe refiere, la Corte revocó el fallo⁵⁰ criticando la posición de la Cámara que había sostenido que el contrato de locación de servicios se encontraba virtualmente abrogado y que su utilización resultaba inconstitucional⁵¹. Al respecto, la Corte expuso que, por el contrario, dicho contrato se encontraba vigente (en el art. 1623 del Código Civil, hoy 1251 del CCyC), y que además, era un contrato civil típico y habitual en el ámbito de los servicios profesionales, tal es así, dijo la Corte, que el art. 23 de la LCT al establecer una presunción *iuris tantum* admite que la prestación sea cumplida en una forma ajena a la relación laboral dependiente.

Sostuvo además el máximo Tribunal de nuestro país que en el caso concreto: 1. los propios médicos eran quienes decidían a quien se contrataba y quienes tenían injerencia en la forma en que se desarrollaba el servicio que se prestaba en el establecimiento⁵² y 2. el actor recibía una contraprestación por sus servicios sólo si los mismos eran efectivamente prestados.

Asimismo la Corte señaló que existieron otras circunstancias adicionales que si bien no resultaban *per se* determinantes del tipo de relación que vinculaba al actor con las demandadas debieron ser analizadas por el Tribunal. Entre ellas podemos destacar: 1. que el actor era monotributista y emitía facturas no correlativas cuyos importes diferían todos los meses⁵³; 2. que la AFIP había realizado una inspección en el Hospital Alemán y concluyó que no existía relación de dependencia con el actor; 3. que el actor nunca reclamó la existencia de una relación laboral durante toda su relación de trabajo; 4. que el actor no probó ni invocó que hubiera gozado de vacaciones pagas y 5. que cada médico podía fijar sus propios horarios. Además, agregó el máximo Tribunal de nuestro país que no alcanzaba para acreditar una relación dependiente el hecho de que el actor hubiera concurrido todos los días a trabajar, que trabajara en el establecimiento propiedad del Hospital Alemán y que sus honorarios hubieran sido la única fuente de sus ingresos.

En lo que estrictamente a la *dependencia* se refiere, y similar a lo que sostuvo en el fallo "Cairone", la CSJN expuso que el hecho de que un prestador de servicios deba respetar una serie de directivas emanadas de quien lo contrató no resulta por sí solo concluyente para acreditar un vínculo de subordinación, debido a que ciertas exigencias responden al orden propio de toda organización empresarial y pueden estar presentes tanto en el contrato de trabajo como en una relación de carácter comercial. En tal sentido, sostuvo la Corte que si se entiende que la sola verificación y control supone un trabajo dirigido, podría llegarse a la inexacta conclusión de que la mayoría de las prestaciones médicas son dependientes, puesto que normalmente se ejerce un control sobre dichas prestaciones.

liberal no era obstáculo para que se perfeccionara un contrato de trabajo cuando las tareas eran habituales y continuas. Asimismo, estimó: que el actor se había insertado en el establecimiento y la organización de trabajo del citado hospital; que las demandadas abonaban sus honorarios y que el actor había utilizado los elementos que la accionada le proveía para poder desarrollar sus tareas. A partir de ello, y teniendo en cuenta que prestación de servicios había sido reconocida por parte de las accionadas, con fundamento en el art. 23 de la LCT, concluyó que existió un contrato de trabajo.

50 La sentencia de la CNAT fue revocada por la Corte vía doctrina de la arbitrariedad, con votos de los Ministros Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz y Ricardo Luis Lorenzetti adhiriendo al dictamen de la procuradora, con el voto del Dr. Lorenzetti en concurrencia.

51 Con respecto a la locación de servicios que habían invocado los demandados, la Cámara sostuvo que "en los últimos cincuenta años ningún civilista destacado ha aceptado la existencia de este contrato y todos han dado cuenta de su abrogación". Afirmó además que "el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del derecho; si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que el trabajo no es una mercancía y que goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el art. 14 bis.". En tal sentido, juzgó a la suscripción de dichos convenios como actos fraudulentos contrarios al orden público laboral (extraído del fallo de la Corte)

52 De ello se deriva que la institución no estaba facultada para introducir por su sola voluntad cambios en una modalidad esencial del contrato de trabajo

53 Sostuvo la Corte que la ajenidad del riesgo es un elemento distintivo de la prestación de servicios en el marco de una relación de subordinación, debido a que el dependiente tiene una base de ingresos fija y regular asegurada. En cambio, quien ejerce en forma autónoma, tratándose de un profesional médico, su ingreso depende de si los pacientes directamente o bien la obra social o el intermediario financiero realicen el pago.

Sobre los dos pronunciamientos citados podemos señalar que, si bien en ambos casos existían ciertas particularidades⁵⁴ que impiden trasladar los fundamentos de la Corte a otros casos que no las presentan, y que además si bien dichas particularidades podrían haber llevado a cualquier Tribunal a descartar una relación de dependencia en favor de un contrato de servicios, resultan llamativos algunos de los fundamentos utilizados por la Corte a los fines de fijar su postura.

Entre ellos, no podemos dejar de reparar en la utilización por parte del máximo Tribunal de nuestro país de la *teoría de los actos propios*, en la medida en que dicha teoría tiene escasa aplicación en el Derecho del Trabajo debido a que, por un lado, su utilización otorga cierta legitimidad a casos de fraude laboral, y por el otro, existe una clara imposibilidad del trabajador de reclamar a su empleador mientras se encuentra vigente su relación de laboral por miedo a perder su fuente de empleo, lo que justifica su inacción frente al principal. Ello ha llevado incluso a algún autor a habar de una *hiposuficiencia reclamacional*⁵⁵ del trabajador en el marco de las relaciones de labor.

A su vez, la posición de la Corte en el sentido de ambos fallos olvida la protección del trabajo “en sus diversas formas” (art. 14 bis C.N.) y vulnera el principio de irrenunciabilidad, del cual se deriva la imposibilidad de la aplicación de la *teoría de los actos propios*, que según la propia Corte⁵⁶ carecerán de todo valor los actos de renuncia expresa o tácita que efectúe el titular del derecho, en cuanto carece de la facultad jurídica de desprenderse de los derechos que las normas imperativas de jerarquía constitucional o suprallegal le conceden.⁵⁷

Tampoco podemos dejar de señalar el destacado valor que la CSJN otorgó a las consecuencias económicas que podía acarrear el pronunciamiento. Y si bien no es la primera vez que la Corte refiere dichas consecuencias⁵⁸, la citada posición había sido superada a partir de la propia jurisprudencia de la Corte que llevó a una valoración de la persona humana por sobre las referidas consecuencias⁵⁹, incluso definiendo principios y reglas en tal sentido⁶⁰.

54 Vgr: en “Cairone” El actor, como médico anestesiólogo, tenía una relación con la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (AAARBA) de la cual era socio y actuaba como agente de facturación y cobro de sus honorarios, además de ser agente de retención de diversas obligaciones impositivas, como así también de la cuota de la empresa de medicina prepaga contratada por el afiliado, de la comisión cobrada por la AAARBA por sus servicios, del pago del seguro por mala praxis contratado a través de la Mutual de Médicos Anestesiólogos, entre otros conceptos (extraído del considerando 6to del fallo).

55 ELIAS, Jorge, Hiposuficiencia reclamacional, un nuevo desafío para el derecho del trabajo, en Revista Derecho del Trabajo, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, Pág. 3196.

56 En fallos “Ambrogio” y “Perez Ortega”

57 DUARTE, David, La Relación de Trabajo, en Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema Justicia de la Nación comentada, Director: ACKERMAN, Mario E., Coordinadora: SFORSINI, María Isabel, Tomo I, Editorial: Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2019, Pág. 39 y 40.

58 Entre otros, por ejemplo, “Rodríguez c Embotelladora”.

59 CSJN: Fallo Vizzoti: “La Corte no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina del presente fallo podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general. Esta hipotética censura, sin embargo, al margen de la naturaleza sólo conjetural de las consecuencias que predica, resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el ya mentado principio de supremacía de la Constitución Nacional, cuanto el fundamento en el que toda ésta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aún más por los señeros aportes del art. 14 bis y la reforma de 1994 (esp. art. 75 inc. 22). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional”.

60 Véase ARESE Cesar, Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo. Prólogo de BYLOS, Antonio. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. Año 2014. Pág. 69 a 89. Véase en especial el capítulo II de la obra, denominado “Principiología laboral de la Corte Suprema”, en el que autor expone los principios desarrollados por la CSJN en sus diferentes pronunciamientos, sobre todo a partir del año 2004. Entre dichos principios el autor destaca el: protectorio; de estabilidad laboral; justicia social, progresividad; pro homine, favorabilidad; reparación integral, igualdad y no discriminación; distribución desigual de las cargas probatorias en procesos por discriminación; supremacía constitucional en la negociación colectiva; libertad y democracia sindical, todos ellos sostenidos por la CSJN en los fallos “Milone”; “Aquino”; Vizzoti”; “Madorrán”; “ATE s/ Inconstitucionalidad”;

Por otra parte, la alusión a las consecuencias económicas en un determinado pronunciamiento, tal como sucedió en “Cairone”⁶¹, remite a una idea de “consecuencialismo” de los pronunciamientos jurisprudenciales, la cual, no sólo vulnera el debido proceso por resultar ajena al caso sino que también carece de fundamentación en Derecho.⁶²

Llama también la atención la referencia que hizo la Corte en el sentido de que, en las relaciones laborales el beneficio del trabajo va para el empresario y no para el trabajador, quien percibe una remuneración de la que depende para su subsistencia, cuando tal posición ha sido descartada por gran parte de la doctrina en la medida en que, por un lado, en muchas relaciones laborales parte del beneficio del trabajo también queda para el trabajador, y por el otro, es sabido la falta de dependencia económica y no excluye la relación de trabajo.

Por último, entre otras cuestiones⁶³, resulta llamativo que la sentencia de la Corte hubiera separado el “control” de una parte por sobre la otra de la “dependencia” existente entre ambas, debido a que dicho control constituye en realidad uno de los elementos o notas de la citada dependencia, tal es así que de dicho modo se encuentra expresamente establecido en diferentes instrumentos internacionales, tal como veremos a más adelante.

IX. La renovación de los indicadores de laboralidad a raíz de las transformaciones tecnológicas en el ámbito de los servicios

Desde finales del siglo pasado, pero con mayor intensidad en nuestros días, nuevas realidades y diferentes factores demográficos; migratorios; climáticos; de oferta y demanda de trabajo; sumados a recientes formas de contratación, métodos de producción, distribución y consumo, y al impacto de las transformaciones tecnológicas instauradas sobre instituciones, acuerdos y regímenes de libre comercio, todo ello sobre la base de un creciente neoliberalismo a escala global, entre otras causas, han traído aparejadas una serie de consecuencias que se manifiestan hoy en diferentes aspectos del trabajo humano.⁶⁴

Entre dichas consecuencias se destaca la aparición y el posterior desarrollo de nuevas formas de labor, que fueron denominadas por la OIT como formas *atípicas*⁶⁵ de trabajo, cuya principal característica, a nuestro modo de ver, está dada por el *desvanecimiento o la desaparición de algunos de los elementos que conforman la dependencia* de quien lleva a cabo sus tareas o presta sus servicios en el marco de tales formas de labor.

“Perez c Disco”; “Llosco”; “ATE II”; “Álvarez”; “Aróstegui”; “Rossi”; “Pellicori”, entre muchos otros.

61 En el fallo la Cámara había condenado a la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires al pago de más de \$ 4.500.000, más intereses.

62 DUARTE, David, Ob. Cit. Pág. 35 y 36: En tal sentido sostiene el autor que el fallo “se aparta de las cuestiones debatidas y afecta el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio, porque es un argumento que se introduce luego del resultado de la decisión judicial, que tiene en cuenta los hechos alegados por las partes, sometidos a las reglas del proceso, a los que se agregan los aspectos controvertidos y que se someten a las pruebas en juicio, también a la evaluación y ponderación de cada una de las constancias probatorias. A su vez, los hechos probados son sometidos a su encuadre a la norma legal aplicable que conduce al resultado de la actividad jurisdiccional... Es la degradación del Derecho por parte de la economía que tiene en cuenta otras circunstancias que no deben formar parte de la actividad jurisdiccional”.

63 Resulta extraño también el valor que la Corte le dio a la costumbre como fuente de derecho por sobre otros aspectos que consideramos más relevantes.

64 Véase en CHERCOLES, Ricardo León y FERRARIO, María de los Ángeles, El impacto de las transformaciones tecnológicas y el futuro del Derecho del Trabajo en América Latina, con especial referencia a los trabajadores vulnerables, en Nuevas tecnologías, Presente y futuro del Derecho del Trabajo, ARESE, Cesar, Director, CHERCOLES, Ricardo y FERRARIO María de los Ángeles, Coordinadores. Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2019, ISBN: 978-987-30-1399-7. Pág. 137 a 171.

65 La denominación “atípica” ha sido utilizada por la OIT en su programa denominado “Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo”. Conforme los diferentes informes de la citada Organización dichas formas de trabajo comprenden las “ocupaciones transitorias o por encargo”, el trabajo “tecnológico calificado”, el trabajo “no remunerado”, el “empleo ambiguo”, el trabajo “ondemand”, la “gigeconomy”, el “coworking”, entre otras formas de labor que también incluyen el trabajo desarrollado en el marco de aplicaciones o plataformas digitales (v.gr: Uber, Cabify, Rappi, Pedidos ya, Golvo, Deliveroo, Foodora, entre otras).

Pero además del desvanecimiento o la desaparición de algunas de las notas de la dependencia, en los últimos tiempos el trabajo ha experimentado una *ruptura del límite espacial-temporal* que constituía la esencia y estructura básica de la relación de trabajo fordista dependiente sobre la cual se construyó nuestro actual Derecho del Trabajo, y conforme la cual, el trabajo humano se limitaba a la prestación de tareas específicas dentro de un establecimiento dado y a lo largo de una jornada determinada.⁶⁶

Sin embargo, a pesar de los mentados cambios, el modelo de nuestro Derecho del Trabajo concebido sobre la base de la citada relación laboral fordista dependiente continúa sin grandes transformaciones estructurales en nuestros días. Es decir, la existencia de *dependencia* económica, técnica y jurídica del trabajador hacia el empleador como elemento necesario para que el primero pueda gozar de la protección de las normas propias del Derecho del Trabajo permanece, por lo menos desde la praxis, incólume en la actualidad, *lo que podría llevar a que muchas de las formas de trabajo atípicas queden fuera del paraguas protectorio del Derecho Laboral, y terminen enmarcadas en diferentes tipos de contratos de servicios.*

Prueba de ello está en que la mayoría de las sentencias que en el derecho comparado⁶⁷ analizaron la existencia de una relación de trabajo en el contexto de las formas atípicas de labor, (por ejemplo en el marco de plataformas digitales), rechazaron, con diversos fundamentos⁶⁸, la pretensión de los trabajadores cuando tales casos fueron analizados desde la óptica de la dependencia técnica, jurídica y económica, y por el contrario, cuando dichas sentencias analizaron la existencia de relación laboral desde otra óptica o utilizando otros métodos, criterios, indicios, indicadores de laboralidad, hicieron lugar a los reclamos de los accionantes.⁶⁹

Entonces, el problema radica en que el desvanecimiento o la desaparición en los elementos que configuran la dependencia laboral (técnica, económica y jurídica) en las formas de trabajo atípicas, y el mantenimiento de un derecho que sólo protege cuando dicha dependencia se encuentra presente con cierta intensidad, podría llevar a la desprotección de quienes desarrollan su actividad o prestan sus servicios en el marco de las citadas formas de labor.

Y el problema podría ser aún mayor, debido a que diferentes estudios llevados a cabo por distintos organismos internacionales muestran que las formas de trabajo atípicas en el marco de los servicios (v.gr: trabajo en plataformas digitales), que hoy no alcanzan el 1,5% del trabajo total, en menos de 15 años podrían superar el 50% del total de las formas de trabajo, con lo que podríamos tener más de la mitad de los trabajadores

66 En la actualidad, la ruptura de dichos límites en el trabajo ha traído aparejadas una serie de consecuencias que han llevado al resquebrajamiento del derecho que lo regula, y a que muchos de sus institutos resulten ineficientes e incluso inaplicables para la regulación tanto de las formas de trabajo atípicas como de las formas de labor no subordinadas, pero también a que algunos de los principios rectores de dicho derecho resulten incompatibles con las citadas formas de trabajo.

67 No se citan sentencias dictadas en el marco de nuestro ordenamiento jurídico interno porque no las hay hasta la fecha. Por lo menos no analizando la existencia de relación de trabajo en tales marcos.

68 Los fundamentos fueron: que el trabajo no es personal (se prevé el reemplazo por otra persona); las herramientas del trabajo son del propio prestador de servicios y pueden ser utilizadas por éste en actividades no relacionadas con el trabajo; el prestador de servicios asume los gastos de su actividad (gasolina, peajes, comida, seguro, impuestos etc.); el prestador de servicios asume los riesgos de su actividad (v.gr. rotura de auto o bicicleta); en los contratos se hace referencia al “prestador” y nunca al “trabajador”; en los contratos existe libre voluntad de las partes; hay libertad en la determinación de la jornada de trabajo por parte del prestador de servicios (los días y horas de prestación); el prestador de servicios puede rechazar encargos o rehusar encargos previamente elegidos; no existe dependencia técnica en la relación (el prestador es libre para organizarse como quiera en la prestación del servicio: medios de transporte, rutas etc.); el prestador no tiene exclusividad para con el dador de trabajo; el prestador de servicios es quien recibe el pago directamente del cliente y luego deposita los montos al dador del trabajo.

69 Véase <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain/> Accedido el 10/06/19

o prestadores de servicios hiposuficientes sin protección y trabajando en contextos de suma vulnerabilidad

¿No sería entonces hora de cambiar la constatación de la dependencia técnica, jurídica y económica por otros indicadores de laboralidad a los fines de no poner en riesgo la protección de dichos trabajadores?

X. La relación de trabajo y el contrato de servicios a la luz de la Recomendación 198 de la OIT

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico existen otros indicadores de laboralidad más allá de la citada constatación de la dependencia técnica, económica y jurídica, aunque los mismos no son frecuentemente utilizados por los diferentes operadores jurídicos.

A modo de ejemplo podemos mencionar que, a los fines de adaptarse a los cambios que han experimentado las formas de trabajo, y sobre todo con el objetivo de evitar el fraude a través de la utilización de contratos de servicios no laborales para encubrir verdaderas relaciones de trabajo, el Derecho Laboral ha dado algunos pasos.

Es así que en el año 2006 la OIT dictó la Recomendación 198 “Sobre la relación de trabajo”, cuyo artículo 13 establece la necesidad de contar en la legislación de cada país, aunque también ello puede ser llevado a cabo por otros medios, con *indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo tutelada*.

Para la citada Recomendación, forman parte de dichos indicios que el trabajo: 1. se realice *según las instrucciones* y bajo el *control* de otra persona; 2. implique la *integración del trabajador en la organización* de la empresa; 3. sea efectuado *única o principalmente* en beneficio de otra persona; 4. deba ser *ejecutado personalmente por el trabajador*, dentro de un horario determinado, o en el lugar *indicado o aceptado por quien solicita el trabajo*; 5. tenga cierta duración y continuidad, o requiera la *disponibilidad del trabajador*; 6. implique el *suministro de herramientas*, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

También conforme la citada Recomendación dichos indicios se encuentran en el hecho de que: 1. se paga una remuneración periódica al trabajador; 2. dicha remuneración constituye la *única o la principal* fuente de ingresos del trabajador; 3. la citada remuneración incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; 4. se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; 5. la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; y 6. no existen riesgos financieros para el trabajador.

Cabe señalar que algunos de los indicios o indicadores de laboralidad establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT hacen a las notas típicas de la dependencia técnica, económica o jurídica, sin embargo, otros amplían el espectro de dicha dependencia o incluso constituyen indicadores que no se circunscriben a lo que la doctrina ha entendido por dependencia o subordinación, pero no por ello dejan de ser indicios de la existencia de una relación de trabajo que debe ser tutelada por el derecho de cada país, y en particular del nuestro, conforme el carácter y alcance que la citada Recomendación tiene.

XI. Algunos pasos se han dado y otros se han propuesto

Entre los indicadores aptos para analizar la existencia de una relación de trabajo tutelada cuando la misma se hubiere desarrollado fuera del molde de la típica relación fordista dependiente podemos destacar la *verificación de la integración del trabajador en la organización de la empresa*, indicador éste que se encuentra plasmado, como vimos, en la Recomendación 198 de la OIT, además de encontrarse también establecido en algunos ordenamientos jurídicos internos⁷⁰.

Otro indicador útil a los fines mencionados está constituido por el concepto de *ajenidad o del trabajo por cuenta ajena*⁷¹, que comprende diferentes variantes tales como la *ajenidad en los riesgos, en los frutos, en los resultados y/o en la titularidad de la explotación*, aunque en nuestro Derecho del Trabajo dichas variantes no resulten puras o absolutas y admitan algunos matices⁷².

También, como posible criterio de laboralidad idóneo para brindar una solución a la cuestión planteada se ha ponderado la *dependencia económica como criterio del contrato de trabajo en sustitución de la dependencia jurídica*, lo cual, "simplificaría la legislación laboral, al mismo tiempo que permitiría indexar el grado de protección del trabajador a su dependencia"⁷³.

En tal sentido se ha dicho también que la "tendencia a romper la hegemonía de la dependencia jurídica a favor de la dependencia económica ha adquirido vigor en la actualidad, en donde los cambios en la forma de contratación del trabajo ajeno se ha modificado de una manera drástica, dejando numerosas actividades que antes se llevaban a cabo bajo el molde de la dependencia jurídica fuera de sus límites"⁷⁴.

Sin embargo, consideramos nosotros, la ponderación de la dependencia económica como elemento principal del contrato podría llevarnos al peligro de enmarcar la relación de trabajo humano en nuevas categorías jurídico conceptuales que establezcan únicamente derechos mínimos para quienes prestan sus tareas en tales contextos (v.gr: el TRADE en España), sin poder alcanzar los trabajadores en dichos casos la intensidad de tutela que, entendemos, deberían gozar en la prestación de su labor.

Entre otras propuestas de solución al problema señalado también se han planteado: 1. la tutela de las formas atípicas de labor o prestación de servicios a través de reformas en los Códigos Civiles; 2. la autotutela de colectivos de trabajadores mediante la negociación colectiva; 3. la autotutela del trabajador mediante el contrato individual del trabajo; 4. la protección a través del dictado de leyes especiales que regulen cada una de las actividades en donde se desempeñen trabajadores vulnerables con una marcada dependencia

70 Por ejemplo, en el art. 1.º del Estatuto de los Trabajadores Españoles que establece: "La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario".

71 TUSET DEL PINO, Pedro, Elementos característicos de la relación de trabajo y su diferenciación con los trabajadores autónomos conforme la legislación laboral española, en Revista Erreius de Abril 2020, en Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Director: TOSELLI, Carlos A.

72 Al respecto véase TOSELLI, Carlos A, Ajenidad en el contrato de trabajo, en Estudios Críticos de Derecho del Trabajo, editado por la Asociación de Abogados Laboralistas - Editorial Legis - Buenos Aires, 2014, p. 177ª 179.

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

74 CANDAL, Pablo, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Director: ACKERMAN, Mario E., Coordinadora: SFORSINI, María Isabel, Tomo I, Arts. 1 al 102, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, Año 2016, Pág. 293.

económica; 5. un cambio en el tipo legal de contrato de trabajo por el de un contrato de actividad; 6. y como vimos, la primacía del concepto de dependencia económica por sobre el de dependencia jurídica, sobre todo en el marco de las redes de empresas, otorgado mayor protagonismo a la coordinación que a la idea de subordinación jurídica, y destacando el elemento de ajenidad como nota de la relación de trabajo⁷⁵.

Por su parte, la jurisprudencia de otros países ha recurrido a diversos indicadores de laboralidad⁷⁶ dentro de los cuales podemos destacar tres, que han sido fundamentales a la hora de brindar tutela al trabajador atípico. Ellos son: 1. en la *integración del trabajador en la organización de la empresa*; 2. en la *imposición de condiciones o reglas por parte de la empresa*, y 3. en el *control* sobre la prestación de servicios.

Partiendo de dicha base, consideramos que los indicadores de laboralidad que más se ajustan a los fines de la existencia o no de relación laboral entre las partes de un determinado contrato en el marco de una relación atípica de labor, son los establecidos en los diferentes “test” utilizados en Estados Unidos tanto por los diferentes organismos estatales como por los distintos Tribunales.⁷⁷

Entre los mencionados tests⁷⁸, se destaca el “Test del control”, que consiste principalmente en determinar si existe *control* o *supervisión* por parte de la empresa sobre la forma de ejecución de las tareas o del desarrollo de la actividad de la persona que presta sus servicios, y se complementa con la constatación de los siguientes indicadores: 1. si la actividad del trabajador integra el negocio del empresario (al igual que se establece en la Recomendación N° 198 de la OIT), 2. si las tareas o actividad del trabajador requiere de habilidades especiales, caso en el cual podríamos acercarnos más a un trabajo autónomo que a una relación de trabajo dependiente, 3. si el trabajador puede obtener mayores ganancias dependiendo de su habilidad para la realización del trabajo, lo que de no suceder, llevaría a que nos inclinemos por una relación de trabajo en detrimento de un contrato de locación de servicios, 4. la duración de la relación (mientras mayor duración

75 A los fines de indagar sobre las diferentes propuestas de solución véase: CANDAL, Pablo, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Director: ACKERMAN, Mario E., Coordinadora: SFORSINI, María Isabel, Tomo I, Arts. 1 al 102, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, Año 2016, Pág. 302 y ss. El autor propone la N° 6.

76 Entre tales argumentos podemos destacar que: 1 el trabajo generalmente es llevado a cabo en forma personal, 2. existe un control del trabajo a través de métricas que miden el rendimiento laboral (algoritmo previamente programado por humanos) y calificaciones de los usuarios, 3. existe una utilización de vestimenta o equipo identificado con imagen de la empresa, 4. la empresa es quien provee las herramienta de trabajo (cajas, teléfono: Uber), 5. la capacitación de los trabajadores es llevada a cabo por parte de la empresa, 6. el sitio web y las aplicaciones utilizadas por trabajadores son propiedad de la empresa, 7. la empresa es la que fija las tarifas que paga el cliente, 8. la empresa fija unilateralmente la retribución que percibe el trabajador, 9. los pasajeros pagan la tarifa a la empresa y ésta transfiere a los conductores el importe por el servicio prestado, 10. la empresa fija los cronogramas de pagos del trabajador, 11. la empresa admite o no al trabajador aspirante a ingresar al negocio (más estricto en el caso de Uber: antecedentes pers, multas, cuentas bancarias, etc.), 12. la empresa aprueba los vehículos según condiciones tales como antigüedad (no inferior a diez años) y adecuado funcionamiento (Uber), 13. la empresa es quien capta los clientes, 14. no se requiere un alto grado de destreza o formación para trabajar que puedan incrementar ganancias o pérdidas, 15. el trabajador no tiene poder de negociación de las condiciones, 16. los trabajadores deben respetar un código de conducta, v.gr: debe cuidar sus comentarios en redes sociales (Uber, caso Silva), 16. el trabajador no invierte en su negocio salvo por su trabajo, 17. la empresa publicita a los conductores como “nuestros conductores”, 18. la empresa garantiza la calidad del servicio prestado por el trabajador, 19. la empresa puede sancionar al trabajador, suspenderlo o bloquearlo: por baja calificación, por incumplimiento de entrega, por retardo en la entrega, por no trabajar 180 días al año (Uber), 20. no existe relación jurídica entre el trabajador y el clientes o el restaurante, por lo que no se trata un prestador de servicios independiente, 21. existe ausencia de libertad en la determinación de la jornada de trabajo. Dicha libertad sólo se da en el mundo del marketing de estas empresas. El funcionamiento del sistema lleva a que, para mantener un alto rango, el trabajador tenga que realizar un cierto número de entregas, trabajar un número mínimo de turnos en una semana y trabajar un número de viernes, sábados o domingos por la noche.

77 Sin dudas resulta extraño sostener que del ordenamiento jurídico de la legislación de un país caracterizada por la desprotección del trabajador surjan los indicadores de laboralidad que más se adaptan para brindar tutela a quien desarrolla sus tareas en el marco de una relación de trabajo atípica. Sin embargo, lo que sucede en realidad es que si bien en dicha legislación no existe una significativa intensidad en la tutela del trabajador (sobre todo en lo que protección contra el despido arbitrario se refiere), ello no quita a que sus normas se encuentren orientadas a la abarcabilidad y regulación de las diferentes relaciones laborales, que es lo que aquí nos interesa.

78 Algunos organismos estatales utilizan el Test de realidades económicas. V.gr: Departament of Labor (DOL): Lo hace teniendo en cuenta 6 factores a los fines de determinar la existencia de relación de trabajo subordinada.

tenga, más cerca de una relación de trabajo nos encontraremos), 5. el grado de estabilidad del vínculo (mientras mayor estabilidad tenga, también más cerca de una relación de trabajo nos encontraremos), 6. la posibilidad del empresario de extinguir el vínculo unilateralmente y sin causa, lo cual revela un poder de negociación asimétrico, típico del vínculo laboral, 7. si el trabajador se encuentra facultado para contratar ayudantes, extremo que se acreditarse podría, salvo caso de fraude, alejarnos de una relación de trabajo, 8. la constatación de inversión por parte del trabajador en publicidad, oficinas y demás cuestiones necesarias para la realización de un servicio independiente, 9. si en la localidad o en un contexto geográfico determinado el trabajo generalmente se ha realizado en relación de dependencia, lo seguirá siendo más allá de las nuevas formas o metodologías de realización⁷⁹; 10. la determinación del lugar de trabajo (si el trabajo se realiza en un área o una ruta determinada por el empleador, se infiere el estatus de trabajador dependiente), entre otros.⁸⁰

Cabe agregar que el citado test fue superado por otro denominado “ABT test” que, similar a la mecánica de nuestro art. 23 de la LCT, parte de la presunción de existencia de relación de trabajo entre quien presta sus servicios y el empresario, con la consecuente carga de éste último de desvirtuar dicha presunción, pero sólo mediante la acreditación tres rasgos *en forma concurrente*: a. ausencia de control y dirección sobre la ejecución del trabajo; b. independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante; y c. precedentes empresariales del prestador del servicio.⁸¹

Por último, cabe señalar que algunos de los citados tests han tenido recepción, aunque con algunas modificaciones, en algunos países latinoamericanos.⁸²

XII. La protección del trabajo con independencia de su forma de realización y la consiguiente desaparición de los límites entre la relación de trabajo dependiente y el contrato de servicios

Si bien la renovación de los indicadores de laboralidad puede constituir un paso adelante hacia la tutela de los trabajadores que llevan a cabo sus labores o desarrollan su actividad en el marco de relaciones atípicas de labor en detrimento del contrato de servicios, consideramos que un paso superador respecto de este podría ser el tutelar al trabajador atípico, más allá de la forma (dependiente o autónoma) de realización de sus tareas o desarrollo de su actividad.

Al respecto podemos señalar que, si bien cuando se pensó y construyó el Derecho del Trabajo se hizo con la finalidad de brindar tutela sólo al trabajador subordinado o dependiente, en realidad, los diferentes Instrumentos Internacionales⁸³ así como también algunas normas de derecho interno⁸⁴, no se encuentran orientados a proteger exclusivamente dicha formas de labor, sino que protegen el derecho al trabajo sin diferenciar su forma de realización (dependiente o autónoma).

79 A modo de ejemplo, si el reparto de alimentos a domicilio (delivery) se ha realizado siempre en relación de dependencia, debe seguir siendo de dicho modo más allá de que ahora se lleve a cabo a través de plataformas digitales.

80 BERVEJILLO BENEDETTI, Mateo, Trabajadores de Uber: ¿Relación de dependencia? en <https://www.cade.com.uy/trabajadores-uber-relacion-dependencia/>, extraído el 24/11/18

81 CARBALLO MENA, Cesar Augusto, Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies Inc. y Dynamex Operations Inc., extraído de [file:///D:/USUARIO/Downloads/13142-16887-2-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/USUARIO/Downloads/13142-16887-2-PB%20(1).pdf)

82 V.gr: En Venezuela se utiliza un test donde se constatan los primeros 5 indicios de la Recomendación 198 OIT, y otros cinco restantes fueron establecidos por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de dicho país

83 A modo de ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23) y el PIDESC (art. 6to) no tutela el trabajo subordinado, sino el trabajo, similar a lo que ocurre con otros Tratados, Pactos y Convenios Internacionales.

84 V.gr: art 14 bis Constitución Nacional Argentina, protege el trabajo “en sus diversas formas”.

Pero además, otros Instrumentos Internacionales, tales como por ejemplo el párrafo 6to de la Observación General N° 18 del PIDESC⁸⁵, la Observación General N° 23 del año 2016 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias del Comité de derechos económicos, sociales y culturales⁸⁶, la Recomendación 204 de OIT sobre “La Transición de la economía informal a la economía formal”⁸⁷ y/o la Recomendación N° 198 de la OIT⁸⁸, entre otros⁸⁹, establecen expresamente la necesidad de protección de trabajo más allá de su forma de realización.

Y si bien en alguna oportunidad⁹⁰ hemos señalado que la tutela del trabajo es necesaria en el marco de cualquier forma de labor (autónoma, autogestionaria, cooperativa, de la economía social o popular, etc.), y que ello resultaría más necesario mientras más vulnerable sea el trabajador o más precarias sus condiciones de trabajo, cabe señalar que en algunas de las formas de labor señaladas se presentarían ciertas dificultades u obstáculos que habría que superar para poder brindar tutela a los trabajadores que se desempeñen en tales marcos, principalmente por la dificultad de identificar a la parte con la cual el trabajador debe negociar sus condiciones de trabajo.

Sin embargo, en las formas de trabajo atípicas signadas por el impacto de la tecnología o en los contratos de servicios con prestadores hiposuficientes, dicha dificultad no se presentaría debido a que, al igual que sucede en la relación de trabajo típica dependiente, existen dos partes bien definidas: una, el dador de trabajo, y otra, quien presta sus servicios, encontrándose ambas partes perfectamente determinadas, con intereses contrapuestos y en planos de jerarquía negocial diferentes, lo que podría dar lugar a una normativa que regule dichas relaciones más allá de la existencia de dependencia o no entre las partes.

85 El citado instrumento establece que el “derecho al trabajo engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o sujetos dependientes de un salario”. El trabajo es digno de reconocimiento social en sus diferentes formas...”

86 Dicha Observación establece que “el Comité es consciente de que los conceptos de trabajo y trabajador han evolucionado desde el momento en que se redactó el pacto y actualmente abarcan nuevas categorías como las de los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del sector informal, los trabajadores agrícolas, os trabajadores refugiados y los trabajadores no remunerados”. Es que tal como se ha dicho, “...los derechos humanos laborales, sus fuentes constitucionales y supranacionales, amparan al trabajador como ciudadano portador de derechos humanos subjetivos, pero no circunscriben su radio de actuación a un trabajador que ingresa a un trabajo dependiente formal o informal, estable o precario, sino que comprende al trabajador en su condición de tal, cualquiera sea la forma de su situación legal o real; dependiente o desempleado, en negro, autónomo, cuentapropista, cooperativista o integrante de otras empresas o estructuras que no implican nexo dependiente”. Véase en ARESE CESAR, Trabajadores precarios y de economía popular: sindicalización, negociación y conflictos, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2017-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Director: MACHADO, José Daniel, Subdirector: ARESE, Cesar, Bs As, Argentina. Pág. 276 y 277.

87 En el informe presentado en dicha oportunidad se destacó que las normas de OIT no se circunscriben a la economía formal, donde existe una relación clara entre empleador y trabajador, sino que pueden extenderse a otras categorías de trabajadores que en ocasiones, prestan sus tareas o desarrollan sus actividades en el marco de la economía informal. Informe V (1) de OIT, La Transición de la economía informal a la economía formal, Informe realizado con miras a la Conferencia Internacional del Trabajo, 103° reunión 2014, llevada a cabo con vistas a la realización de una Recomendación (que posteriormente fuera la Recomendación N° 204), quinto punto del orden del día, Ginebra, Suiza, año 2013, ISBN 978-92-2-327754-3 (impreso), ISBN 978-92-2-327755-0 (web pdf), ISSN 0251-3226.

88 La citada Recomendación del año 2006 sobre la relación de trabajo establece la tutela efectiva de “los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo... así como a los trabajadores más vulnerables... los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes...”

89 Resolución del Parlamento Europeo de fecha 15 de junio de 2017 en el marco de la Agenda Europea para la economía colaborativa.

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

Referencias Bibliográficas

- AAVV, Nuevas Tecnologías, presente y futuro del Derecho del Trabajo, Director ARESE, Cesar, Coordinadores: CHÉRCOLES, Ricardo León y FERRARIO, María de los Ángeles, Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2019.
- ARESE, Cesar, Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo, con algunos capítulos de autoría de MACHADO, José Daniel, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, año 2017.
- ARESE Cesar. Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo. Prólogo de BYLOS, Antonio. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. Año 2014
- ARESE CESAR, Trabajadores precarios y de economía popular: sindicalización, negociación y conflictos”, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2017-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Director: MACHADO, Jose Daniel, Subdirector: ARESE, Cesar, Bs As, Argentina.
- BERVEJILLO BENEDETTI, Mateo, “Trabajadores de Uber: ¿Relación de dependencia?. Publicado en la web <https://www.cade.com.uy/trabajadores-uber-relacion-dependencia/>, extraído el 24/11/18
- CANDAL, Pablo, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Director: ACKERMAN, Mario E., Coordinadora: SFORSINI, María Isabel, Tomo I, Arts. 1 al 102, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, Año 2016
- CARBALLO MENA, Cesar Augusto, Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de UberTecnologies Inc. y DynamexOperations Inc., extraído de file:///D:/USUARIO/Downloads/13142-16887-2-PB%20(1).pdf
- CHERCOLES, Ricardo León, La protección del trabajador autónomo vulnerable, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2017-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Director: MACHADO, José Daniel, Subdirector: ARESE, Cesar, Bs As, Argentina
- DUARTE, David, La Relación de Trabajo, en Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema Justicia de la Nación comentada, Director: ACKERMAN, Mario E., Coordinadora: SFORSINI, María Isabel, Tomo I, Editorial: Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2019, Pág. 39 y 40
- ELIAS, Jorge, Hiposuficiencia reclamacional, un nuevo desafío para el derecho del trabajo, En Revista Derecho del Trabajo. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires,
- FERNANDEZ BARREDO, Ramiro. Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado. Tomo II (artículos 957 a 1707), Director VITOLO, Daniel Roque, Prologo de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Editorial Erreius, Buenos Aires, 2015.
- FORMARO, Juan J, “El contrato de servicios y el contrato de trabajo”, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial, 3 D, Artículos 1227 – 1452 Derechos Personales, Director: BUERES, Alberto J., Coordinadores: COMPAGNICCI DE CASO, Rubén H y GEBHARDT, Marcelo, Editorial Hammurabi - José Luis Depalma, 1ra edición, Buenos Aires, Argentina, año 2018, ISBN 978-950-741-912-6
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI Leonardo R, El contrato de servicios y el contrato de trabajo, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial, 3 D, Artículos 1227 – 1452 Derechos Personales, Director: BUERES, Alberto J., Coordinadores: COMPAGNICCI DE CASO, Rubén H y GEBHARDT, Marcelo, Editorial Hammurabi - José Luis Depalma, 1ra edición, Buenos Aires, Argentina, año 2018, ISBN 978-950-741-912-6
- HERNANDEZ Carlos A., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: LORENZETTI, Ricardo Luis, Coordinadores: DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo, Tomo VI (Arts. 1021 a 1279), Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, Año 2015, (edición encuadernada)
- LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, Di-

rector General: ALTERINI, Jorge Horacio, Directores del Tomo: ALCEGA, María Valentina, GOMEZ LEO, Osvaldo R. y LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P, Coordinador: ALTERINI, Ignacio E, Tomo VI (Arts. 1123 a 1377), Editorial Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, Argentina, Año 2015, ISBN 978-987-03-2925-1.

- PEREZ CRESPO, Guillermo E., El nuevo Código Civil y Comercial y su incidencia en la corrosión del Derecho del Trabajo. El caso particular de los contratos de suministro, obra y servicios, en Derecho del Trabajo, un estudio sobre las implicancias del nuevo Código Civil y Comercial desde una perspectiva crítica, Coordinador: DUARTE, David, Editorial B de F Ltda., 2016, ISBN: 978-9974-745-03-2

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

- TOSELLI, Carlos A, Ajenidad en el contrato de trabajo, en Estudios Críticos de Derecho del Trabajo, editado por la Asociación de Abogados Laboralistas - Editorial Legis - Buenos Aires, 2.014

- TUSET DEL PINO, Pedro, Elementos característicos de la relación de trabajo y su diferenciación con los trabajadores autónomos conforme la legislación laboral española. En Revista Erreius de Abril 2020, en Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Director: TOSELLI, Carlos A.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE PROFESORES ORDINARIOS EN UNIVERSIDADES PRIVADAS POR MOTIVOS DE EDAD POR JUBILACIÓN¹

Ricardo Francisco Seco²

Sumario: I.-El tema. Su alcance. II.- El marco normativo. Breve referencia histórica. La casuística. 1.-El marco constitucional y legal. 2.-Breve referencia histórica de una norma similar a la comentada. 3.-La casuística conflictiva en las universidades privadas. III.-Respuesta a los interrogantes. A) El primer interrogante es si la autonomía proveniente de la Ley de Educación Superior a las universidades privadas argentinas les da facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT. 1.- Jurisprudencia consolidada de prestigiosos tribunales 2.- Doctrina laboralista conteste. B) ¿La norma bajo comentario se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad? C.-La discriminación por razones de edad no es admitida en la propia LCT. La causa de extinción del art.252 de la LCT debe ser revista. El art.91 de esa ley no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege. IV.-Conclusiones.

Resumen: Algunos estatutos universitarios de universidades privadas argentinas prevén que los profesores ordinarios cesen en sus cargos el último día de febrero siguiente a la fecha en que cumplan sesenta y cinco años, o, anteriormente, cuando se hubieren acogido a los beneficios de la jubilación. Las universidades privadas argentinas carecen de facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT. La norma estatutaria comentada no se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad. Tampoco se adecua a la LCT.

¹ *Luego de la exposición en la Sala de DL y DPL, su contenido esencial fue publicado en *Práctica Integral Córdoba, Errepar*, Buenos Aires, Año XII N°150, agosto 2019, p.949.

² Abogado y notario (UCC), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), profesor de DTySS en la UCC y en la UBP y de posgrado en DT en varias universidades argentinas y una extranjera, publicista, Presidente de la Sala de Derecho Laboral y Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal e investigador de dicha universidad, exvocal de la Cám.Civ.,Com.,Trab. y Flia., Cruz del Eje. E.mail de contacto: ricardoseco58@gmail.com.

Palabras clave: Autonomía. Sujeción. Despido. Discriminación. Edadismo.

I.- El tema. Su alcance

Conocemos que en algunos estatutos universitarios de universidades privadas argentinas se prevé que los profesores ordinarios cesen en sus cargos el último día de febrero siguiente a la fecha en que cumplan sesenta y cinco años, o, anteriormente, cuando se hubieren acogido a los beneficios de la jubilación.

Además que basándose en dichas normas algunas universidades pretenden ejercer actualmente el supuesto derecho allí contenido.

Haremos una breve referencia al marco normativo específico universitario y al contexto histórico en que se dio; precisaremos la casuística del problema.

Luego examinaremos si la autonomía proveniente de la Ley de Educación Superior de las universidades privadas argentinas les da a éstas facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral con sus profesores dependientes al margen de la LCT.

Estudiaremos si la norma bajo comentario se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad.

Veremos si es posible proceder en el caso como prevé el art.252 de la LCT según la modificación hecha por la ley 27.426 (B.O., 28/12/17). Finalmente verteremos algunas conclusiones.

II.- El marco normativo. Breve referencia histórica. La casuística

1.-El marco constitucional y legal

a) La Constitución Nacional, según la reforma constitucional de 1994, en el art.75 establece las atribuciones del Congreso de la Nación, mantiene algunas que venían del antiguo art.67 de la CN 1853-1860 y agrega otras nuevas.

El art.75 inc.19 dice que es facultad del Congreso:

"...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y de la sociedad; la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y *la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...*".(Inciso nuevo).

El art.75 inc.19, CN, según la reforma de 1994, faculta al Estado Federal a que mediante ley del Congreso, dicte "una 'ley marco' (o varias, porque el inc.19 se refiere a 'leyes')" a tenor de las pautas que ese inciso menciona.³

³ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, EDIAR, Buenos Aires, 1997, Tomo II, p.43.

b) De ese modo se ha dictado la Ley de Educación Nacional 26.206 (B.O., 28/12/2006).

La Ley de Educación Superior 24.521 (B.O.10/8/1995) es posterior a la Constitución reformada pero anterior a la LEN. En su interpretación debemos adecuarnos a la pirámide constitucional argentina vigente luego de dicha reforma y a la LEN.

La última parte del art.75 inc.19 de la CN se refiere a la "autonomía y autarquía de las universidades nacionales". De su lectura literal se excluye de la norma y de los derechos que ella garantiza a las universidades provinciales, municipales y a las privadas.⁴

La *autonomía de las universidades estatales nacionales* "tiene, automática y directamente por imperio de la cláusula constitucional, el efecto de erigirlas y reconocerlas como personas jurídicas de derecho público no estatales lo que, entre otras consecuencias, surte la de colocarlas al margen de toda clase de intervención y subordinación respecto del Estado, como no sea en lo que pueda tener vinculación con los recursos que el Estado les debe deparar a través del presupuesto."⁵

Dicha autonomía consiste en que "cada universidad nacional establezca su propio estatuto, es decir, sus propias instituciones internas o locales y se rija por ellas, elija sus autoridades, designe a los profesores y fije el sistema de nombramientos y disciplina interna, sin interferencia alguna de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y con independencia de la facultad del Poder Judicial, pues no escapa a su jurisdicción ninguno de los problemas jurídico- institucionales que se puedan suscitar en el ámbito universitario(...) La autonomía universitaria implica libertad académica y de cátedra en las altas casas de estudio, así como la facultad que se les concede de redactar por sí mismos sus estatutos, la designación de su claustro docente y autoridades(...) La universidad se encuentra protegida- dado su carácter de entidad de cultura y enseñanza- por un doble orden de libertades. El primer lugar, por una libertad académica referente a la organización y gobierno de los claustros que represente una independencia tal que le permita alcanzar los objetivos para los que fueron creadas. Segundo, por una libertad doctrinal o de cátedra, que posibilite a los docentes poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas", como expuso la CSJN, voto de la mayoría, 27/5/1999, en el caso "Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad de Luján".⁶

Sin embargo "*la autonomía universitaria no convierte a estas instituciones en un poder soberano dentro del Estado*". La finalidad de aquella consiste en independizar y desvincular a las universidades de las injerencias del Poder Ejecutivo, pero quedan sujetas a la reglamentación del Poder Legislativo, dentro de los límites que la Constitución Nacional le impone al Congreso, y sometidas al eventual control jurisdiccional.⁷

c)La Recomendación de la UNESCO de 1997- aplicable a toda clase de instituciones educativas de nivel superior- en su art.5º, refiriéndose expresamente a la autonomía de las instituciones de enseñanza superior, menciona:

⁴ Ídem nota anterior, p.45.

⁵ Íbidem, p.46.

⁶ Citado por PALACIO DE CAEIRO, Silvia, "Autonomía y autarquía universitaria en la interpretación constitucional", Suplemento de La Ley Constitucional, miércoles 22 de octubre de 2008, p.1.

⁷ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, p.698.

"A. Autonomía de las instituciones...

20. *Las instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior mencionados en esta Recomendación o en los demás instrumentos internacionales que se enumeran en el Apéndice."*

d) La autonomía, propia de toda universidad, es destacada por la enseñanza de la Iglesia Católica cuando expresa que la universidad "goza de aquella autonomía institucional que es necesaria para cumplir con sus funciones eficazmente y garantiza a sus miembros la libertad académica, salvaguardando los derechos de la persona y de la comunidad dentro de las exigencias de la verdad y del bien común."⁸

e) Las personas privadas en Argentina tienen derecho de crear y sostener universidades privadas de acuerdo al art.14 CN, que garantiza el derecho de enseñar y aprender, y organizarlas como crean conveniente, según las leyes que reglamenten su ejercicio.

El reconocimiento legal de este derecho de los particulares en la Argentina fue sumamente tardío. Fue recién en el decreto-ley 6403/55 del 23 de diciembre de ese año, de ordenamiento de las universidades nacionales, en su art.28.

La ley 14.447- llamada "Ley Domingorena" por el protagonismo del diputado frondizista Horacio Domingorena que redactó el texto definitivo- "fue la primera norma sobre las universidades privadas en Argentina", en especial el art.28.⁹

El segundo régimen fue la ley 17.604 dictada en 1967 para las universidades privadas, reglamentada por el decreto 8472/69.

El decreto 2330/93 derogó a aquél y fijó un nuevo marco.¹⁰

f) Finalmente la ley 24.521, Ley de Educación Superior (B. O., 10/8/1995), estableció un nuevo marco general común para instituciones universitarias estatales y privadas.¹¹

Su interpretación debe adecuarse- a pesar de ser aquélla posterior en el tiempo- al marco mayor que brinda hoy la Ley de Educación Nacional 26.206 (B. O., 28/12/2006).

La LES "*amplía como nunca antes la autonomía académica e institucional de los establecimientos universitarios, tanto de gestión estatal como privada*".¹²

El art.29 de la LES literalmente reza:

"Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones:

- a) Dictar y reformar sus estatutos, lo que será comunicado al Ministerio de Cultura y Educación a los fines establecidos por el artículo 34 de la presente ley;
- b) Definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones, decidir su integra-

8 JUAN PABLO II, Constitución Apostólica sobre las universidades católicas, Ex Corde Ecclesia, 1990, N°12.

9 DEL BELLO, Juan Carlos- BARSKY, Osvaldo, GIMÉNEZ, Graciela, La Universidad privada Argentina, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2007, p.83.

10 DEL BELLO - BARSKY - GIMÉNEZ, ob.cit., p.96.

11 Ídem nota anterior.

12 DEL BELLO - BARSKY - GIMÉNEZ, ob.cit., p.103.

ción y elegir sus autoridades de acuerdo a lo que establezcan los estatutos y lo que prescribe la presente ley;...

h) *Establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente;*

i) *Designar y remover al personal;...*".

g) Empero la relación laboral existente entre docentes y universidades privadas en la Argentina, al no existir un régimen especial que instituya un estatuto laboral particular de los docentes de las universidades de gestión privada, *éstos quedan sujetos al régimen general establecido por la Ley de Contrato de Trabajo.*

Media entre las partes una relación laboral en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, más allá del contralor que ejerce el Estado sobre tales instituciones.

Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia en la causa "*Carrieri, María T v. Instituto Nuestra Señora del Carmen*" (Fallos 272:326)[...]", además con citas de fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, según la definición del tribunal cívico local, coincidente con doctrina y jurisprudencia consolidada.¹³

2.-Breve referencia histórica de una norma similar a la comentada¹⁴

El art.51 del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires- la que, obviamente, no es privada pero que sirve de antecedente para el estudio del tema- dice que todo profesor regular cesa en las funciones para las que ha sido designado el 1º de marzo del año siguiente a aquel en que cumple 65 años. Puede ser designado profesor consulto o emérito. Si no es designado de ese modo y no está en condiciones de jubilarse será indemnizado en la forma en que reglamente el Consejo Superior.

A su vez el art.123 de ese Estatuto prevé que las jubilaciones del personal docente comprendido en él se regirán por las disposiciones de las leyes vigentes sobre la materia para el personal civil del Estado con las excepciones que señala.

La ley 26.508 (B.O.,4/9/2009), art.1º inc. a) 1, posibilita que los docentes universitarios nacionales en ella comprendidos- *que no son los universitarios privados*- puedan optar por permanecer en la actividad laboral cinco años después de los sesenta y cinco años.

Compartimos que para entender el alcance del art.51 del viejo Estatuto es menester atender a las normas que regían la jubilación ordinaria de los docentes universitarios en 1958, cuando se dictó aquel estatuto.

La ley nacional 4349 de esa época preveía que la jubilación ordinaria se alcanzara a los 55 años de edad sin distinción de sexos. Por ello se afirma "con absoluta coherencia con el derecho vigente redactó (el estatuyente) un artículo que permitía a la totalidad de los docentes, cualquiera que fuere el sexo, permanecer en actividad 10 años más sobre la edad jubilatoria."¹⁵

13 Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, 31/5/2011, "Sánchez, José Alberto c/Universidad Católica de Córdoba – Amparo- Recurso de apelación – Recurso de casación".

14 CIPOLETTA, Graciela E., "Personal docente universitario nacional", en AA.VV., Regímenes Laborales Especiales, 3ª, edición actualizada y ampliada, FOGLIA, Ricardo Arturo (director), KHEDAYAN, Eugenia Patricia (coordinadora), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo II, p.278 y sgtes.

15 CIPOLETTA, ob.cit.

Las diversas modificaciones de las leyes de jubilaciones desde entonces hasta ahora llevaron a que la edad de jubilación ordinaria en las normas nacionales sea para los hombres 65 años y 60 años para las mujeres, aunque éstas con opción para permanecer cinco años más en actividad, art.19, ley 24.241.

Por ello coincidimos en “afirmar que la edad de 65 años mencionada en el art.51 del estatuto es referida a la edad jubilatoria actual es destruir la voluntad del estatuyente (que jamás pudo haber tenido en cuenta otra cosa más que el derecho vigente en su tiempo) y por tanto la interpretación destruye la verdadera ratio legis.” Para ser coherentes se dice que *“la edad de permanencia debería ser hoy de 75 años. Es decir, al igual que en el texto de 1958, diez años más por encima de la edad jubilatoria.”*¹⁶

Pero además, a los docentes de la universidades nacionales corresponde aplicar el punto 2 inc.a) del art.1º de la ley 26.508, como se anticipó.

Por ende el docente que desea permanecer cinco años más en actividad de la edad que prevé el estatuto podrá hacerlo sin que se afecte su cargo y salario en virtud de la aplicación de una norma de mayor jerarquía que el estatuto y posterior.¹⁷

El Convenio Colectivo de Trabajo para las universidades nacionales adheridas, aprobado por decreto 1246/2015, ha “establecido expresamente la prohibición de la discriminación por edad y la obligación de los empleadores de abstenerse a violar la misma. Todo ello al mismo tiempo que se consagra el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador mediante cláusula convencional”. En consecuencia se abre un nuevo capítulo con ello acerca del tema de la edad límite para el ejercicio de la docencia en las universidades estatales nacionales.¹⁸

3.-La casuística conflictiva en las universidades privadas

Pocos son los docentes de universidades privadas argentinas, sobre todo en algunas carreras, que viven de la docencia superior solamente.

Ellos tienen, en general, otros ingresos como principales.

Hay casos de docentes que son a la vez policías, militares, jueces, funcionarios judiciales, docentes de otros niveles, médicos u otros profesionales del arte de curar, etcétera. Estos, a su vez, en distintos regímenes previsionales nacionales o provinciales, se pueden jubilar con antelación a los 65 años que prevén los estatutos de algunas universidades como límite etéreo para su desempeño.

Los docentes de las universidades privadas argentinas no tienen un convenio colectivo de actividad, aunque sí hay alguno de empresa.¹⁹ Tampoco se les aplica la ley 26.508.

En su consecuencia aparecen conflictos ante la pretensión de la patronal universitaria

¹⁶ Ídem nota anterior.

¹⁷ Íbidem.

¹⁸ Íbidem.

¹⁹ Ver SECO, Ricardo Francisco, “Aproximaciones iniciales al convenio colectivo 1398/2014 entre SADOP y la Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, Primer convenio colectivo entre un sindicato y una universidad privada argentina”, en Temas de Derecho Laboral, TOSELLI, Carlos A.(director), julio 2016, Erreius, Buenos Aires, 2016, p.59.

privada de dar de baja a algún profesor que haya alcanzado los 65 años o se hubiera jubilado antes que esa edad en algún régimen especial.

III.-Respuesta a los interrogantes

A) El primer interrogante es si la autonomía proveniente de la Ley de Educación Superior a las universidades privadas argentinas les da facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT.

La respuesta es negativa: las universidades privadas argentinas carecen de facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT, que es la que rige su relación laboral.

Damos razones.

1.- Jurisprudencia consolidada de prestigiosos tribunales

Ella refiere, en síntesis, que si bien las universidades privadas tienen autonomía académica e institucional establecida por la Ley de Educación Superior 24.521 y se hallan facultadas para dictar y reformar sus estatutos, ello *no implica que puedan apartarse de las normativas vigentes en materia laboral.*

Esa autonomía se vincula a cuestiones académicas e institucionales; mas no desplaza la aplicación de la LCT.

No basta un supuesto régimen o estatuto interno emanado unilateralmente de la institución para alterar o modificar normas de orden público laboral.

La autonomía universitaria no equivale a sostener que las universidades privadas puedan ejercer facultades legislativas en un sentido material amplio en cuanto al régimen laboral docente.

La autonomía académica e institucional de las universidades no es irrestricta; la propia ley 24.521 se encarga de colocarle límites en virtud de los cuales su poder jurígeno no depende de su sola voluntad.

El régimen laboral que pueda establecer el estatuto de una universidad privada no podrá desconocer los derechos y garantías básicos establecidos en la C.N. y convenios internacionales, así como los institutos básicos regulados en la L.C.T. y los principios generales del derecho laboral ni regularlos "in peius" del trabajador. Por ello es correcto hablar de "autonomía" con "sujeción".

Vemos algunos ejemplos de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la C.A.B.A.:²⁰

"La actora, al incorporarse a la carrera docente, quedó sujeta a las prescripciones reglamentarias preexistentes, promulgadas por la universidad para la que prestaba tareas y relativas a su estructura, a la determinación de las categorías docentes, a las condiciones requeridas para revistar en cada una de ellas, a la forma de designación y a las modalida-

20 Las citas subsiguientes se hallan publicadas en Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Boletín Temático de Jurisprudencia, Personal docente y no docente (Sumarios de jurisprudencia de la CSJN y de la CNAT), Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho, Prosecretario General, Dra. Claudia A. Priore, Prosecretaria Administrativa, ACTUALIZACIÓN 2014, ISSN 1850 - 4159.

des de ejercicio de la actividad. La LCT es el continente de tales normas reglamentarias y rige las consecuencias de la ejecución de las obligaciones recíprocas de las partes, en cuanto atañe al aspecto estrictamente jurídico de la relación, *salvo en lo que el reglamento hubiera establecido mejores derechos para el empleado*. Rige también en la forma y consecuencias de la extinción del contrato...".²¹

"Si bien las universidades privadas (como en el caso la Fundación Universidad de Morón) poseen autonomía académica e institucional establecida por la ley federal de educación (24.521) y se las faculta para dictar y reformar sus estatutos, *ello no implica que puedan apartarse de las normativas vigentes en materia laboral*. El hecho que la actividad docente estatutaria se rija por su propio reglamento interno en lo relativo a la designación de sus profesores y a su participación en diversos actos de la vida académica no obsta a la existencia de una vinculación laboral de carácter subordinada."²²

"La ley 24.521 consagra la autonomía a favor de las Universidades, pero se vincula a cuestiones académicas e institucionales, mas no desplaza la aplicación de la LCT ni interfiere con la calificación jurídica de las relaciones que aquélla establezca con su personal."²³

"Al admitirse que el contrato de trabajo era por tiempo indeterminado y, ante una lectura armónica de nuestro ordenamiento jurídico laboral, se debe concluir que, en principio, esa modalidad es con prestaciones continuas, y la circunstancia que por cuestiones de orden administrativo interno se renueven nombramientos anualmente no afecta de forma alguna el orden jurídico vigente... *no basta un supuesto régimen o estatuto interno emanado unilateralmente de la institución para alterar o modificar normas de orden público*."²⁴

"La circunstancia de que las universidades como la demandada posean autonomía académica e institucional y se las faculte para dictar y reformar sus estatutos, *no implica que puedan sin más apartarse de las normativas vigentes en materia laboral*. Además, el hecho de que la actividad docente estatutaria se rija por su propio reglamento interno en lo relativo a la designación de sus profesores no obsta a la existencia de una vinculación de carácter subordinado a la que le es aplicable el régimen previsto en la Ley de Contrato de Trabajo."²⁵

Expresa a su vez la Suprema Corte de Justicia de Mendoza:

"Tanto el art.75, inc. 19 de la C.N. como la ley 24.521 al establecer la facultad de dictar sus propios estatutos y régimen laboral docente con fundamento en la "autonomía universitaria", han instituido no una simple delegación legislativa sino una verdadera asignación de competencias a favor de las Universidades. Pero esta conclusión atentaría contra la esencia de nuestro sistema de gobierno que radica fundamentalmente en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. *En consecuencia, la autonomía universitaria no equivale a sostener un postulado según el cual las Universidades pueden ejercer facultades legislativas en un sentido material amplio en cuanto al régimen laboral docente*. La sustracción de competencias se limita al plano de la norma estatutaria y a la faz académica de esas disposiciones estatutarias, como son entre otros,

21 CNTrab., Sala VIII, 28/3/2003, "Gaillard, Beatriz c/ Asociación Civil Universidad del Salvador s/ despido".

22 CNTrab., Sala V, 10/10/2003, "Camprotrini, César c/ Fundación Universidad de Morón s/ despido". En el mismo sentido, Sala III, 18/9/2007, "Silva, Ernesto Guillermo c/ Museo Social Argentino - Instituto de Información Estudio y Acción Sociales s/ despido".

23 CNTrab., Sala I, 28/9/2006, "Demicheli, Ariel c/ Fundación Universidad Católica Argentina s/ despido".

24 CNTrab., Sala V, 6/10/2006, "Campagnoli, Ernesto c/ Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires s/ despido". En el mismo sentido, CNTrab., Sala V, 31/5/2013, "Pizarro Miguens, Javier Horacio c/ Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires s/ despido".

25 CNTrab., Sala V, 16/8/2007 "Ferrari, Raúl Ángel c/ Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires s/ despido".

el ingreso y permanencia de los estudiantes en su seno, sistema de nombramientos de los docentes, asignación de horarios de acuerdo con los objetivos de la enseñanza, etc. Ello así, el límite de la competencia del Congreso está dado por la circunstancia de que del ejercicio que se haga de ella no resulte afección a la teleología de la autonomía universitaria en un todo de acuerdo con los fines y objetivos establecidos en los arts. 3 y 4 de la ley 24.521. En el sentido indicado se ha expedido la Corte Suprema de la Nación en la causa "Barsanti" (Fallos 321:1799) ya citada y la Procuración del Tesoro Nacional en el Dictamen n° 29/98, oportunidad en la que manifestó: *"La autonomía académica e institucional de las universidades no es irrestricta, la propia ley 24.521 se encarga de colocarle límites en virtud de los cuales su poder jurígeno no dependen de su sola voluntad, así, la comunicación del dictado de sus Estatutos al Ministerio de Educación a los efectos del art. 34, la formulación por ese Ministerio de políticas generales en materia universitaria; la necesidad de observar los lineamientos que establezca el Ministerio en acuerdo con el Consejo de Universidades, respecto de profesiones reguladas por el Estado Nacional, son ejemplos de los límites mencionados[...]"*. *"En su virtud el régimen laboral que pueda establecer el estatuto de una Universidad no podrá desconocer los derechos y garantías básicos establecidos en la C.N. y convenios internacionales, así como los institutos básicos regulados en la L.C.T. y los principios generales del derecho laboral ni regularlos "in peius" del trabajador*. Por ello sería correcto hablar de "autonomía" con "sujeción". "[...] se puede afirmar, entonces, que el régimen legal aplicable a la relación de empleo del docente universitario reconoce, por las características de la actividad, una secuencia ascendente y de sujeción de normas que parten del Estatuto Universitario, la Ley Federal de Educación Superior (ley 24.521), la L.C.T., la C.N. y los convenios internacionales. En la articulación de esas normas se deberá actuar de forma tal que si una determinada institución no está regulada por el Estatuto Universitario y la ley 24.521 y sí por la L.C.T., ésta será la que se aplicará lisa y llanamente, salvo que resulte incompatible con la naturaleza y modalidades de la actividad docente universitaria y el específico régimen jurídico a que se halle sujeto, en un todo conforme lo dispuesto por el art.2° de la L.C.T. Si por el contrario la institución encuentra regulación en las disposiciones estatutarias institucionales y legal específica (ley 24.521), éstas serán las de aplicación en la medida en que respeten los principios y garantías reconocidos por la C.N. y Convenios Internacionales." "Este complejo ordenamiento requiere atención especial por parte de los magistrados especializados en la materia laboral y preparados para hacer prevalecer el principio de legalidad que determina el orden público laboral y de jerarquía normativa."²⁶

2.- Doctrina laboralista conteste²⁷

La ley 24.521, *Ley Federal de Educación Superior* (B. O., 10/8/1995) y modificatorias establece que cada universidad (sea estatal o privada) tiene *autonomía académica y funcional* (art.29) y conforma con todas las demás universidades públicas y privadas el "sistema universitario nacional" (art. 26 in fine). Ella se inserta en el sistema educativo nacional diseñado por la nueva Ley de Educación Nacional 26.206, que no la ha derogado a la anterior sino que se refiere a ese sistema en el Capítulo V del Título II "El sistema educativo nacional", en los artículos 34 a 37.²⁸

26 SCJMZA, Sala II, 27/06/2007, "Cosentino, Juan Antonio en J: 35.197/35.798 "Cosentino, J.A. c/ Fund. Santa María -Univ. Champagnat- p/ cobro dif. sueldo s/ Inc. Cas.", <http://www.jusmendoza.gov.ar>, consultada el 2 de febrero de 2010. Similar criterio repitió la SCJMZA, Sala II, el 13/3/2008, "Linares Alberto Manuel en J° 34.765 "Linares, A. M. c/ Universidad del Aconcagua p/ Despido s/ Inc.- Cas", no publicada.

27 LITTERIO, Liliana H., "El trabajo por tiempo indeterminado de docentes de universidades privadas", LA LEY 2008-B,21, comentando el fallo de la CNAT, Sala III,18/9/2007, "Silva, Ernesto Guillermo c/ Museo Social Argentino Instituto de Información Estudio y Acción Sociales";SECO, Ricardo Francisco, "Contratación de Profesores de Universidades Privadas Argentinas", Revista de Derecho Laboral 2009-2, Contratación y registración laboral, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009,pág. 129 y sgtes.

28 Ver SECO, Ricardo Francisco, "El contrato de trabajo docente en universidades privadas", en AA.VV., Régimen laboral de los docentes de universidades privadas argentinas", Seco, Ricardo Francisco, Tosto, Gabriel; Ledesma de Fuster, Patricia Mariana; García Bravo, María Eugenia Advocatus, Córdoba,

Cada universidad tiene la facultad de establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción de los docentes (art.29 inc. h), LES) y también *la de designar y remover al personal* (art.29 inc. i) de la misma norma), lo que es aplicable a todas las universidades, sean nacionales, provinciales o privadas reconocidas por el Estado Nacional y los institutos universitarios estatales o privados reconocidos, todos los cuales integran el “sistema universitario nacional” (art. 26).

Compartimos con Litterio que “la Ley de Educación Superior 24.521, modificada por sus similares 25.573, 25.754, 26.002 y 26.206, *no excluye a los profesores de las instituciones universitarias de la normativa de la LCT*, sin perjuicio de que las autoriza a fijar el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente [art. 29, inciso h)] y a designar y remover al personal [art. 29, inciso i)]. El hecho de que la actividad docente estatutaria se rija por su propio reglamento interno en lo relativo a *la designación de sus profesores y a su participación en diversos actos de la vida académica*, no obstaculiza la presencia de una *vinculación laboral de carácter subordinada*.”²⁹

Agrega aquélla que “si bien la ley 24.521 consagra la autonomía a favor de las universidades, ella se vincula a cuestiones académicas e institucionales pero *no desplaza la aplicación de la LCT ni interfiere con la calificación jurídica de las relaciones* que aquélla establece con su personal. Resulta claro, entonces, que al incorporarse a la carrera docente el trabajador queda sujeto a las prescripciones reglamentarias preexistentes, promulgadas por la universidad para la que presta tareas y relativas a su estructura, a la determinación de las categorías docentes, a las condiciones requeridas para revistar en cada una de ellas, a la forma de designación y a las modalidades de ejercicio de la actividad.”³⁰

La Recomendación UNESCO de 1997 sobre el personal docente de enseñanza superior refiere: “20. *Las instituciones de enseñanza superior no deben utilizar la autonomía como pretexto para limitar los derechos del personal docente de la enseñanza superior mencionados en esta Recomendación o en los demás instrumentos internacionales que se enumeran en el Apéndice.*”

B) ¿La norma bajo comentario se adecua al Derecho Constitucional argentino y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en cuanto se veda la discriminación por razones de edad?

La respuesta una vez más debe ser negativa.

1.- Contradice el art.14 bis de la Constitución Nacional que manda a asegurar “*condiciones dignas y equitativas de labor*” a los trabajadores, se entiende por los tres poderes del Estado y por los propios particulares.

Colisiona con el art 75 inc.23 de la Constitución Nacional que dice que es una facultad del Congreso:

“23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos hu-

2012, p.111 y sgtes. Dicho libro es citado expresamente entre la bibliografía por el Boletín Temático antes mencionado de 2014 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la C.A.B.A.

29 LITTERIO, ob.cit., citada por SECO, ob.cit.

30 LITTERIO, ob.cit.

manos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

Esta norma se opone a la pretensión de desvinculación de los trabajadores adultos mayores a bajo costo o ningún costo, lo que conlleva a una grave afectación de derechos fundamentales.

2.-Calificada doctrina y jurisprudencia desde hace ya algunos años consideran que es un despido discriminatorio cuando se lo realiza por razones de edad.³¹

Doctrina reciente ratifica y amplía los fundamentos de esa calificación.³²

El despido discriminatorio afecta el derecho fundamental de todo ciudadano de no ser discriminado, derecho que ha sido consagrado por normas constitucionales y convencionales de jerarquía constitucional y superlegal e integrantes del *ius cogens*.³³

El derecho a no ser discriminado lleva a “excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto y sin una razón válida o legítima”.³⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende por discriminación a “toda exclusión, restricción, o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.³⁵

El Comité de Derechos Humanos de la ONU define a la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, en nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales de todas la personas”.³⁶

El derecho a no ser discriminado se encuentra recogido en los arts.14 bis, 16,75 inc.22 y 23 de la CN; 2.1. y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2.2. del PIDESC; 2.1. y 26 del PIDCyP; 5 y conc. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 1,11,12 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y conchs. de la Convención de los Derechos del Niño; 3.1. de la Carta de

31 CNTrab., Sala III,30/5/2008, “Privitera, Héctor Eduardo y otros c/Peugeot Citroen Argentina S.A.”, Sala II, 17/9/2009, “Cartolano, Antonio y otros c/ Peugeot Citroen Argentina S.A.”, citados por ELÍAS, Jorge, “La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario”, Revista de Derecho Laboral, 2011-1, Extinción del contrato de trabajo-III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011,p.11; GARCIA VIOR, Andrea E., “Discriminación por razones de edad. Es necesario volver a lugares comunes para ver la diferencia”, en Revista de Derecho Laboral 2009-1, Discriminación y violencia laboral-II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.297.

32 ARESE, César, “El ‘edadismo’ laboral y previsional”, y DUARTE, David, “Discriminación por razones de edad”, en Revista de Derecho Laboral, Igualdad de Oportunidades y de Trato, Revista de Derecho Laboral, Tomo 2019/1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.483 y 513 respectivamente.

33 ZAS, Oscar, “El despido discriminatorio”, en En debate, Derecho Laboral, SIMÓN, Julio C.(director), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2017,p.771.

34 BARRETO GHIONE, Hugo, “Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo”, en AA.VV., El principio de igualdad en la teoría del derecho y en la dogmática jurídica, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p.70, citada por DUARTE, ob.cit., p.525.

35 Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, citada por ZAS, ob.cit.

36 Observación General 18, No discriminación, 10/11/1989, citada por ZAS, ob.cit.

la OEA; 3 del Protocolo de San Salvador, 1, 2, y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.³⁷

En la discriminación existen tres elementos: uno es una *diferencia en el tratamiento* (elemento de hecho) sin justificación suficiente, sin motivo objetivo y razonable; un *motivo prohibido* determinante de la diferencia de trato de una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría y un *resultado objetivo* de tal diferenciación por ese motivo, destinado a anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.³⁸

La *edad* es considerada por las normas vigentes como un tipo característico de trato discriminatorio. Mas “arbitrariamente actúa no sólo quien carece de causa para justificar una conducta determinada, sino, también, quien *procede en base a móviles expresamente prohibidos por el Derecho*”. “La falta de demostración, por parte del empleador del motivo de trato desigual se considera injustificado, pero la presencia de cualquier causa expresamente vedada permite afirmar que se está frente a un trato discriminatorio.”³⁹

Cuando por el solo hecho de ser viejo se pretende extinguir el contrato de trabajo vigente ello es discriminatorio.

3.-La norma bajo comentario contradice la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 2015, aprobada por la ley 27.360 (B.O., 31/5/2017).

Ella ha comenzado a ser recibida por la jurisprudencia como lo hizo la CSJN, 26/3/2019, “García María Isabel c/AFIP”.⁴⁰

La Convención aludida tiene jerarquía superior a las leyes y, por cierto, superior al estatuto universitario de una universidad privada, art.75 inc.22 de la CN.

Dice dicha Convención en su Preámbulo: “...Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;...”.

Expresa el art.2º de esa norma internacional que se entiende por “Discriminación”: “Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.” Por “Discriminación múltiple” se entiende: “Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o

37 ZAS, ob.cit. ARESE, El “edadismo” laboral y previsional, cit. indica que quedan aplicable los derechos y garantías que contiene el derecho internacional de los derechos humanos que enumera.

38 PISACCO, Marina, El despido discriminatorio y el derecho a la estabilidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p.78.

39 CONFALONIERI, (h.), Juan Ángel, “Prohibición de hacer discriminaciones”, en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, RODRÍGUEZ MANCINI(director), La Ley, Buenos Aires, T.I, p.533, citada por DUARTE, ob.cit.

40 ARESE, ob.cit.

más factores de discriminación.” Por “Discriminación por edad en la vejez” se entiende: *“Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.”*

En el mismo artículo se dice que se entiende por “Persona mayor” a: *“Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.”*

En su art.5º la Convención refiere:

“Igualdad y no discriminación por razones de edad.

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.”

A su vez el art.18 de esa Convención, referido al *Derecho al trabajo* de las personas mayores, refiere:

“Derecho al trabajo.

La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad. Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales. El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades...”

La discriminación de la persona de edad avanzada se conoce como edadismo, el viejismo, ancianismo, etarismo o gerontofobia.

“El edadismo o discriminación por edad es todo trato injusto fundado en la edad; la discriminación por edad o los comportamientos inadecuados y prejuiciosos hacia personas de edad avanzada.”⁴¹

Ejemplos de discriminación por motivos de edad son los casos de edad de jubilación obligatoria, las condiciones de trabajo, ascensos, retiros, despido, etcétera.⁴²

El derecho al trabajo es el fundamento último y principal de toda limitación del poder de poner fin a la relación de trabajo por el empleador.

⁴¹ ARESE, ob.cit.

⁴² Ídem nota anterior, con cita de OIT, *Dar rostro humano a la globalización*.

Es reconocido con diversas formulaciones en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 1948), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS, 1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (DPDS, 1969), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (Pacto de San Salvador, PSS, 1978); a ello que se suman, de manera directa, el Convenio 158 de la OIT, y de manera indirecta (no refieren expresamente al derecho al trabajo, pero sí a sus caracteres) los Convenios 29, 111 y 122 de la OIT.⁴³

Un cese laboral como el que se postula en la norma que comentamos se basa en una distinción prohibida porque las exigencias propias de la naturaleza del cargo (profesor universitario) *no justifican objetivamente que se disponga un cese laboral directo por haber cumplido la edad de 60 años o más y estar jubilado o en condiciones de jubilarse*.⁴⁴

La jurisprudencia ha considerado discriminatorio calificar a una agente como “jubilable” pues esa denominación en el marco de los concursos de la carrera “conllevan una discriminación en razón de la edad y sexo que la actora califica de sospechosas y prohibidas por el art.11 de la CCBA”.⁴⁵

No decimos que no haya ningún límite etareo máximo para los profesores universitarios. Afirmamos que éste no puede ser tan bajo como el comentado.

La interpretación inicial de que se extienda la edad para el desempeño de los profesores universitarios al menos hasta los 75 años, además de las razones antedichas, encuentra antecedentes en el art.99 inc.4º de la Constitución Nacional para los magistrados federales y art.401 del Código de Derecho Canónico, en el que se ruega a los Obispos que renuncien a ese oficio al llegar a los 75 años. Si ellos pueden, los profesores universitarios también.

4.-Se está ampliando e imponiendo el principio de que el despido debe ser siempre basado en una causa legalmente justificada.

Así surge del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) y su correspondiente Recomendación: *no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*.⁴⁶

43 Ver BARRETO GHIONE, Hugo: «Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento», en Revista del Equipo Federal de Trabajo, N°80, 4/1/2012, en <http://www.eft.org.ar/>, consultada el 23 de abril de 2018, cuando examina la estabilidad del trabajador y su fundamento normativo internacional. Refiere que de esas normas surgen los principales caracteres del derecho al trabajo: «toda persona tiene derecho al trabajo» (DUDH, DADDH, PIDESC, DPDS, PACADH, etc.); caracterizándose luego ese trabajo como «libremente elegido» (DUDH, PIDESC, PACADH, Convenio 122); «en condiciones equitativas», «dignas» o «justas» (DUDH, DADDH, PACADH); «productivo y socialmente útil» (DPDS, Convenio 122); y protegido mediante la prohibición del trabajo forzoso (Convenio 29) y la eliminación de toda discriminación en el acceso al empleo (Convenio 111). El derecho al trabajo, así reconocido por las normas internacionales sobre derechos humanos, funcionaría además como una regla de reconocimiento intermedia, o sea, un criterio que permite justipreciar la validez de las normas de inferior jerarquía, las que deberán referenciarse a ese estadio superior para decidir en relación con su validez.” Ver SECO, Ricardo Francisco, “El despido directo sin expresión de causa: ¿derecho del empleador o acto ilícito contractual? Reflexiones antiguas y actuales a partir de fallos recientes”, en Práctica Integral Córdoba, Año XII, N°142, diciembre 2018, Errepar, Buenos Aires, p.1397.

44 Véase ARESE y DUARTE, ob.cit.

45 TSJBA,25/11/2009, “Zdanevicius, Luisa Laimute c/GCBA s/Amparo”, SAIJ: C1002430, citado por DUARTE, ob.cit.

46 Ver <http://www.estudiojuridicomena.com.ar/estudio/2018/12/27/derecho-de-trabajo/> con cita de Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores

Además el propio despido incausado y la misma estabilidad relativa ha sido cuestionada judicialmente de modo reciente, por ejemplo en la sentencia del 31 de agosto de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *"Lagos del Campo vs. Perú"*, por aplicación del Convenio 158 de la O.I.T. y art.26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, entre otras normas internacionales.⁴⁷

La Declaración sobre la Justicia Social de 2008 y el Pacto Mundial para el Empleo de 2009 reconocen y declaran cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente. El primero de ellos expresa: 1.-promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder adoptar y ampliar medidas de protección social...".⁴⁸

El art.6° del Protocolo de San Salvador⁴⁹ reza: "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada."

El art.7° de ese instrumento internacional se refiere a: "Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

...;b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;... d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional;...".

Cuando un trabajador- como es un docente universitario jubilado o próximo a jubilarse pero adulto mayor- es cesado de su trabajo docente por esa razón se presume que hay "edadismo".

Por esa desvinculación laboral *ve frustrados sus planes de vida de los próximos años*, "los

en Condición de Jubilarse. Problemática actual: Desde la parte empleadora se intenta acelerar la desvinculación de los trabajadores a bajo costo, con grave afectación de los derechos fundamentales.

47 Ver CANESSA MONTEJO, Miguel F., "La Protección Interamericana de la Libertad Sindical y de la Estabilidad Laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú", en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ©, Vol.8, N° 16, 2017, p. 143-149; CALDERÓN GAMBOA, Jorge, "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano. Relevancia de la sentencia Lagos del Campo", en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx. En el orden nacional sobre ese fallo se expresaron ARESE, César, "¿Es necesario ratificar el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo?", RDL, 2018-1, Contratación laboral y despido-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p.379 y el maestro GIALDINO, Rolando, "Una sentencia histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia laboral: derecho al trabajo, libertad de expresión y libertad de asociación", en Revista La Defensa N° XVII Marzo 2018, en <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2017/index.html>, consultada el 25 de octubre de 2018; SECO, Ricardo Francisco, "El despido directo sin expresión de causa: ¿derecho del empleador o acto ilícito contractual? Reflexiones antiguas y actuales a partir de fallos recientes", Práctica Integral Córdoba Año XII, N°141, Noviembre 2018, Errepar, Buenos Aires, p.1323.

48 Ver Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores en Condición de Jubilarse...cit.

49 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos.

cuales los había planificado de conformidad al ingreso que percibía como trabajadora en actividad y que pretendía hacerlo hasta los 65 años de edad” o ahora hasta los 70 años al menos.

Se sufre afección normalmente “cuando una persona elabora su proyecto de vida de una determinada manera y luego de un momento a otro, se termina la relación de trabajo y sus planes no pueden concretarse generándole un cercenamiento en el modo de vida elegido y una violación a sus derechos...que la conducta de la empleadora quebrantó el proyecto de vida de la actora, afectando sus sentimientos y vulnerando su tranquilidad espiritual y/o psíquica con el despido intempestivo...”.⁵⁰

Consideramos que un cese sin expresión de causa, aunque presumido que fue por razones de edad, o con expresión de causa pero justificado en un modo de extinción que no existe en el marco de la LCT, “*provoca un grave daño a su proyecto vida, postergando o esterilizando sus aspiraciones.*”⁵¹

“La edad de una persona no lleva necesariamente implícita la falta o pérdida de capacitación para un puesto de trabajo y así debe entenderse a la luz de la normativa vigente al respecto. El edadismo, enseña Alex Comfort, es la noción de que *la persona deja de ser persona, deja de ser la misma persona o se vuelve otra persona de clase distinta o inferior, a consecuencia de haber vivido un determinado número de años. Es un proceso de estereotipación y discriminación sistemática contra las personas debido a que son viejas.*” Acordamos en que “la convención determina que la distinción se vuelve discriminación si la diferencia de trato no se justifica por razones objetivas y razonables...”.⁵²

Compartimos que “por más amplios que hipotéticamente fuesen el contenido y alcances de las facultades del empleador sobre la organización y dirección de la empresa e integración del personal, específicamente el art.252 L.C.T. y de la discrecionalidad de su ejercicio, en ninguna circunstancia y lugar, a la luz del *corpus iuris* de los derechos humanos que nos rige, podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *ius cogens* que informa el principio de igualdad y prohibición de discriminación”, como expresó la CSJN in re: “Álvarez Maximiliano y otros c/Cencosud”.⁵³

La Corte Federal dijo en el caso “Vizzoti” que desde el ángulo constitucional el trabajador es sujeto de preferente tutela.

La doctrina refiere-y se comparte- que el principio pro persona impone escoger el resultado que mejor proteja en mayor medida a la persona humana y las limitaciones o restricciones de los derechos humanos han de ser interpretadas estrechamente. Las normas de los derechos humanos, naturalmente, no se detienen ante las puertas de las empresas.⁵⁴

50 Superior Tribunal de Justicia, Jujuy, 8/2/2018, “L., N. del V. c/ Estado Provincial- Laboral por despido arbitrario y otros rubros”, citado por Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores en Condición de Jubilarse...cit.

51 Idem nota anterior.

52 Universidad Nacional de Tres de Febrero, Proyecto de Investigación Grupal, Doctorado en Derecho del Trabajo, Convenios Colectivos 637/2011, 644/2012 y 36/1975, Contexto y Horizonte de los trabajadores en Condición de Jubilarse...cit.

53 Idem nota anterior.

54 GIALDINO, Rolando E. “Estados, empresas y derechos humanos-LL 2012, p. 902.

C.-La discriminación por razones de edad no es admitida en la propia LCT.⁵⁵ La causa de extinción del art.252 de la LCT debe ser revista. El art.91 de esa ley no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege

1.-Dice el art.17 de la LCT:

“— Prohibición de hacer discriminaciones.

Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.”

Tempranamente la LCT coloca como un motivo descalificable de distinción negativa en relación a los trabajadores a la edad.

2.-La norma del estatuto universitario bajo comentario tampoco atiende al art.252 de la LCT, según la modificación hecha por la ley 27.426(B.O., 28/12/17).

El art. 252, LCT, actualmente expresa:

“. —Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.

A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año.

Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo.”

En la actual legislación que rige a los trabajadores privados “el hombre- desde los sesenta y cinco(65) años- y la mujer-desde los sesenta(60) mantienen el derecho a obtener el beneficio previsional si cuentan con treinta(30) años de servicios y los aportes, *pero la jubilación pasa a ser una opción para el trabajador, quien siempre puede esperar que el empleador invoque su condición de jubilable no antes de que cumpla los setenta(70) años, plazo común a ambos sexos*”.⁵⁶ Esto quiere decir que una pretensión del empleador universitario de extinguir el contrato de trabajo por razones de jubilación antes de los 70 años también es ilegal.

3.- Pero el ejercicio de esa opción, que permite la LCT desde 1974 a favor del empleador a partir del art.18 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos

55 TOSCA, Diego, La reinstalación en el empleado ante la discriminación en el despido en razón de la edad. Nota a fallo, CNTrab., Sala VII, “De Freitas, Antonio Joaquín c/BBVA Banco Francés S.A. s/Despido”, 30/8/2013, Temas de Derecho Laboral, GARCIA VIOR, Andrea(dirección) MORENO CALABRESE, Verónica(coordinación), febrero 2015, Erreius, Buenos Aires, p.60.

56 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Erreius, Buenos Aires, 2018, Tomo III, p.2025, con cita del art.19 de la ley 24.241

Humanos de las Personas Mayores, debe ser revista.

Ahora se suma una nueva condición de validez cual “es el carácter antidiscriminatorio”. Esa facultad del empleador “sólo podría ser ejercida válidamente cuando el empleador, además de reunir los requisitos necesarios para obtener la jubilación ordinaria, no satisficiera las exigencias de la naturaleza del cargo. Este supuesto, desde luego, debería ser invocado por el empleador, circunstanciadamente, en oportunidad de cursar la intimación requerida por el citado precepto. Caso contrario, vale decir, ante la inobservancia de este último recaudo, el trabajador podría rechazar el emplazamiento.”⁵⁷

Si hay indicios de discriminación por razones de edad ésta se presumirá y le corresponderá al empleador probar que no la hay.⁵⁸

4.-La norma bajo comentario no respeta la LCT pues el art.91 de esa ley *no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege*.

El art.252,LCT, se relaciona inescindiblemente con el art.91 de la LCT.

Éste último refiere:

“El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley.”

Compartimos que ese artículo “indica la oportunidad en que aquella vocación encuentra su punto de claudicación, bien entendido que *no está contemplando una causal de extinción fatal, autonomía, ex lege*, sino creando la posibilidad de ejercicio de las específicas facultades del artículo 252 de la LCT al limitar el alcance de la regla del artículo 90.”⁵⁹

La pérdida de algunos derechos por el trabajador con la llegada de los recaudos para su jubilación- dice Machado con razón- “*no debe entenderse que ello sea consecuencia automática de haber alcanzado los umbrales de acceso a la previsión social*. En realidad, siguiendo la clasificación de las normas que propone la teoría general del derecho nos encontramos ante una de tipo ‘permisivo’ que autoriza o faculta ciertas conductas al excluir las razones que había hasta allí para considerarlas antijurídicas. No es una regla de ‘mandato’ en el sentido de imponer o requerir ciertos comportamientos (deberes) bajo una circunstancia típica. En otras palabras, el solo cumplimiento de la condición objetiva no afecta el contrato, ni sus atributos o caracteres. Meramente releva un obstáculo que hasta entonces existía para extinguirlo y habilita, en cambio, otros comportamientos resisorios que, según nuestro ordenamiento, son regulados a partir del art.252 de la LCT. Por lo mismo y en tanto cuanto dicha norma indica que el empleador ‘podrá’ instar el procedimiento de la jubilación compulsiva, es obvio tanto que no está obligado a hacerlo como que, si no lo hace, un eventual despido que produjere queda regido por las direc-

57 GIALDINO, Rolando, Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el art.252 de la Ley de Contrato de Trabajo, DT, 2016, Año LXXVI-813. Ejemplo de ese control es el fallo de la CNTrab., Sala V, 27/4/2012, “Font Olivares c/Aerolíneas Argentinas S.A.” donde se hizo una aplicación de un criterio desigual en la categoría de aeronavegantes permitiendo que los pilotos sigan hasta los 65 años de edad, a diferencia de otros trabajadores que prestan otros servicios a bordo, citado por ARESE, ob.cit.

58 CSJN, 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. Ver PISACCO, ob.cit., p.285.

59 MACHADO, José Daniel, comentario al art.91, en AA,VV., Ley de contrato de trabajo comentada y concordada, 2ª edición actualizada, OJEDA, Raúl Horacio(coordnador), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011,Tomo II, p.33.

tivas generales de los artículos 242 y siguientes.”⁶⁰

El trabajador puede iniciar espontáneamente el trámite jubilatorio y luego rescindir el vínculo laboral con el empleador por ese motivo; a su vez el empleador, independientemente de lo que el trabajador decida, puede instarlo a éste a que inicie el trámite previsional. Pero en tanto ni uno ni otro ejerzan esas facultades legales “el vínculo continúa sin alteración de su naturaleza modal ni consecuencia laboral de ninguna otra índole.”⁶¹

La doctrina y algún fallo aislado han entendido posible que pueda cursarse la intimación del art.252 una vez reunidos los requisitos exigidos por un régimen especial por el cual pasaba el trabajador a la pasividad a una menor edad o tiempo de servicios.⁶² Pero siempre se exige la intimación en las condiciones del art.252 de la LCT.⁶³

La LCT “no ha establecido una edad máxima para el trabajo ni una causal de extinción fatal del contrato por edad.”⁶⁴

Expresa la jurisprudencia: “Luce desacertada la conclusión del tribunal del trabajo en cuando declaró que la sola concesión del beneficio previsional tuvo virtualidad extintiva del vínculo laboral, ignorando la continuidad decidida por las partes y, especialmente, que no medió siquiera intimación en los términos del art.252, LCT.”⁶⁵

En suma, que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, *no está contemplando en la LCT como una causal de extinción fatal, autónoma, ex lege.*

El art.91, LCT, sólo crea la posibilidad de ejercicio de las específicas facultades del art.252 de la LCT al limitar el alcance de la regla del art.90 de la misma norma.

Además, insistimos, ahora la intimación del art.252 de la LCT que puede dar el empleador al trabajador no puede hacerse hasta que aquel tenga 70 años cumplidos.

5.- Mucho tiempo atrás ya la doctrina interpretó el art.252 de la LCT en el caso de los docentes de universidades privadas.⁶⁶

En realidad la extinción en ese caso no sería por jubilación sino por despido del trabajador en condiciones de jubilarse, al que la ley releva de consecuencias indemnizatorias.⁶⁷

El decreto 679/95 estableció que el empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada

60 MACHADO, ob.cit.

61 Ídem nota anterior.

62 Ver CNTrab., Sala VI, 8/11/1994, “Molina Campos, Florencio c/Aerolíneas Argentinas”, con comentario de POSE, Carlos, Condiciones para el cese laboral en los términos del artículo 252 de la ley de contrato de trabajo, DT-1995,A,p.398; pero se trata de un régimen aplicable especialmente a los trabajadores aeronáuticos, propios de la empresa demandada, edad mínima de jubilación a los 50 años y máxima a los 55 años, hechos diferentes a los que nos ocupan.

63 MACHADO, ob.cit.

64 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Erreius, Buenos Aires,2018, Tomo II, p.1049.

65 SCJBA, 5/5/2010, “Maciel, Jorge c/Argón S.A. s/Enfermedad profesional, JUBA, www.rubinzal.com.ar,Jurisprudencia de Derecho Laboral, RC J 15942/2010, citada por OJEDA, Raúl Horacio, Jurisprudencia Laboral Nacional y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo III,2014,p.707.

66 SECO, Ricardo Francisco- LEDESMA DE FUSTER, Patricia Mariana en AA.VV., Régimen Laboral de los docentes de universidades privadas argentinas”, cit., p.483 y sgtes.

67 FERNÁNDEZ MADRID, Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada, cit. p.2173.

por el art.252,LCT, cuando el trabajador reune los requisitos necesarios para acceder a la prestación básica universal (P.B.U.), salvo el supuesto previsto en el segundo párrafo del art.19 de la ley 24.241.

Los recaudos que el art.19 aludido establece son: hombres que hubieran cumplido 65 años de edad, mujeres que hubieran cumplido 60 años de edad, que se acrediten 30 años de servicio con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad. Pero la norma establece que *en cualquiera de los regímenes previstos por esa ley las mujeres podrán optar por continuar su actividad laboral hasta los 65 años de edad*.

Adviértase que si el trabajador no reuniera los años de servicios y se excediera en edad podrá compensar a razón de dos años excedentes por uno de los de servicios faltantes.

Tempranamente dijimos que en el caso de que el docente obtenga jubilación por aplicación de leyes provinciales o nacionales especiales habrá que estar a sus recaudos para la jubilación ordinaria; pero si ellas establecen la posibilidad de obtener jubilación ordinaria vgr. a menor edad que la ley 24.141, por aplicación del principio de la igualdad constitucional, art.16,CN, y por los principios de interpretación del art.11 de la LCT, *entendemos que habrá que estar a los recaudos de la ley 24.241, los que más benefician al trabajador*.

Ya afirmamos en esa ocasión que esto quiere decir que si un docente universitario obtiene una jubilación ordinaria a los 60 años de acuerdo a una ley que le es aplicable por su trabajo principal no puede el empleador universitario hacer uso del mecanismo previsto por el art.252, LCT, sino hasta que cumpla los 65 años. Podría hacerlo si se trata de una mujer pero ésta puede optar por seguir trabajando hasta los 65 años según la ley 24.241.

Mas ahora la norma se ha modificado y no podría intimarse al trabajador si no tuviere 70 años.

Un caso jurisprudencial acerca de la extinción por jubilación del contrato de trabajo de un docente universitario privado fue fallado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 2ª, 11/03/2008, "Estrada, Nelda Y. v/ Universidad Juan Agustín Maza".⁶⁸

No se discutía allí la posibilidad de rescindir el contrato del trabajador en condiciones de jubilarse; lo que se discutía eran las condiciones en que esa rescisión se puede disponer para hacer funcionar con validez esa forma de extinción.

Se dijo: "...No resulta suficiente, a los fines de darle validez al despido producido por la empleadora, el hecho que la trabajadora accediera efectivamente a la jubilación porque en la mecánica del art. 252, LCT, la extinción de la relación laboral se produce no por la jubilación del trabajador sino por *despido del trabajador en condiciones de jubilarse al momento de su emplazamiento. No se trata de una causal de ruptura de la relación laboral que opere en forma automática sino de un despido al que la ley releva de las consecuencias indemnizatorias en la medida en que se cumplan las condiciones establecidas por el legislador*, por tratarse de una situación de excepción cuya interpretación debe ser restrictiva. Afirmar lo contrario implicaría violar las disposiciones contenidas en los arts. 10 y 11, LCT. Además de contravenir la lógica del sistema establecido en la norma de aplicación,

⁶⁸ Lexis N° 70043611.

convirtiendo a la regulación del instituto en una situación compulsiva para el cese, lo que no responde al espíritu de la ley ni a los principios que rigen la materia laboral."

Otro caso de extinción del contrato de trabajo de un trabajador docente en condiciones de jubilarse, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 20/12/1983, es "Incarnato, Hugo J. P. c/ Universidad Argentina de la Empresa".⁶⁹

Expuso allí el tribunal: "La relación habida entre las partes se encuentra regulada por la LCT, que contiene normas que por resultar mínimos inderogables por la voluntad de las partes, tornan nulas las disposiciones que en contrario contenga el contrato particular. De esta manera, si como causa de cese se esgrime la edad del trabajador, la conducta de la demandada debió ajustarse a lo dispuesto por el art. 252 de la L.C.T., cumpliendo con la intimación para que el trabajador inicie los trámites para jubilarse, reservando el empleo durante el plazo máximo de un año, al cabo del cual el contrato puede quedar extinguido sin responsabilidad indemnizatoria para el empleador. En el presente caso, puede observarse que la demandada frente al hecho del exceso del límite de edad, sin más procedió a manifestar su voluntad rescisoria, pues aun cuando en la comunicación del 26/3/81 no figura la palabra "despido", *ello es lo que significa notificarle al actor que no se le asignarán más cursos, es decir, una definitiva negativa de tareas*. Esta actitud, sin el cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa aplicable, torna al despido en arbitrario y a la demandada en responsable del pago de las indemnizaciones correspondientes."

IV.-Conclusiones

Al interrogante inicial de si es adecuado a derecho disponer el cese de profesores ordinarios de una universidad privada en sus cargos por motivos de edad o jubilación la respuesta es negativa por las siguientes razones:

1.-*Las universidades privadas argentinas carecen de facultades para establecer un modo de extinción de la relación laboral de éstas con sus profesores dependientes al margen de la LCT, que es la que rige su relación laboral*. Si bien tienen autonomía académica e institucional establecida por la Ley de Educación Superior 24.521, y se hallan facultadas para dictar y reformar sus estatutos, *ello no implica que puedan apartarse de las normativas vigentes en materia laboral*. Esa autonomía se vincula a cuestiones académicas e institucionales, mas no desplaza la aplicación de la LCT.

2.- Una norma como la comentada contradice el art.14 bis de la Constitución Nacional que manda a asegurar "*condiciones dignas y equitativas de labor*" a los trabajadores.

Colisiona además con el art.75 inc.23 de la Constitución Nacional que manda al Congreso *a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto, entre otros, de los ancianos*.

3.- También contradice la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, aprobada por la ley 27.360(B.O., 31/5/2017), en especial en cuanto proscribela discriminación por razones de edad y afecta el derecho al trabajo de las personas mayores.

⁶⁹ DT 1984-A, 622 . Cita Online: AR/JUR/1709/1983.

Implica un despido discriminatorio un cese laboral como el que se postula porque se basa en una distinción *prohibida porque las exigencias propias de la naturaleza del cargo (profesor universitario) no justifican objetivamente que se disponga un cese laboral directo por haber cumplido la edad de 60 años o más y estar jubilado o en condiciones de jubilarse.*

4.-Se abre camino en la legislación y la jurisprudencia que el despido debe ser causado.

5.-La facultad de extinción que prevé el art.252 de la LCT, que ahora sólo puede ejercerse cuando un trabajador tiene 70 años cumplidos, debe ser revista a la luz de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, pues padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad por discriminatoria.

6.-El art.91 de de la LCT no prevé una causal de extinción fatal, autónoma, *ex lege*, por haber llegado el trabajador a la edad de jubilación o haberse jubilado antes.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL. EL TELETRABAJO: UNA NECESIDAD

Consuelo Ferreyra¹ y Carolina Vera Ocampo²

Sumario: I.- Introducción. II.- Regulación normativa de emergencia: El teletrabajo: una necesidad. III.- Regulación normativa. Jornada y descansos. IV.- El derecho a la desconexión digital: Primeras aproximaciones. V.- Teletrabajo y desconexión digital. Recepción normativa. VI.- Nuevo paradigma: Hoja de ruta de la “nueva normalidad”. VII.- Conclusiones.

Resumen: El avance de la tecnología con la denominada “cuarta revolución industrial” se ve reflejado en el mundo del trabajo lo que sin duda genera un impacto en las relaciones laborales. Resulta vital la utilización de los dispositivos electrónicos en la prestación de servicios o TIC, lo que genera cambios en la organización del trabajo e impacto en las condiciones esenciales de la relación laboral como lo es la jornada de trabajo. Al permitir que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, se difumina la línea entre las horas de trabajo y la vida personal. Sin dudas, que resulta prioritario en el derecho del trabajo velar por los derechos laborales fundamentales, y es por ello que se debe repensar y analizar el “derecho a la desconexión digital del trabajador”, en el marco del teletrabajo como un postulado esencial. El derecho a la desconexión digital se trata de una denominación específica, que pretende tutelar el descanso de los trabajadores. Hablar de desconexión digital es lo mismo que afirmar que el trabajador tiene derecho a una jornada limitada, que respete sus horarios y descansos.

Palabras clave: Derechos humanos. Jornada. Desconexión. Teletrabajo.

I.- Introducción

El derecho a la desconexión digital ¿nuevo derecho o vieja obligación?

En su segundo siglo de existencia la OIT, al elaborar la Declaración del Centenario, sigue exhortando a sus estados miembros a garantizar a todos los trabajadores entre otras cosas el respeto de sus derechos fundamentales, un salario de vida adecuado, límites al número máximo de horas trabajadas, seguridad y salud en el trabajo.

¹ Master en Derecho Empresario en la Universidad Austral. Mail de contacto: consueloferreyra@gmail.com.

² Master en Derecho Internacional de los Negocios en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Laboral UNC-UCC-UNL. Mail de contacto: carolina.veraocampo@gmail.com.

La regulación y la limitación de la jornada de trabajo ha sido una de las primeras conquistas de los trabajadores, concebida desde hace un siglo como el tiempo que el empleado está a disposición de su empleador en su lugar de trabajo, pese a ello, este concepto tan arraigado, hoy se encuentra sometido a revisión.

El avance de la tecnología con la denominada “cuarta revolución industrial” se ve reflejado en el mundo del trabajo lo que sin duda genera un impacto en las relaciones laborales. Esta situación se vio sacudida mundialmente por un suceso que sin duda, se trata de un hito histórico, que va a marcar un antes y un después en la forma que concebimos la relación de trabajo, desde la aparición del Coronavirus, *lo que era ayer ya no lo es hoy, ni lo será mañana*.³

Luego de la pandemia originada por la irrupción del COVID – 19, las relaciones de empleo tuvieron que digitalizarse absolutamente, como consecuencia de la necesidad de mantener el aislamiento. Resulta vital la utilización de los dispositivos electrónicos en la prestación de servicios o TIC, lo que genera cambios en la organización del trabajo e impacto en las condiciones esenciales de la relación laboral como lo es la jornada de trabajo. Al permitir que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, se difumina la línea entre las horas de trabajo y la vida personal.

Sin dudas, las proyecciones se asientan en un cambio cultural, aunque las necesidades impuestas por el aislamiento social obligatorio y la necesaria implementación de modalidades flexibles de trabajo - entre las que se destaca el teletrabajo-, ha sido adoptada por numerosos países con el objeto de continuar con el giro empresarial, lo que ha venido a acelerar estos cambios que eran previstos como paulatinos, pero que están aconteciendo a una velocidad vertiginosa.

Sin dudas, que resulta prioritario en el derecho del trabajo velar por los derechos laborales fundamentales, y es por ello que se debe repensar y analizar el “derecho a la desconexión digital del trabajador”, en el marco del teletrabajo como un postulado esencial. Se parte de la premisa que el abordaje de este derecho puede hacerse desde una doble perspectiva: normativa y otra sociológica y establecer o determinar si resulta o no necesario reconocer este derecho en un proceso de flexibilización laboral creciente. No es el mercado esta vez el motor, sino la pandemia.

II.- Regulación normativa de emergencia: El teletrabajo una necesidad.

De las muchas y variadas consecuencias con las que esta pandemia se proyecta sobre las relaciones de trabajo, tanto individuales como colectivas, la primera e inmediata se manifiesta en orden al lugar y el modo de trabajar o, en la vereda opuesta, en la necesidad de dejar de hacerlo.⁴

Luego de que la Organización Mundial de la Salud calificara al brote del Coronavirus como una pandemia, con el DNU 260/2020 se amplió la emergencia sanitaria que había sido establecida con carácter general por la ley 27.541.

Como consecuencia de ello, se dicta el DNU 297/2020, el que estableció el aislamiento

³ ACKERMAN, Mario E., Revista de Derecho Laboral, Actualidad, Suplemento Digital, Dossier N° 1 “El impacto del Coronavirus en las relaciones laborales”, en MACHADO José Daniel – ARESE, Cesar(directores), Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1 ed., 2020, p.5.

⁴ ACKERMAN, Mario E., ob. cit., p.5.

social, preventivo y obligatorio para todos los habitantes de la Nación Argentina.

De la lectura del aludido decreto, se puede efectuar una distinción entre actividades permitidas y actividades prohibidas (artículos 5° y 6° del DNU 297/2020) (artículos 1° a 3° de la Decisión Administrativa 429/2020), que enumeran las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia que, por el momento, quedan así exceptuadas del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio impuesto por el artículo 1° de aquél desde la cero hora del 20 de marzo hasta la hora 24 del 31 de marzo de 2020. Complementariamente, en el artículo 12 se estableció que el MTESS debía determinar las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del artículo 7° durante el plazo que fije la autoridad sanitaria y se lo facultó también para establecer regímenes especiales de licencias de acuerdo a las recomendaciones sanitarias.

En ejercicio de las facultades otorgadas por el DNU 260/2020, el 13 de marzo de 2020 el MTESS dictó la Resolución 202/2020 con la que, además de derogar sus precedentes 178/2020 y 184/2020, ordenó la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de sus remuneraciones a todos los trabajadores y trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en el artículo 7° del DNU 260/2020, y extendió esta suspensión a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes, tales como locaciones de servicios, becas, pasantías y residencias médicas (art.1°).

El artículo 4° de la Resolución 202/2020, además, contempló la posibilidad de que los trabajadores que, aunque dispensados del deber de asistencia, no tuvieran la confirmación de haber contraído el COVID-19 ni presenten síntomas que lleven a que se lo considere caso sospechoso, puedan realizar sus tareas desde el lugar de aislamiento, para lo cual deberían establecer con su empleador las condiciones para ejecutar esa labor.

En orden a las relaciones de trabajo, estas normas fueron complementadas por la Resolución 219/2020, del MTESS, también del 20 de marzo de 2020, en virtud de la cual, entre otras reglas, se estableció: - la dispensa del deber de asistencia al trabajo de los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “aislamiento social preventivo y obligatorio”; - la posibilidad de que las tareas de los trabajadores alcanzados por esta dispensa u otras análogas sean realizadas desde el lugar de aislamiento, según sea acordado con el empleador; - el derecho a la remuneración habitual cuando el trabajador acuerde la realización de sus tareas en el lugar de aislamiento; - el derecho a la percepción de esa misma remuneración pero con carácter no remunerativo -con excepción de los aportes y contribuciones al sistema nacional de seguro de salud y del INSSJP- para los trabajadores que no tengan la posibilidad de realizar sus tareas en el lugar de aislamiento; - la facultad del empleador de reorganizar la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción en las actividades declaradas esenciales y, en el supuesto de que ello reclame el trabajo en horas suplementarias, el pago de éstas tendrá una reducción del 95 % de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la Ley 27541 destinada al SIPA; - la posibilidad de contratar trabajadores con la modalidad de contrato de trabajo eventual, con una reducción del 95 % de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la ley 27.541 destinada al SIPA; - la obligación del empleador de extender una certificación a los trabajadores que deban prestar servicios a fin de que puedan circular en la vía pública.

En este orden de ideas podemos clasificar tres tipos de trabajadores: 1) aquellos trabajadores que se encuentran comprendidos dentro de las consideradas “actividades esenciales”, por lo que continúan prestando tareas en sus lugares de trabajo habituales, 2) trabajadores que no se encuentran comprendidos en las actividades esenciales, y que, por la naturaleza de la tarea, no puede trabajar desde su casa, 3) aquellos trabajadores, que pueden realizar sus tareas desde el lugar de aislamiento.

Este último tipo de trabajadores que se encuentran sometidos a la modalidad del teletrabajo, constituyen la agenda prioritaria del derecho del trabajo, al respecto destacamos la importancia de atender al denominado derecho a la “desconexión digital”.

III.- Regulación normativa jornada de trabajo y descansos

A) Jornada de trabajo

La jornada, desde siempre, se trató de uno de los institutos fundamentales del derecho del trabajo. La lucha por la limitación de la jornada de trabajo junto con la obtención de un salario digno han sido los primeros objetivos y conquistas de los trabajadores y a raíz de estas luchas y conquistas se afirma el nacimiento del derecho del trabajo.

Como primera aproximación, haremos una referencia al marco normativo nacional, e internacional, que regula la jornada de trabajo en la República Argentina.

Históricamente la primera Ley Nacional que se dicta en la República Argentina y que regula la jornada lo fue en el año 1929, mediante la sanción de la ley 11.544, dictada por el Congreso de la Nación.

Esta fue la única ley que reguló esta materia, y que estableció un régimen nacional de jornada sobre la base de la limitación del tiempo de prestación de servicios a ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, para toda actividad ejecutada en relación de dependencia, tanto en el ámbito público como privado.

Seguidamente se dictó la ley N°11.726, apenas posterior a la Ley de Jornada, mediante la cual se ratificó el Convenio N° 1 de la OIT, sobre Jornada de Trabajo.

En 1932 se dictó la ley nacional 11.640, destinada a regir en Capital Federal, por la cual se limita la prestación de tareas hasta el día sábado al medio día. Esta se trató de una ley nacional con alcance regional, que tuvo como consecuencia el dictado de normativa por parte de las Provincias, para regular este derecho. Así, en el caso de la Provincia de Córdoba, se receptó esta limitación, pero se mandó a pagar el importe de cuarenta y ocho horas, pese a que se trabajaren cuarenta y cuatro.

En 1956 se dicta el decreto-ley 10.375/56, para armonizar el disperso sistema normativo que predominaba en Argentina, mediante el cual se estableció, que la limitación de la jornada por día o por semana resultante de la aplicación de las leyes locales vigentes a la fecha del decreto-ley, son compatibles con la ley 11.544.

En el año 1974, se dicta la ley 20.744, que establece el régimen general de contrato de trabajo, a través del art.213. El resultado de dicha normativa es que casi la totalidad de las provincias argentinas, instituyeron el sábado inglés. Al finalizar el año 1975, el régimen de la jornada era diferente en cada región del país.

Finalmente, mediante la ley 21.297, se modificó el anterior art. 213 de la LCT, y se redactó el art.196, que regula la jornada de trabajo en la actualidad y que establece que: *“La extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación, y se regirá por la ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario, salvo que en el presente título se modifiquen o se aclaren”*. El tiempo regulado en su faz productiva se denomina jornada; y la otra faz de descanso encontramos el diario, semanal, anual, etcétera.

Las fuentes nacionales, en la actualidad se encuentran constituidas por el art.14 bis CN, la Ley de Jornada de Trabajo dictada en 1929, ley 11.544, que establece el límite de la jornada a ocho horas diarias. Esta ley posee trece artículos.

El primero establece como topes máximos de jornada ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales. A diferencia del Convenio 1 de la OIT, expresado anteriormente, fija un tope alternativo es o uno u otro y así en vez de haber un tope hay dos (8 y 48)⁵.

Asimismo hay regímenes especiales: estatutos profesionales como por ejemplo el del personal periodístico que consagra jornada semanal de 36 horas; los CCT pueden establecer topes de duración de jornada inferiores a los establecidos en las leyes aludidas, o por acuerdo de partes pueden establecer límites menores a los fijados por la ley de duración de la jornada.

Con ello, se establecen las siguientes notas definitorias: 1) uniformidad de la extensión de la jornada en todo el país, 2) vigencia plena de la Ley 11.544, 3) exclusión de toda disposición provincial que se dicte o haya dictado en materia de jornada laboral.⁶

En la actualidad las fuentes de la jornada de trabajo de carácter internacional son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, PIDESC, Convención de los Derechos del Niño y Convenios de la OIT. A nivel internacional se destacan los Convenios N° 1 sobre las horas de trabajo, relativas a la industria del año 1919 y el N° 30 o Convenio sobre las horas de trabajo relativas al comercio y oficinas del año 1930 de la OIT, ratificados por Argentina, sin perjuicio de otros instrumentos de carácter Internacional emanados de dicho organismo, que contiene disposiciones relativas a la jornada de trabajo.

Si bien ambos convenios se refieren a las horas de trabajo, solo el N° 30 las define, el que establece que se consideran horas de trabajo a los efectos de dicho convenio *“el tiempo durante el cual el personal está a disposición del empleador, estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a disposición del empleador”*.

Así las cosas, en el sistema normativo argentino la jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador en tanto no puede disponer de su actividad en beneficio propio (art. 197. LCT).

La extensión de la jornada se encuentra regulada en la ley 11.544, es uniforme para todo el territorio, y la superación de los topes legales, otorga derecho a horas extras o suplementarias, que deben ser abonadas de forma especial en los términos del art. 201 (LCT). Ponemos de relieve que estamos frente a una normativa que tanto nacional como interna-

⁵ Ver duración de la jornada de trabajo.

⁶ SAPPJA, Jorge J., en Revista de Derecho Laboral, “Jornadas y Descansos”, VAZQUEZ VIALARD, Antonio – RUBIO, Valentín(directores),Ed. Rubinza - Culzoni, Buenos Aires, 1 ed., 2006, p. 84.

cional, posee prácticamente un siglo de vigencia. Lo determinante será analizar si la misma resulta eficaz para regular las realidades que en la vida del trabajo hoy se presentan.

A nivel internacional se registra una tendencia a la reducción de jornada.

El Convenio 47 establece la reducción progresiva de la semana de 40 horas. Éste no ha sido ratificado por Argentina. En dicho convenio, la OIT sugiere a sus países miembros reducir límites de la jornada.

El informe *Horas de trabajo de lo fijo a lo flexible* de la OIT de 2005 señala que desde 1984 se han producido en todo el mundo cambios considerables respecto de la jornada: nuevas modalidades de empleo como el contrato a tiempo parcial, y en algunos países se ha reducido la jornada para generar empleo. O bien en otros se ha alargado y los parámetros para medir la duración del tiempo de trabajo ya no son el día o la semana sino el año; además han adoptado modalidades de ordenación más flexible. Ha surgido el concepto de jornada flexible que consiste en que el horario de trabajo debe adaptarse a necesidades de la producción de la empresa, de forma que en las épocas en que aumenta la producción ésta será más extensa.

B) Descansos

Como ya se advirtiera, los conceptos de jornada de trabajo, y remuneración se encuentran íntimamente intrincados y tienen ambos un elemento común que integran sus respectivas definiciones: la puesta a disposición de su fuerza de trabajo por el trabajador. Éste se encuentra a disposición de su empleador no solo cuando ejecuta efectivamente el trabajo, sino también considerando las medidas preparatorias a su labor y las complementarias.

La ley contrasta esta actitud con dos conductas posibles del trabajador a saber: (i) posibilidad de disponer de la actividad en beneficio propio y (ii) la inactividad que se produce por decisión unilateral del trabajador. Estas dos situaciones no integran el concepto de jornada y por consiguiente no generan derecho a la remuneración.⁷

Determinar cuándo estamos frente a los descansos adquiere virtual importancia, en tanto existen algunos que otorgarán derecho a la remuneración y otros que no. Esto es teniendo en cuenta la normativa vigente.

Existen períodos de inactividad del trabajador que no pueden considerarse como parte de la jornada de trabajo y que, por consiguiente, cuantitativamente no se computan como "duración de trabajo".

En los términos del art.197,LCT, estos son: (i) el tiempo de traslado desde el domicilio hasta el lugar de tareas; (ii) los descansos intercalados durante la jornada y las interrupciones entre el trabajo durante las cuales no se exija al trabajador ninguna prestación y pueda disponer del tiempo en beneficio propio.

Además de los descansos inter-jornadas señalados, también se entiende que las licencias ordinarias, esto es las vacaciones, las licencias por maternidad, por matrimonio, son consideradas como tiempo de descanso.

⁷ ETALA, Carlos A., ob. cit., p.276.

IV.- Derecho a la desconexión digital: primeras aproximaciones

El derecho a la desconexión digital se trata de un enunciado construido desde el punto de vista dogmático antes bien que normativo.⁸

Tal es el caso que solo algunos países como Francia, o Alemania, contienen hasta el momento algún tipo de regulación.

Francia ha sido uno de los países pioneros en la regulación de este derecho al introducir en su Código de Trabajo la desconexión digital del trabajador. El apartado 7 del art. L. 2242-8 prevé que en el contexto dado por la negociación anual sobre la igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo, habrán de abordarse necesariamente las modalidades de pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y a la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de dispositivos digitales, a fin de asegurar el respecto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresas o en su defecto de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio de este derecho y preverá además la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos digitales dirigida a trabajadores mandos medios y dirección.⁹

Al efecto, destacamos que si bien Francia efectúa una normativa expresa, técnicamente no lo define, no lo enumera, sino que solo lo incluye, otorgando libertad a las partes empresariales y sindicales a reglamentar su contenido específico.

En América Latina solamente Chile ha tenido una iniciativa al respecto; se conoce un proyecto de reglamentación de este derecho en el año 2017.

Desde el punto de vista normativo puede determinarse que el derecho a desconexión tiene un estrecho vínculo con el tiempo de trabajo, limitación de la jornada, el tiempo de descanso intermedio, inter-jornadas, semanal, licencia reglamentaria y licencias especiales, la salud y seguridad laboral, riesgos laborales psicosociales, estrés, así como la conciliación entre la vida privada o personal y trabajo.

El derecho a la desconexión suele ser entendido como el derecho que tienen los trabajadores dependientes a no ser instados a trabajar ni ser requeridos por cualquier medio, especialmente digitales o electrónicos, fuera de su jornada de trabajo y no sufrir represalias por el ejercicio de dicho derecho¹⁰; o como un “derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los derechos dignitarios básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva” (11).

8 ROSENBAUM, Federico, Manual de Tiempo de Trabajo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1 ed., 2019, p.163.

9 TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, El derecho a la desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento Español. Trabajo y derecho, Editorial Walters Kluwer, N° 11, Sección Estudios, mayo 2018.

10 AZOCAR SIMONET, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo. Análisis sobre la perspectiva chilena”, ponencia presentada en el encuentro latinoamericano de jóvenes juristas, Montevideo, 2018, disponible en www.jovenesjuristas.net.

11 AZOCAR SIMONET, Rodrigo, ob. cit., en BENITEZ, Oscar E., ob. cit., p.220.

Resulta evidente que el derecho a la desconexión nace en un contexto particular. Al respecto es dable señalar el binomio producido entre trabajo y tecnología, cuya dialéctica ha sido determinante en el sistema actual de producción, pasando de la cadena de montaje y el reloj industrial. La relación entre estos dos factores hoy resulta decisiva a la hora de organizar el trabajo, y generar valor.¹²

Al respecto la doctrina viene señalando que el derecho a la desconexión digital no se trata de un nuevo derecho o un derecho distinto emergente de nuestra era, sino más bien el derecho a la desconexión digital resulta ser una condición necesaria para que las personas que trabajan puedan efectivamente gozar del derecho al descanso, y de su tiempo libre.

En efecto, vale considerar la situación de los trabajadores en relación de dependencia en la República Argentina.

Tal como se reseñó con anterioridad, rige en la República en todo el territorio nacional, la Ley de Jornada 11.544, que con independencia del personal jerárquico o directivo, su normativa resulta aplicable, por lo que los trabajadores argentinos, tienen derecho constitucional, y fundamental a la limitación de la jornada, al descanso y a las vacaciones.¹³

Postular el derecho a la desconexión digital significa que los trabajadores tienen derecho a negarse a estar “disponibles” para su empleador en los horarios que no se consideran jornada y que no devengan derecho a la remuneración, o a exigir que el tiempo que sean requeridos o que deban estar disponibles, por algún medio de conexión digital, el pago de su remuneración, según su carga horaria como hora normal u hora suplementaria, según la carga total y el sistema vigente.

Postular la necesidad de una regulación específica respecto a la desconexión digital parece necesaria, pero debe tenerse presente que dicha necesidad responde a un criterio de eficacia, no de validez.¹⁴

V.- Teletrabajo y desconexión digital. Recepción normativa.

Respecto al estado normativo actual en Argentina, destacamos la Ley N° 25.800, que ratifica el Convenio N°177 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 2003, sobre trabajo a domicilio, promoviendo la igualdad de condiciones de trabajadores que desarrollen modalidades de trabajo a distancia respecto al desempeño presencial de tareas.

Sin dudas que en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio surge la necesidad de regular el teletrabajo en tanto modalidad de ejecución de la obligación de prestación del trabajo en una relación laboral, como una prioridad ineludible del derecho del trabajo, a los efectos de dar cumplimiento a la manda constitucional contenida en el art. 14 de nuestra CN.

En oportunidad de presentarse el Proyecto de Ley, mediante el cual se pretende la creación de régimen de teletrabajo, se señaló como prioritario otorgar estabilidad a las dinámicas de vinculación laboral, en tanto se han incorporado las tecnologías de la infor-

¹² BENITEZ, Oscar E., Revista de Derecho Laboral-, Actualidad, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1 ed., 2019, p. 217.

¹³ BENITEZ, Oscar E., ob. cit., p.226.

¹⁴ BENITEZ, Oscar, ob. cit., p. 228.

mación y comunicación a la vida cotidiana como consecuencia de la pandemia generada por la irrupción del Covid-19, la emergencia sanitaria dispuesta por el Poder Ejecutivo vía DNU 260/2020 y las prontas y eficaces medidas por la administración del Estado Nacional.

Dicho proyecto define al teletrabajo como una *“nueva modalidad contractual”*, y lo hace en su artículo 2, al respecto señala que: *“Habrá contrato de Teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación. Los presupuestos legales mínimos del contrato de Teletrabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley”*.

Asimismo, se destaca la voluntariedad del teletrabajo y la reversibilidad como caracteres esenciales de esta modalidad.

Finalmente, destacamos a los efectos de la presente investigación la regulación que efectúa el proyecto de ley, respecto del derecho a la desconexión digital, el cual lo enuncia de forma taxativa y expresa.

Al respecto el artículo 5 establece: *“Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.”*

VI.- Nuevo paradigma: Hoja de ruta de la “Nueva Normalidad”

Como ya se mencionará con anterioridad, el derecho a la desconexión tiene un doble abordaje, por un lado desde el punto de vista sociológico y por otro desde lo normativo o jurídico.

Ya hemos repasado su aspecto normativo desde la regulación de la jornada y los descansos legales. No obstante, entendemos que dicho estudio carecería de todo sentido si los miramos como institutos aislados, cuyo asidero encuentra respuesta en un encuadre legal, sin considerar la realidad en la que se encuentran inmersos.

Hoy no constituye una novedad que estamos evidentemente frente a un nuevo modelo con nuevas dimensiones, que redefinen el campo laboral, sumando a la situación de crisis actual que nos obliga a gestionar la “ola virtual”.

Ya hemos hecho referencia en trabajos anteriores¹⁵ sobre las características del actual paradigma –el de la colaboración –, en el que las organizaciones se encuentran actual-

15 FERREYRA, Consuelo- VERA OCAMPO, Carolina. Publicación, en el XI Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. XXI Jornadas Rioplatenses. “Ponencia no oficial”, año 2019: “Nuevos Derechos o Nuevas Realidades: El Derecho a la Desconexión Digital.”- Publicación en la revista jurídica Diario DPI, 2019: “Trabajadores del siglo XXI el dilibery on line ¿emprendedores o subordinados? (Parte I)”. Coautoras en Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2018: “Los rapitenderos, los globers, el deliberyboy, conquistadores de la independencia globalizada: ¿Emprendedores o trabajadores del nuevo siglo.”

mente inmersas. Dicho paradigma destaca “la flexibilidad”, y preferencia –cada vez mas marcada - por las formas de trabajo autónomo (ya sea total o parcial), todo ello en un marco que prima lo instantáneo y lo simultáneo.¹⁶

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que sigue instaurada en nuestro país, la cultura del trabajo dependiente y la modalidad presencial del trabajador.

Prueba de ello resulta el estudio realizado por el IAE (Acciones y Preocupaciones de Directivos de Capital Humano por COVID-19), que arroja que el 65% no tenía hasta el momento anterior a la pandemia trabajadores en home office y que el 22% ahora como consecuencia de la misma tienen a la mitad y 46% tienen a la mayoría o todos.¹⁷

Dichos indicadores dejan en evidencia que el COVID- 19 ha acelerado un proceso necesario que se venía vislumbrando, pero que no por ello pueda quedar exento de regulación previa implementación.

Antes de analizar las nuevas reglas de juego resulta oportuno señalar que todo cambio implica un aprendizaje para las personas.

Para saber cuándo y cómo se pone en marcha ese aprendizaje, Edgar Schein nos plantea esta fórmula: $AT = SU > AA$ ¹⁸. ¿Qué significa? Que el aprendizaje transformacional ocurre cuando el sentido de urgencia es mayor que la ansiedad que nos produce la idea de aprender. Todo proceso de transformación nos enfrenta a un grado de incertidumbre que, aunque en épocas de normalidad llevaría un tiempo prudencial de adaptación y previsión normativa, estamos en un momento en el cual la necesidad de los cambios se precipita.

Ante este panorama resulta fundamental contar con las herramientas idóneas y aplicarlas de la manera adecuada para poder salir mejores de la crisis, por lo que resaltamos una serie de cuestiones que servirán para diseñar nuestra “hoja de ruta” en esta “nueva normalidad”:

(i) Sobre las nuevas habilidades personales a desarrollar: A fin de gestionar la virtualidad se requiere como medida previa aprender a desarrollar las habilidades o “*Skills*” tecnológicas. Esto significa la existencia de un requisito formal anterior que es el acceso a Internet, aspecto no menor si tenemos en cuenta que en el segundo semestre de 2019 solo el 56,1% de los hogares de nuestro país tiene acceso a una conexión de Internet fija.¹⁹

(ii) Será necesario trabajar en un doble aspecto, esto es sobre la accesibilidad y posteriormente la capacitación en estas nuevas habilidades para dar respuesta a estructuras de trabajo dinámicas y flexibles.

(iii) Sobre los recursos materiales necesarios para la prestación de servicios: El proyecto de ley del régimen de teletrabajo regula de manera específica en el Art. 9° la obligación del empleador/a de proporcionar el equipamiento -hardware y software-, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, como así también la responsabilidad de éste por los costos de instalación, mantenimiento y

¹⁶ Referido al “multitasking” o habilidad para realizar varias tareas a la vez.

¹⁷ Estudio IAE – Acciones y Preocupaciones de Directivos de Capital Humano por COVID-19.

¹⁸ ROSSI, Gonzalo- MOYA, Liliana Moya. Gestión del cambio y agilidad en contextos alterados,s/d.

¹⁹ OCABASE. Estado de Internet en Argentina y la Región. Segundo semestre 2019,p.3.

reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja.. Asimismo se prevee que el/la teletrabajador/a será responsable por el correcto uso y mantenimiento de los elementos y herramientas de trabajo provistas por su empleador. A su vez el artículo 10° prevé un derecho a la compensación de los gastos generados por el teletrabajo, La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Quedara en manos de la negociación colectiva regular la consideración en cada caso de los gastos ocasionados por la actividad que deben ser abonados por la empresa.

Sobre el deber de seguridad y la previsión en materia de riesgos laborales:

Sobre este punto cabe mencionar la Res. 1552/2012²⁰ dictada por la SRT con el propósito de establecer condiciones mínimas de higiene y seguridad para los trabajadores que se desempeñen bajo la modalidad del teletrabajo que pone en cabeza del empleador la obligación de comunicar a su ART una nómina detallada con los datos de todos los teletrabajadores, indicando el domicilio en donde realizan sus tareas, la frecuencia de las mismas y el tipo de actividad, para otorgarle la cobertura prevista por la Ley de Riesgos de Trabajo.

Asimismo, el empleador tiene que proveerles a sus trabajadores de elementos de trabajo necesarios para ejecutar tareas bajo esta modalidad; y cuenta con la facultad de visitar el lugar de ejecución de tareas siempre que sea consensuado de forma previa con el trabajador. Esto ha sido receptado por el proyecto de ley del régimen de teletrabajo regula de manera general en el art. 9° como ya se señalara. Asimismo, la ley 27.323 también introdujo modificaciones al art. 75 de la LCT al tratar sobre el deber de seguridad por parte del empleador, referido a la obligación de éste de hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo, y de adoptar las medidas para tutelar la seguridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores. Por otra parte, se dispone en el artículo 14 que la autoridad de aplicación determinará la inclusión de las enfermedades causadas por esta modalidad laboral dentro del listado previsto en el artículo 6°, inciso 2° de la ley 24.557 (Riesgos de Trabajo).

Los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del art. 6° inc. 1° de la ley 24.557 (Riesgos de Trabajo). En este sentido sería de utilidad referir los peligros de la conectividad permanente a fin de lograr una prevención y garantizar la salud e integridad psicofísica de los trabajadores.

La Organización Internacional del Trabajo ha señalado en este sentido que "...un factor de riesgo es la propiedad intrínseca o la capacidad potencial de un agente, proceso o situación (incluido el medio ambiente de trabajo, la organización del trabajo y las prácticas laborales con consecuencias negativas para la organización) de causar daño o efectos adversos para la salud en el trabajo. El riesgo es la combinación de la probabilidad de un evento de riesgo y la gravedad para la salud del trabajador de dicho evento."²¹

Sobre los medios de control empleados (art. 71 LCT):

El proyecto de ley de teletrabajo en su art. 15 prevé la protección de la intimidad y derecho a la privacidad del/de la teletrabajador/a.

20 Puede consultarse en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204726/norma.htm>.

21 O.I.T., 2016, p.3.

Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

A su vez el artículo 16, respecto de la protección de la información laboral, impide hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad del teletrabajador. Asimismo, la modificación hecha por la ley 27.322, 15/12/2016, se dispuso que los controles personales y los relativos a la actividad del trabajador deberán ser conocidos por este. Los controles a los que hace referencia son: a) Sobre la prestación del trabajo: Su cantidad/calidad y procedimientos técnicos de ejecución. b) Sobre la asistencia del trabajador al empleo y cumplimiento del horario c) Sobre los bienes de la empresa.

En relación a estos últimos, la misma negociación colectiva puede establecer que se notifique al trabajador qué medios digitales se le hace entrega como herramientas de trabajo, lo que permita tener un mayor “control” o registro de las horas de trabajo efectivamente prestadas y de la demanda requerida por parte del empleador.

(iv) Ante todo un cambio cultural:

Sin lugar a dudas que el gran desafío que nos toca para adaptarnos a la modalidad de teletrabajo va mucho más allá de la regulación normativa de cada uno de los aspectos requiere, requiere de un cambio en la cultura organizacional.

Dicho cambio se asentará en la flexibilidad y predisposición de las partes a modificar las estructuras tradicionales, lo que dará lugar a una nueva cultura de trabajo que permita alinear las capacidades laborales en un entorno de trabajo altamente dinámico con independencia de la ubicación, dirigido por nuevos comportamientos, estilos de liderazgo y formas de trabajo.

Para terminar un cuento de la tradición Sufi: “Nasrudín y la Peste”. *Iba la Peste camino a Bagdad cuando se encontró con Nasrudín. Este le preguntó:— ¿Adónde vas? La Peste le contestó:— A Bagdad, a matar a diez mil personas. Después de un tiempo, la Peste volvió a encontrarse con Nasrudín. Muy enojado, el mullah le dijo:— Me mentiste. Dijiste que matarías a diez mil personas y mataste a cien mil. Y la Peste le respondió:— Yo no mentí, maté a diez mil. El resto se murió de miedo.*²²

Los cambios, en definitiva, no son el fin de lo que conocemos, si no el comienzo de la reinvencción.

VII.- Conclusiones

Con el presente trabajo se pretende poner de relieve la realidad, de donde emergen los cambios aparejados a la era digital con repercusión en la regulación de institutos clásicos como es la jornada de trabajo, a fin de comprender que si los actores y las circunstancias cambian pues, necesariamente, deben cambiar las reglas destinadas a regularlos.

Indudablemente que la aparición de la pandemia mundial ha cambiado el modo de concebir el mundo en su totalidad, lo que era ayer ya no lo es hoy, ni lo será mañana, el

²² <http://cuentosconluzpropia.blogspot.com/2009/07/nasrudin-y-la-peste.html>

teletrabajo llegó para quedarse, los modos de prestar tareas han sido sacudidos de sus cimientos, y de forma abrupta.

El derecho a la desconexión digital se trata de una denominación específica, que pretende tutelar el descanso de los trabajadores.

Para responder a aquel interrogante que formulamos al inicio de la presente investigación, pareciera que la respuesta se erige como algo obvio.

Hablar de desconexión digital es lo mismo que afirmar que el trabajador tiene derecho a una jornada limitada, que respete sus horarios y descansos.

Mas allá de su presentación en sociedad, como “nuevo derecho”, hoy resulta interesante analizar la conexión digital, desde su contenido obligacional empresarial.

De allí que la desconexión digital, más que un nuevo derecho, parece una vieja obligación.

Hoy enfrentamos un cambio significativo en los roles masculinos y femeninos tradicionales en la vida familiar, con la consecuente redistribución de derechos y responsabilidades familiares, que lleva en palabras de Casas Bahamonde, a que los trabajadores y trabajadoras aspiren hoy a la realización del trabajo elegido en el tiempo elegido, y la acomodación del tiempo de trabajo a quien lo realiza (y no al revés).²³

23 ACKERMAN, Mario, ob.cit., p. 34; CASAS BAHAMONDE, María Emilia, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo, y el futuro del Derecho de Trabajo, en El trabajo ante el cambio de siglo, un tratamiento multidisciplinar, ALARCÓN, Manuel R. y MIRÓN, María del Mar (coordinadores), Marcial Pons, Madrid, 2000, ps.189 y ss.

UN MODELO PARA ARMAR: EL ART. 223 BIS EN ÉPOCA DE COVID-19

Ana María Salas¹

Sumario: I- Introducción. II- El modelo de las suspensiones por causas económicas en la LCT. III- El diseño del art. 223 bis de la LCT. IV- El nuevo diseño del art. 223 bis en el régimen de emergencia. V- Conclusión.

Resumen: A partir de la emergencia sanitaria dictada en el marco de la pandemia producida por COVID-19, observamos que el art. 223 bis de la LCT fue adquiriendo una nueva configuración que le ha dado identidad propia. Con el análisis de los antecedentes y las nuevas disposiciones aplicables al instituto se busca facilitar su aplicación sin perjuicio de la problemática práctica que su ejecución plantea y que determina la necesidad de continuar con el debate constructivo respecto de una regulación que responda en mejores términos a la realidad laboral existente.

Palabras clave: Suspensión. Emergencia. Diseño. Acuerdos. Remuneración.

I.- Introducción

Desde que la Organización Mundial de la Salud declaró que el coronavirus 2019 (COVID-19) alcanzó el nivel global que caracteriza a una pandemia² se adoptaron una serie de medidas que, en su conjunto se ha denominado "régimen de emergencia".

El nuevo marco normativo que día a día se fue construyendo desde el mes de marzo del corriente año, ha tenido fundamentalmente en cuenta la disposición contenida en el art. 14 bis de la CN, que impone una protección específica "al trabajo" en sus diversas formas.

El objetivo perseguido ha sido garantizar la ocupación e ingresos de los trabajadores - tanto dependientes como autónomos- y la ayuda a las empresas para sobrellevar los efectos de la emergencia y mantener la nómina salarial.

Ambos sectores, trabajadores y empresarios, en mayor o menor medida, han recibido la

¹ Juez de la Séptima Cámara del Trabajo de Mendoza. Especialista en Derecho Laboral (U. N. Cuyo y UN Litoral). Profesora de Derecho del Trabajo de grado y posgrado (Universidad Mendoza y UNC). Autora de artículos y trabajos de la especialidad en obras colectivas e individuales. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8490-1134>. E-mail de contacto: amsalas9295@gmail.com

² El Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el doctor Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunció que la nueva enfermedad por el coronavirus 2019 (COVID-19) puede caracterizarse como una pandemia (11-03-2020).

debida protección.³

En ese ámbito el art. 223 bis de la LCT fue objeto de diversas modificaciones que permitieron su necesaria adecuación a la realidad en la que debía implementarse.

El orden secuencial de las modificaciones que el régimen de emergencia ha introducido y su análisis práctico es lo que constituye el objeto del presente estudio

II- El modelo de las suspensiones por causas económicas en la LCT

El instituto de las suspensiones de ciertos efectos del contrato de trabajo no es nuevo en nuestro ordenamiento legal, lo nuevo es el efecto disruptivo del régimen de emergencia que actualmente lo regula.

En el modelo de la LCT se parte del principio que la empresa es una fuente de riesgos y que es ella quien debe soportar sus consecuencias por lo que el trabajador permanece ajeno a ese riesgo. No obstante el legislador no dejó de prever situaciones que excedían la previsión y diligencia de un buen empleador y que como tales tornaran más gravosas y onerosas las obligaciones a su cargo. Por ello en el Capítulo V del Título X de la LCT se reguló "la suspensión por causas económicas"

Por tanto nos encontramos en presencia de suspensiones legalmente autorizadas que el empleador puede disponer y que hace que el trabajador deje de prestar servicios y de percibir su remuneración.

Como se trata de situaciones especiales debe responder a condiciones que limitan su validez y cuyo incumplimiento genera a favor del trabajador la posibilidad de reclamar los salarios caídos y, en última instancia, considerarse en situación de despido indirecto.⁴

Reiteramos que se trata de la suspensión temporal de ciertos efectos del contrato del trabajo y que afecta a la pérdida del salario por parte del trabajador quien se encuentra

3 Prueba de ello lo constituye el decreto N° 332/20, modificado por los decretos 347/20 y 376/20, donde se instituyó y amplió el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP). Este programa permite obtener los siguientes beneficios: 1- Postergación o reducción de hasta el 95% del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino.; 2- El Salario Complementario consistente en la asignación abonada por el Estado Nacional para los dependientes del sector privado; 3- El otorgamiento de créditos a tasa cero para personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y para trabajadoras y trabajadores autónomos en las condiciones que establezcan la Jefatura de Gabinete de Ministerios y el Banco Central de la República Argentina, en el marco de sus respectivas competencias, con subsidio del 100% del costo financiero total; 4- El sistema integral de prestaciones por desempleo: para los trabajadores y las trabajadoras que reúnan los requisitos previstos en las Leyes Nros. 24.013 y 25.371. Respecto de dicho Programa se recomienda la lectura de los Informes técnicos del Ministerio de Desarrollo Productivo publicado en diversos meses (junio/2020. www.cadime.com.ar › newsletter). En el mismo sentido se encuentra la Resolución 144/200 del MTEySS (B.O., 1/5/2020) por el que se establece el sistema de asistencia económica en el Programa de trabajo autogestionado, entre muchos otros.

4 Desde la LCT (art. 218/221) y abordajes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales posteriores los requisitos han quedado establecidos los siguientes: 1- Justa causa, que en el caso sería la falta o disminución de trabajo y fuerza mayor. Se trata de hipótesis distintas porque en el primer caso la prestación del servicio se torna innecesario, mientras que en el segundo resulta imposible. Ambos casos constituyen la justificación del incumplimiento por parte del empleador del deber de dar ocupación y por ende genera a su favor un supuesto de indemnidad. La causa debe ser excepcional y de interpretación restrictiva. 2-Plazo fijo: la suspensión por falta o disminución de trabajo debe extenderse por el tiempo que dure la contingencia que le dio origen y con un límite máximo particular de treinta (30) días corridos en un año a contar desde la primera suspensión y, si se trata de fuerza mayor, el máximo de plazo legal se extiende a setenta y cinco (75) días corridos a contar de las misma forma. En su conjunto y dentro del año, cualquiera sea la causa, el plazo se puede extender hasta noventa (90) días corridos. 3- Notificación por escrito: se debe respetar el recaudo de la claridad (art. 243 de la LCT) para evitar posteriores modificaciones y también para tener la certeza que se trata de una suspensión y no una negativa de dación de tareas. Ello permite al trabajador contar la certeza necesaria que facilita el control y la determinación de la conducta a asumir en cuanto a su impugnación o consentimiento; 4- Contemporaneidad: se refiere a la necesidad de simultaneidad o cercanía entre el evento extraordinario y la decisión suspensiva adoptada; 5- Proporcionalidad: de la extensión de la suspensión en relación a la causa que la justifica. Se relaciona necesariamente con el recaudo del plazo fijo. 6- Ámbito personal afectado: Se debe comenzar por el personal menos antiguo dentro de la misma especialidad y por el que tuviere menos cargas de familia respecto de los ingresados en el mismo semestre, aunque con ello se altere el orden de antigüedad, y 7- Instancia administrativa previa: Antes de la comunicación de la suspensión se debe cumplir el procedimiento previo de crisis de empresa establecido en los arts 98 a 105 de la ley 24013 y decreto 2072/79, con las modificaciones introducidas por la ley 25.561 y los decretos 264/02 y 265/02 y 328/88, según se trate de empresas con más o menos de 50 trabajadores y cuyo incumplimiento es sancionado con la pérdida de la "causa justa" que justifique la suspensión, lo que determina su ilegalidad. Requiere homologación.

dispensado de estar a disposición del empleador lo que lo autoriza a realizar tareas remuneradas para otras personas durante ese tiempo; la subsistencia de las obligaciones de conducta porque el contrato de trabajo subsiste (ej. el deber de buena fe, no concurrencia desleal, obligación de guardar secreto, etc); el cómputo de la antigüedad y la subsistencia de derechos indemnizatorios (ej. arts. 248, 212 4° párrafo, 247 de la LCT).

III- El diseño del art. 223 bis de la LCT

En el ámbito descrito se inserta el art. 223 bis de la LCT, que dispone: *"...Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes 23.660 y 23.661..."*.

Del texto surge claro que lo que se regula no es la suspensión en sí, que se presupone, sino de la contraprestación que el trabajador puede recibir, la que queda definida como "no remunerativa".

En definitiva, la modificación introducida en la LCT por el art. 3° de la ley 24.700, postula una solución superadora al permitir que durante las situaciones excepcionales por causas económicas que autorizan la suspensión de ciertos efectos del contrato del trabajo, revertir una de sus consecuencias: la "pérdida del salario" y permitir que el trabajador no deje de percibir ingresos, aunque carezcan el carácter de remunerativo.

La modificación de la LCT ya referida dio respuesta a una realidad impuesta en ciertas actividades como la automotriz. En ella era habitual el pago de contraprestaciones no remunerativas durante el tiempo de la suspensión por causas económicas con el objeto de no agravar las cargas que pesan sobre el empleador y asegurar el plantel de personal, muchas veces altamente calificado, evitando su fuga a otros establecimientos.

Para ello la norma exige un acuerdo entre la empresa con el o los trabajadores involucrados y el sindicato que debe ser homologado. Dicho de otra forma, no se trata de una medida que pueda ser dispuesta *inaudita parte* por el empleador, necesariamente debe contar con el consentimiento del/los trabajador/res y/o el sindicato.

Además es necesario la homologación de la autoridad administrativa, lo que implica un control de su legalidad.

El modelo pre-pandemia sucintamente reseñado ha sido objeto de modificaciones introducidas por los decretos 329/20, 487/20 y 529/20, resoluciones 359/20 y 397/20 del MTEySS, disposiciones 290/20 y 5/20 del Servicio de Conciliación de ese Ministerio y la Secretaría de Fiscalización de Trabajo de ese Ministerio, entre otras.

Cabe destacar que el remodelado diseño del art.223 bis de la LCT, generado a instancia del régimen de emergencia que se estableció a partir de la declaración del estado de pandemia por parte de la OMS, en el caso especial de nuestro país venía precedido de

una emergencia preexistente reconocida en el DNU 34/19 (B.O. 13/12/19)⁵ y la ley 27.541 (B.O., 23/12/2019)⁶. Este especial estado determinó la necesidad de adoptar decisiones con mayor premura en busca de hacer efectiva la protección del sector laboral en un todo de acuerdo con el documento emitido por la Organización Internacional del Trabajo en fecha el 23 de marzo de 2020 titulado “Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)”.

IV- El nuevo diseño del art. 223 bis en el régimen de emergencia

A partir del mes de marzo del año 2020 se dictan una serie de disposiciones que permitieron modular un art. 223 bis de emergencia.

En la secuencia cronológica se debe tener en cuenta el decreto N°297/20 por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO) de la población y la prohibición de circular, lo que implicaba la consiguiente abstención de concurrir a los lugares de trabajo.⁷

Esta medida impactó en forma directa la producción de bienes y servicios, dado que sólo se autorizó la prestación de servicios en las actividades calificadas como esenciales⁸. La restricción original fue objeto de flexibilización y en función la evolución epidemiológica.

Las restricciones establecidas determinó la necesidad de establecer la prohibición de despidos y suspensiones y en tal sentido el DNU 329/20 (B.O., 31/03/2020) prohibió los despidos sin causa o por falta o disminución de trabajo y por fuerza mayor así como las suspensiones fundadas en esas causas por el término de 60 días, pero exceptuó en forma expresa las suspensiones del art.223 bis de la LCT.⁹ El DNU 487/20 (B.O., 19/05/2020) prorrogó por 60 días más el plazo antes establecido. El DNU 624/20(B.O.29/7/2020) prorrogó la prohibición por otros 60 días más.

La lógica de la norma permite concluir que no medió una prohibición de todas las suspensiones por causas económicas sino de aquellas en las que no se acordara el pago de una contraprestación no remunerativa. Dicho de otra forma, quedaron habilitadas las suspensiones por causas económicas que receptaran el acuerdo de pago en los términos del art. 223 bis. con la particularidad de admitir un límite temporal que excede los dispuestos en los arts. 220, 221 y 222 de la LCT.

5 Declara la emergencia pública en materia ocupacional, por el término de 180 días y establece el derecho de los trabajadores que sean despedidos sin causa en dicho plazo a percibir el doble de la indemnización correspondiente de conformidad a la legislación vigente, con excepción de los trabajadores que fueran contratados con posterioridad a su vigencia. También por decreto N°156/20 (B.O., 17/02/2020) quedaron exceptuados los trabajadores del Sector Público Nacional. El DNU 34/19 fue ampliado por el decreto N° 528/2020 (B.O., 10/6/2020) en 180 días más.

Este DNU reconoce como antecedente la ley 27.251 que contenía la prohibición de los despidos sin causa y que fue observada por el decreto presidencial N°701/16 (20/05/16).

6 Declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

7 El aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) fue sucesivamente ampliado por los decretos 297/20, 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 (este último estableció el “distanciamiento” social preventivo obligatorio (DASPO) para algunas jurisdicciones), 493/20, DNU 576/20 (B.O., 29/06/20) donde se reglamentan con mayor precisión las situaciones de ASPO y DISPO.

8 El art.6° determinó las actividades que quedaban exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y la prohibición de circular, así como las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según el detalle de las 24 actividades especificadas (vg. personal de salud, fuerzas de seguridad, bomberos, servicios de justicia de turno, personas que deben asistir a otras con discapacidad, supermercados, entre otras. La misma resolución autorizó al Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” y con recomendación de la autoridad sanitaria a ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la medida de aislamientos adoptada. En forma expresa se ordenó que los empleadores y empleadoras exceptuados debían garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores que se desempeñaban en dichas actividades.

9 Ver MADDALONI, Osvaldo, “El art. 223 bis de la LCT en tiempos de coronavirus. Excepción de suspensión por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor”, Revista de Derecho Laboral- Actualidad, Suplemento digital. El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Dossier n°4, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p.39.

En tal sentido el decreto 529/20 (B.O., 10/06/20) reconoció que los plazos establecidos en esos artículos, en una emergencia de duración incierta como la que se atravesaba, podrían conspirar contra la finalidad de preservación de las fuentes de trabajo en el marco de medidas consensuadas en los términos del art. 223 bis. Consecuentemente se habilitó que los acuerdos que se llevaran a cabo con fundamento en el mismo pudieran extenderse hasta el cese de la duración del aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el decreto 297/20.¹⁰

Complementariamente se dictaron diversas normas administrativas que tuvieron por objeto unificar criterios para la aprobación de los acuerdos celebrados y reglamentar el procedimiento que debía ser observado a los fines de obtener su homologación.

Respecto a la competencia para la sustanciación de los acuerdos, en un primer momento se atribuyó tal tarea en exclusividad a la Autoridad administrativa nacional. A través de la resolución n° 101/20 (B.O., 26/2/2020) del MTEySS se delimitó las facultades de las Administraciones Provinciales del Trabajo en el marco de los Procedimientos Preventivos de Crisis en cuanto se afectaran recursos del Estado Nacional, ello en tanto la prestación recibida por el trabajador es de carácter no remunerativa y sólo tributa las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661.

La delimitación indicada fue dejada sin efecto por la resolución n° 359/20 (B.O. 27/4/2020) del MTEySS. El Ministerio aclaró que la resolución 101/20 no inhibía las facultades de las distintas Autoridades provinciales del trabajo para la sustanciación y posterior homologación de acuerdos colectivos y/o individuales en los términos del art. 223 bis de la LCT, en el marco de sus respectivas jurisdicciones y con arreglo a lo estipulado en el Decreto N° 329/2020. Se estableció que esos acuerdos debían ser comunicados a la Subsecretaría de Fiscalización del Trabajo, dependiente de la Secretaría de Trabajo del MTEySS a los fines de su registración.¹¹

En consonancia con ello la disposición 5/20 (BO 13/05/20) de la Subsecretaría de Fiscalización del Trabajo, dependiente de la Secretaría de Trabajo del MTEySS, creó el Registro de acuerdos homologados en los términos del artículo 223 bis de la LCT. Dicho registro tiene por fin un mejor ordenamiento para la consulta y control del cumplimiento de los acuerdos que en él se registren. También posibilita el cruce de información con las bases de datos de AFIP a fin de poder realizar un seguimiento de la situación laboral de los trabajadores alcanzados por los mencionados convenios.

En cuanto al procedimiento a seguir en la tramitación de los acuerdos¹², la disposición

10 El decreto 297/20 fue dictado en el marco de la ley 27.541 y el decreto 260/20 (B.O. 12/3/20) que amplió la emergencia sanitaria establecida por esta ley por un año más y estableció el aislamiento obligatorio para las personas enumeradas en el art. 7°.

11 La misma Resolución 359/20 recordó que el decreto N° 265/02 (8/2/2002) permitió la sustanciación del procedimiento preventivo de crisis se gestionara en las administraciones provinciales del trabajo cuando se hubieran celebrado acuerdos con los estados provinciales. Y se admitió la avocación de la competencia de la cartera laboral nacional en aquellos casos en los cuales las empresas ocuparan trabajadores ubicados en distintas jurisdicciones o cuando se afectara significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien se produjera un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores y usuarios de bienes y servicios o se encontrara en juego el interés nacional.

En el mismo sentido tuvo en cuenta que el MTEySS por resolución 337/02 (29/4/02) delegó la competencia de sustanciar y completar la gestión del procedimiento preventivo de crisis, en las Administraciones Provinciales del Trabajo, hasta tanto se celebraran nuevos acuerdos con las salvedad supra indicada.

El organismo nacional aclaró que la Resolución 101/20 no pretendió establecer la competencia exclusiva en la sustanciación de los procedimientos en los que se requiriera el acuerdo en los términos del artículo 223 bis de la LCT, ni homologación de los mismos.

12 Ver LOZANO BOSCH, Mirna (2020), "La negociación del art. 223 bis LCT y los preventivos de crisis en el marco del Covid-19", en Revista de Derecho Laboral Actualidad. Suplemento digital. El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Dossier n°4, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 47.

290/20 (B.O., 12/5/20) del Servicio de conciliación de la Dirección nacional del servicio de conciliación obligatoria y personal de casas particulares del MTEySS reglamentó el despacho virtual para la tramitación de los convenios ya suscriptos o que se suscribían en el marco del artículo 223 bis de la LCT.¹³

En los términos indicados las administraciones provinciales del trabajo han dictado las correspondientes resoluciones de adhesión.¹⁴

El cuadro normativo se completa con la resolución 397/20 MTEySS (BO 30/04/2020) donde se establece el contenido del acuerdo en base al Acuerdo marco celebrado entre la CGT y la UIA¹⁵ con el consenso del MTEySS y Ministerio de Desarrollo Productivo.¹⁶

13 Se dispuso que "...A los efectos previstos en los trámites regulados por la presente Disposición, en este marco de emergencia y excepción, y solo a estos fines, las partes deberán consignar en su presentación inicial una declaración jurada acerca de la autenticidad de las firmas allí insertas en los términos previstos por el artículo 109 del Decreto N° 1.759/72 (t.o. 2017). Los letrados de ambas partes en su caso también prestarán dicha declaración sobre la autenticidad de los documentos acompañados y firmas ológrafas puestas en su presencia, así como sobre la expresión del libre consentimiento y discernimiento de cada parte a la que patrocinan o representan. Se deberá cumplir estrictamente con lo que a continuación se detalla: 1- La parte Empleadora que requiera el trámite referido en este artículo, deberá dirigirse y remitir la documentación al correo habilitado ratificacionsecl@trabajo.gob.ar, indicando en el asunto: "ART. 223 BIS. NOMBRE Y CUIT DE LA EMPRESA." 2- El/los abogado/s de la parte trabajadora deberá prestar declaración jurada de responsabilidad profesional para intervenir en el acto ratificatorio con función ad-hoc para la constatación de la libre emisión del consentimiento del/los trabajador/es y su/s discernimiento/s sobre el alcance del acto que otorga en los términos del artículo 4 del Decreto 1169/96 modificado por el Decreto 1347/99. 3- Adjuntar acuerdo firmado en forma ológrafa por todos los participantes (trabajador/es, representante sindical y/o letrado patrocinante, y la parte empleadora). En caso de no poder efectuar la firma ológrafa deberán arbitrase por la empleadora los medios conducentes a certificar la autenticidad de la suscripción del trabajador del convenio de un modo fehaciente. 4- Adjuntar Actas de Ratificación de los acuerdos celebrados con la intervención del letrado asistente del/los trabajador/es, quien asume expresamente y con carácter de declaración juramentada, la responsabilidad profesional por su función ad-hoc de constatación de la libre emisión del consentimiento del trabajador y su discernimiento sobre el alcance del acto que otorga (cfr. art. 4° Decreto N° 1169/96 modificado por Decreto N° 1347/99). 5- Adjuntar nómina de trabajadores, CUIL, domicilio real, remuneración, tareas, antigüedad, correo electrónico de cada trabajador y número de teléfono.(art. 4)- Se estableció también que cuando en los acuerdos espontáneos celebrados exclusivamente en los términos del artículo 223 bis de la Ley N° 20.744, presentados para su homologación, el o los trabajadores no contaran con patrocinio letrado, se suspende el trámite y se le informará al solicitante sobre el Programa Asistir, que brinda asistencia jurídica y/o patrocinio jurídico en conflictos individuales, y asimismo se deberá cumplimentar el procedimiento al que se refiere en art. 3, celebrándose en consecuencia la audiencia virtual de ratificación correspondiente. Además para todos los trámites regulados en la disposición, se deberá informar el correo electrónico del /los reclamantes, el correo electrónico del letrado del/los reclamantes o de su asistencia sindical, datos completos del/los requeridos, celular personal del/ los reclamantes y celular del letrado del/los reclamantes, donde serán válidas todas las notificaciones efectuadas (artículo 2° RESOL-2020-344-APN-MT). También se indicó que al momento de la celebración de todas las audiencias, las partes deberán tener consigo la documental necesaria denunciada, que previamente debe adjuntarse al sistema en el inicio del trámite. (art. 7). Que a los fines de acreditar identidad y personería deben adjuntar en formato digitalizado: 1.-Poder vigente y/o acta de designación de autoridades con el Estatuto; 2.-Copia del DNI, frente y dorso, de/los solicitante/s; 3.-Copia de la Credencial de matrícula habilitante y vigente de todos los abogados intervinientes. 4.- Para el caso de representantes gremiales deberá, asimismo, adjuntarse Nota de autorización expedida por el Secretario General y/o representante legal de la entidad gremial facultándolo para actuar en el marco de dicho acuerdo.5.- El correo electrónico y celular de cada parte, inclusive de cada trabajador. Por último se estableció que en oportunidad de arribar a acuerdos que impliquen obligaciones de pago, se deberán denunciar los elementos necesarios para que se hagan efectivos los pagos por transferencia bancaria, o en su defecto código para el retiro de efectivo por cajero. (art. 9) y se otorgó a los acuerdos y sus ratificaciones realizadas en los términos de la resolución la misma validez que los celebrados en forma presencial.

14 En Mendoza la Subsecretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dependiente del Ministerio de Gobierno dictó la Resolución 3372/2020 (BO 12/05/2020) donde se enmarcó las actuaciones dentro de las definidas en la Resolución 397/20 del MTEySS. Se estableció un mecanismo abreviado para la aprobación y posterior homologación de los acuerdos, con la salvedad que el trabajador debe ratificar ante la autoridad administrativa la suspensión acordada con la empleadora, a fin que la resolución que recaiga surta los efectos de cosa juzgada en los términos del art. 15 de la Ley 20.744.

Se dispuso que las presentaciones debían efectuarse on line en conjunto por las entidades sindicales y la parte empleadora y que debían incluir: 1- El acuerdo de suspensión suscripto por la parte empleadora, pudiendo o no ser suscripto en forma conjunta con la entidad sindical. 2- El listado del personal afectado y 3- Una declaración jurada que otorgue fe de la legitimidad de las firmas insertas en la documentación acompañada

Se aclaró que la tramitación se ajustaría al protocolo de actuación establecido en la Resolución 3251/2020 de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo, anexo II, para los Acuerdos espontáneos, con las siguientes excepciones: 1- No es obligatorio el patrocinio letrado del/los trabajador/es; 2- El pago de una tasa de actuación en el caso de acompañarse la ratificación de los trabajadores y que la firma inserta no estuviere certificada por escribano público, situación en la que el trabajador debía prestar su conformidad ante la autoridad administrativa para la homologación. 3- El listado de los trabajadores debe estar acompañado de la fotocopia de DNI y del último recibo de haberes anterior a la suspensión acordada.

En sentido similar reguló el procedimiento la Provincia de Buenos Aires mediante la Resolución 185/2020

15 Ver ARESE, César, (2020) "Acuerdo Marco CGT-UIA, El botón rojo y la libertad sindical en cuarentena", en Revista de Derecho Laboral Actualidad. Suplemento digital, El impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Dossier n°4 Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.4.

16 En ese orden de ideas se han celebrado acuerdos donde se establece un piso del 75% de la remuneración como el de la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios y las Cámaras Empresarias (CAME - CAC - UDECA) homologado por el MTEySS por Resolución 515/2020; la Federación empresaria hotelero gastronómica de la República Argentina (F.E.H.G.R.A.) y la Unión de trabajadores del turismo hoteleros y gastronómicos de la República Argentina (U.T.H.G.R.A.) homologado por Resolución 638/20 del MTEySS; el de los gremios que nuclea a los pilotos de aerolíneas APLA y UALA, la Asociación Argentina de Aeronavegantes (AAA), el personal de tierra agrupado en la Asociación del Personal Aeronáutico (APA), los técnicos de APTA, la Unión del Personal Superior (UPSA) y el frente de Sindicatos Aeronáuticos Unidos- en este caso el acuerdo fue por el 100% del monto de las remuneraciones-; el Acuerdo de trabajadores de vigilancia celebrado entre UPSRA - CAECI y homologados por Resolución 563/2020 del MTEySS; el Acuerdo de trabajadores de la construcción celebrado por UOCRA - CAMARCO, respecto de los dependientes incluidos en el CCT 76/75 y 577/10 y en el CCT 545/08, homologados por Resolución 552/2020 y 561/2020, respectivamente, del MTEySS-; el Acuerdo de trabajadores de limpieza celebrado entre SOM - ADEL, homologado por Resolución 597/2020 del MTEySS, entre otros.

En función de la secuencia relatada el diseño del art. 223 bis de la LCT ha quedado establecido con las siguientes características:

1- **Ámbito personal:** pueden celebrar este tipo de acuerdo los establecimientos cuya actividad económica no se encuentre exceptuada de las medidas de aislamiento (ASPO) y las que se encuentran entre las exceptuadas como actividades esenciales en la medida en que registren un nivel de actividad inferior a su promedio normal de producción o ventas.

En cuanto a los trabajadores, resulta aplicable a los que no puedan prestar servicios habituales así como las personas que presten servicios desde el lugar de aislamiento en forma remota conforme Resolución 279/20 del MTEySS (B.O. 01/04/2020). No podrán realizarse este tipo de acuerdos con los trabajadores excluidos del deber de asistencia al lugar de trabajo en función de la dispensa establecida por la Resolución n° 207/20 (B.O. 17/03/2020)¹⁷

El acuerdo sólo puede ser suscripto en forma individual o colectiva por los trabajadores y debe contar con la intervención expresa o tácita de entidades sindicales con personería gremial y las empresas. Alcanza también a los estatutos profesionales especiales y CCT donde se establezcan medidas similares.

2- **Ámbito Temporal:** la suspensión puede acordarse por el tiempo en que dure el ASPO (Decreto 529/20 según Decreto 297/20 y sus prórrogas).

3- **Contraprestación:** el monto de la prestación no remunerativa no debe ser inferior al 75% del salario neto que hubiere correspondido al trabajador en caso de haber laborado¹⁸. En el mismo se incluye el salario complementario establecido por el Decreto 376/20 (B.O. 20/04/2020).¹⁹

Corresponde el pago total de los aportes y contribuciones de la ley 23.660 y 23.661 y cuota sindical.

En la medida en que se acuerde como prestación el 75% del salario o más, la homologación es automática, de lo contrario el acuerdo es sometido a un más estricto control de legalidad previo.

17 En este caso se dispuso la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo, con goce íntegro de sus remuneraciones, en los siguientes casos: 1- Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta (60) años de edad, excepto que sean considerados "personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento", como es el caso de los trabajadores del sector salud; 2- las trabajadoras embarazadas; 3- los Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional, ello es, quienes padezcan enfermedades respiratorias crónicas como enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo, enfermedades cardíacas, como insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas, inmunodeficiencias, diabetes, insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses. Tanto en el supuesto 2 como en el 3 los trabajadores alcanzados por la dispensa no podrán ser considerados personal esencial.

Distinta es la situación del progenitor/ra, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, a quienes se les considera justifica la inasistencia. En este caso y previo justificación de la situación considerada, sólo podrá acogerse un progenitor o persona responsable, por hogar.

18 Se impone recordar que respecto a la liquidación del haber, la Resolución n° 279/20 MTE (BO 01/04/20) estableció que la abstención de concurrir al lugar de trabajo -que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos- no constituye un día descanso, vacacional o festivo, sino de una decisión de salud pública en la emergencia, de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para "asuetos", excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente (art. 6)

19 El art. 8° establece el "Salario Complementario" que consiste en una suma abonada por la Anses para todo o parte del personal en relación de dependencia cuyos empleadores cumplan con los requisitos establecidos (art.3) y cuyo monto resulta equivalente al 50% del salario neto correspondiente al mes de febrero de 2020. El mismo no puede ser inferior a un SMVM ni superar dos SMVM o el total del salario neto correspondiente a ese mes. Esta asignación compensatoria al salario se considera a cuenta del pago de las remuneraciones o de la asignación en dinero prevista en el artículo 223 bis de la LCT.

4- Modalidad: La suspensión puede acordarse en forma simultánea, alternada, rotativa, total o parcial. Se admiten todos los criterios posibles de suspensión.

5- Competencia: El acuerdo puede sustanciarse ante el MTEySS o la Autoridad administrativa provincial a los fines de su homologación y debe ser registrado²⁰.

6- Prioridad: Se mantiene la exigencia de comenzar por el personal menos antiguo dentro de la misma especialidad y por el que tuviere menos cargas de familia respecto de los ingresados en el mismo semestre, aunque con ello se altere el orden de antigüedad.

7- No requiere patrocinio letrado: Ello no significa que el trabajador/a no cuente con asistencia jurídica que le proporcione un conocimiento suficientemente informado respecto de los alcances y consecuencias del acuerdo que suscribe, lo que se logra a través del patrocinio jurídico gratuito que otorga la autoridad administrativa interviniente.

8- Condición de validez: El empleador debe mantener la dotación de trabajadores sin alteraciones durante el plazo de vigencia del acuerdo.

9- Impugnabilidad del trabajador e inoponibilidad de los acuerdos marcos: En la medida en el que el/la trabajador/a no intervino en el convenio o lo hizo mediando un estado de necesidad o mediando vicio de la voluntad, se podrá impugnar el mismo y reclamar la diferencia de salarios así como el pago de las contribuciones previsionales a cargo del empleador.

En igual sentido no le será oponible los acuerdos marco celebrados por los sindicatos y empresarios.²¹

10- Instancia administrativa previa, homologación y registro. No es necesario tramitar en forma previa el procedimiento preventivo de crisis de empresa porque se supone. Deben ser homologados como condición de validez y registrados.

V- Conclusión

En puridad técnica la redacción del DNU 329/20 y sus sucesivas prórrogas resulta equívoca en cuanto dispone la prohibición de efectuar suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo y exceptúan las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo. Ocurre que este artículo

20 - La homologación debe ser administrativa. Al respecto se ha afirmado que "...la norma es clara. Se refiere a la "autoridad de aplicación", es decir la autoridad administrativa del Trabajo; no dice "autoridad Judicial". De la misma forma no se puede permitir que se presenten "directamente" los acuerdos, ante la autoridad judicial, cuando justamente la norma es clara respecto de la autoridad de aplicación..." Con fundamento en ello se declaró la incompetencia del Juzgado para intervenir en la homologación del convenio presentado en los términos del Art. 223 bis LCT. (Conf. autos n° 87808/2020 "Avalos, Sabrina Noemí y otros s/ Homologación de convenio" DE CONVENIO" la Secretaría Civil, Comercial y Laboral del Juzgado N° 2 Civil, Comercial, Especial de Procesos Ejecutivos, laboral y de Minería. Neuquén Cutralcó -08/05/2020).

21 En los autos "BARATTUCCI, MILAGROS ROSALBA c/ ARCOS DORADOS ARGENTINA S.A. s/MEDIDA CAUTELAR. Buenos Aires (11/06/2020) del Juzgado laboral n° 63, se decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la trabajadora e intimar al empleador para que, dentro del plazo de 48 hs., abonara los salarios impagos devengados por la reclamante desde la fecha pretendida en el inicio - mes de Marzo de 2020- hasta que se dicte Resolución del P.E.N. que disponga lo contrario y/o se reanuden las actividades habituales, que conlleven al cumplimiento por parte de la actora del débito laboral

Se trató de una trabajadora que reclamó el pago del íntegro de los salarios por la licencia paga que le correspondía como progenitora a cargo de un menor conforme DNU 297/2020 y Resolución del MTESS 207/2020 que fuera reconocida y concedida por la accionada, su empleadora, en tanto dejó de abonar los haberes completos desde el inicio de la referida licencia. También peticionó la declaración de nulidad del acuerdo celebrado entre la FEDERACION DE TRABAJADORES PASTELEROS, SERVICIOS RAPIDOS, CONFITREROS, HELADEROS, PIZEROS, ALFAJOREOS y la CAMARA ARGENTINA DE ESTABLECIMIENTOS DE SERVICIOS RAPIDOS DE EXTENDIDO DE EMPAREJADOS Y AFINES -extremo respecto del cual no se expidió pero implícitamente consideró inoponible-. El Tribunal ponderó que la suspensión dispuesta por la empleadora, conforme lo normado por el art. 223 bis de la LCT., lo fue, vulnerando la prohibición dispuesta por el decreto 329/2020.

no regula ninguna suspensión sólo normatiza el pago, que califica como no remunerativo, de las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se funden en las causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor debidamente comprobada. Es decir que presupone la existencia de una suspensión por causas económicas.

Por tanto, en el régimen de emergencia, las suspensiones por causas económicas serán válidas en la medida en que se acuerde el pago de una contraprestación no remunerativa igual o superior al piso establecido en el Acuerdo marco de la CGT Y UIA.

En función de ello lo que antes era excepcional y optativo hoy ha pasado a ser la única situación permitida.

En cuanto a los resultados prácticos, la encuesta de Indicadores Laborales (EIL) informados por el MTEySS y SsPEyE en el mes de junio del año 2020, en base a datos obtenidos al mes de abril, pone de manifiesto que la tasa de suspensiones se ubicó en el 7,5% cada 100 trabajadores, mostrando el nivel más alto de la serie. A nivel de empresa también se registró un valor elevado, dado que el 14% las empresas aplicaron suspensiones, más que duplicando los valores históricos (abril de 2018 (4%) a Abril de 2020 (14%).

En el aumento creciente de este instituto ha sido de significativa ayuda el beneficio del Salario complementario que integra la asignación en dinero que se abona en compensación por las suspensiones laborales. Frente a esta realidad el nuevo diseño implementado ha generado un híbrido en el que confluye el derecho privado del trabajo y de la seguridad social y es lo que ha permitido dar mayor operatividad práctica al art. 223 bis de la LCT.

No obstante ello consideramos que sigue sin dar respuesta a las necesidades de las micro y pequeñas empresas en las que el salario complementario (Decreto 376/20) no llega o no alcanza; a aquellos supuestos en los que el acuerdo posible no llega al mínimo del 75% establecido en los acuerdos marcos, lo que en la práctica provoca que se adopten suspensiones sin respaldo documental o mediante acuerdos informales alejados del marco normativo reseñado que garantiza la protección laboral pretendida; al consentimiento suficientemente informado que debe tener el trabajador al momento de aceptar estos acuerdos que contenga el fundado temor de perder el puesto de trabajo en medio de la incertidumbre que genera la situación en la que todos nos encontramos inmersos; a la debida intervención de los sindicatos, no sólo los que cuentan con personería gremial, que permita un debate más integral de la situación que justifica el acuerdo. Estos y otros temas es lo que justifica la necesidad de continuar el debate productivo que moldee en los mejores términos el instituto analizado.

NOTAS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL A PARTIR DE LA REFORMA A LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, INSERCIÓN DEL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO Y EMERGENCIA SANITARIA

Carina Noemí Guevara¹

Sumario: I- Introducción. II. Desarrollo. II.1. Desde “Acceso a la Justicia” al “Acceso a Justicia” en materia de prueba. II.2 Procedimiento Ordinario. Aspectos Probatorios II.2.A) Regulación actual. II.2.B) Expediente electrónico Disposiciones generales. Reglamento Expediente Electrónico. Disposiciones en materia de prueba. II.3.A) Reforma procesal laboral. Situación actual. II.3.B) Procedimiento Declarativo Abreviado. Aspectos probatorios. Regulación. Admisión. Diligenciamiento. II.3 C) Propuestas para agilizar el diligenciamiento de la prueba. II.4) Los procesos judiciales en la emergencia sanitaria. II.4.A) Generalidades. Fundamento legal. II.4.B) Etapas de la emergencia en el ámbito del Poder Judicial. Generalidades. II.4.C) Ofrecimiento. Diligenciamiento de la prueba. II.4.D) Otras alternativas de acceso a la justicia en la emergencia sanitaria. III. Reforma procesal. Conclusiones. IV. Reflexiones y propuestas. Emergencia sanitaria. V. Bibliografía.

Resumen: El presente comentario tiene como finalidad aportar elementos de reflexión y análisis y a partir de ello, generar propuestas en relación a algunos aspectos de la etapa probatoria a partir de la reforma a la Ley Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba, la inserción del expediente electrónico y la situación actual de emergencia sanitaria.

Palabras clave: Prueba. Reforma. Expediente Electrónico. Emergencia Sanitaria.

¹ Abogada y Escribana (UNC), Especialista en Mercosur Aspectos Jurídicos-Económicos (UNC); Diplomada en Derecho Procesal del Trabajo (Universidad SIGLO XXI), miembro activo de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas Universidad Blas Pascal y autora de diversas obras en la materia; Prosecretaría Letrada, Asesoría Letrada del Trabajo del Poder Judicial de Córdoba. <https://orcid.org/0000-0003-2827-6810>. E.mail de contacto: cariguev@gmail.com.

I.- Introducción

Como ya fue expuesto oportunamente² y reafirmado por prestigiosos autores y especialistas del derecho del trabajo y del derecho procesal del trabajo, el aumento de la población, la litigiosidad, la escasez de recursos edilicios, técnicos y humanos, implicó reformar, la ley procesal vigente, para agilizar los procesos judiciales y dar respuesta eficaz al justiciable.

Ello fue punto de coincidencia en todos los actores que intervienen en el proceso laboral, lo cual llevó a los distintos sectores que intervienen en el mismo a realizar sus aportes y opiniones en aras de brindar su experiencia y conocimiento en el fuero del trabajo, para generar propuestas a tener en cuenta ante la eventual aplicación de la reforma de la ley.

Adelantamos que si bien analizamos la mayoría de los proyectos que se han llevado a cabo, nos referiremos expresamente al último que fue motivo de debate en la Legislatura de la Provincia de Córdoba y que fuera convertido en ley³, con sucesivas prórrogas de su aplicación.

Volvimos a repasar aspectos de los análisis efectuados por los Jueces de Conciliación y Camaristas, dictamen del Colegio de Abogados de Córdoba, posiciones doctrinarias, ponencias de los Dres. Seco y Arese, en relación a la Reforma Procesal.

Asimismo se relevaron los distintos trabajos, disertaciones, debates, etc relacionados a la temática tomando en especial consideración los llevados a cabo en el ámbito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UBP.

Sin embargo, como ya hemos señalado los puntos generales de la reforma procesal, precisaremos el análisis de la regulación propuesta en relación a ciertos aspectos de la prueba y al trámite de la admisión y diligenciamiento de la misma a partir de la inserción del expediente electrónico, en especial teniendo en cuenta la situación actual de emergencia sanitaria.

Ello es así a partir de las modificaciones necesariamente impuestas en los distintos trámites procesales, entre la exposición oral de los principales tópicos del presente trabajo – 13/5/19- y la actualidad a partir de la emergencia sanitaria dispuesta por el Covid 19.

Se hará una breve referencia al trámite de la prueba en el expediente electrónico y del expediente papel, procurando, demostrar y precisar la importancia y necesidad de la implementación de la tecnología en todo proceso judicial, en la transición y aplicación de la reforma procesal, y algunas ventajas y desventajas visualizadas desde su aplicación hasta el momento.

Todo ello con el fin de aportar elementos e ideas para que la aplicación de la legislación procesal brinde tutela efectiva al trabajador, para transitar el proceso judicial garantizando la protección integral de los trabajadores contenidos en normas constitucionales e internacionales, sustantivas y procesales, procurando respuestas eficaces y ágiles, en concordancia con los principios del derecho del trabajo, del derecho procesal del trabajo,

2 GUEVARA, Carina Noemí, "Análisis de los principales aspectos de la conciliación y la prueba en la reforma a la Ley Procesal del Trabajo de Córdoba", en Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas Universidad Blas Pascal, p.53, Córdoba, Argentina, Año 1, Nro. 1, noviembre 2019 // ISSN Versión online: XXXX-XXXX.

3 Reformada por ley 10.596, B.O. 28/12/18, la cual fue prorrogada por leyes 10.640, (B.O. 28/6/19) y 10.676 (B.O. 27/12/19). Fue diferida su aplicación mediante resolución de Presidencia del T.S.J., N°14 del 26/3/20 y Ac. 1634 Serie A del 25/6/20.

con aplicación de los principios de gratuidad, igualdad de trato y no discriminación⁴, enfatizando los principios pro homine y de progresividad de los derechos de los trabajadores, dado que son sujetos de preferente tutela constitucional.

Creemos que es responsabilidad de todos quienes actuamos el derecho del trabajo y el derecho procesal del trabajo procurar generar los mecanismos que permitan alcanzar dichos objetivos con la aplicación de la nueva legislación y recursos tecnológicos.

II. Desarrollo

II.1. Desde “Acceso a la Justicia” al “Acceso a Justicia” en materia de prueba.

Como hicimos referencia en el trabajo en el cual puntualizamos los aspectos conciliatorios de la reforma “uno de los principales pilares de la reforma procesal laboral es la necesidad de contemplar el acceso a la justicia y agilizar los procesos judiciales.”

Es decir, creemos que la intención del legislador en toda reforma legislativa es adecuar el derecho a los cambios sociales, remarcándose la necesidad de priorizar el acceso a justicia del justiciable en todas las etapas del proceso y con más razón en la producción y diligenciamiento de la prueba de manera eficaz.

Como referenciáramos, a través de la reformulación del concepto “acceso a justicia”, se pretende optimizar el servicio de justicia, lo cual conlleva un trabajo interdisciplinario en materia de prueba.

Como afirmó la Dra. Highton, dicho concepto es amplio⁵, que implica brindar otras gamas de soluciones que no sólo es la línea clásica de dictar la sentencia y si bien los jueces tienen dicha responsabilidad como principal función, al conformar un Poder del Estado, también tienen la obligación de ofrecer un menú más amplio que el dictado de la sentencia⁶, es decir que se requiere que los mismos en forma práctica y dinámica garanticen el acceso a la justicia y en la materia que nos ocupe procuren la producción y diligenciamiento de la prueba.

Su objetivo es promover e incentivar el acceso a justicia a través de métodos alternativos de resolución de conflictos, disminuir la litigiosidad judicial y optimizar el servicio de justicia en todo el territorio argentino, con el fin principal de dar una adecuada respuesta a los nuevos desafíos que enfrenta la Justicia de nuestro tiempo⁷.

En general se debe procurar que la estructura judicial facilite el acceso a la justicia con especial contención del justiciable vulnerable, lo cual condice con lo analizado, cuando afirma que se ha venido definiendo que el derecho de acceso a la justicia, en sentido amplio integra el concepto de *jus cogens*⁸.

4 FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina- RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel (directores), Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Máximos precedentes, autoras GUEVARA, Carina Noemí y MARTÍNEZ, María Soledad, “Precisiones en torno a los principios de gratuidad y de igualdad de trato y no discriminación en el Derecho del Trabajo”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013.

5 Dicho concepto ha sido elaborado y es propiciado por la Ministra de la CSJN Dra. Elena Highton de Nolasco, en el marco de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, quien está a cargo de la misma desde su creación en el año 2007. Es por ello que en oportunidad de presentar propuestas que integran el Plan Nacional de Reformas para el Poder Judicial elaborado por el máximo tribunal, para mejorar el acceso a justicia de la ciudadanía, el cual surgió del debate de jueces convocado por la Corte Suprema en marzo de 2018.

6 Conferencia: “Los jueces estamos para garantizar el acceso a justicia” del 14/6/10, en <https://www.cij.gov.ar/nota-4501-Highton---Los-jueces-estamos-para-garantizar-acceso-a-justicia-.html>

7 <https://www.cij.gov.ar/nota-32632-Highton-present--nuevos-proyectos-de-acceso-a-justicia.html>

8 ARESE, César, Derechos Humanos Laborales. Teoría y Práctica de un nuevo derecho del trabajo, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2014, Santa Fe.

Por otro lado, como afirma Dr. Seco⁹, “emerge el Juzgado del Trabajo que es una figura nueva, con un titular juez unipersonal y con una competencia funcional mayor a la de los Jueces de Conciliación”.

Del análisis de los autores citados surge que principalmente la reforma procesal tiende a la abreviación de los plazos procesales y a la resolución con agilidad y en tiempos razonables, especialmente en la etapa probatoria, de las causas de menor complejidad, mediante la incorporación del juicio declarativo abreviado, ampliando la competencia funcional de los Jueces de Conciliación y del Trabajo.

Así en definitiva se pretende evitar la excesiva litigiosidad y que los procesos judiciales sean largos y costosos, sobre todo si se recurren y llegan a la CSJN¹⁰.

II.2 Procedimiento Ordinario. Aspectos Probatorios.

II.2.A) Regulación actual.

En materia de prueba la ley procesal vigente regula el tema en el art.39 que dispone la inversión de la carga de la prueba y en el art.52 que determina que las partes deben ofrecer prueba en el término perentorio de seis días de finalizada la audiencia de conciliación.

Se diligencian las pruebas escritas ante el Juez de Conciliación y las orales ante la Sala de la Cámara del Trabajo.

Sin pretender analizar la regulación de cada medio probatorio por exceder el objeto del presente trabajo, sólo precisamos que para recepcionar las audiencias de reconocimiento y exhibición se aplican los arts. 39 del CPT, 55 de la LCT y 249 y cc del CPCC. Asimismo para diligenciar medios probatorios que no cuenten con regulación expresa en la LPT se debe aplicar, por remisión del art.114 de la LPT, el CPCC.

En relación al diligenciamiento de la prueba informativa se debe tener presente que la misma se regula a través del juego armónico de los artículos 15 (impulso procesal de oficio y colaboración de los letrados en el diligenciamiento de pruebas) y 53 de la ley 7987 (el Juez de Conciliación procederá a su recepción dentro de un término no mayor a noventa días)¹¹, como así también arts. 18 1º ley 5805, 317, 322 y c.c del CPCC.

9 SECO, Ricardo Francisco, “El proyecto de Reforma Procesal en la Provincia de Córdoba”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 y 5 de octubre de 2018, Santa Fe. Módulo “Reformas Procesales en los ámbitos provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

10 SECO, Ricardo Francisco Seco (director), ¿Es obligatorio el seguimiento de los fallos de la CSJN?, investigación UBP, año 2018.

11 EXPEDIENTE PAPEL: 8755972. Córdoba, 28 de noviembre de 2019. Ténganse por ofrecidas en tiempo y forma las pruebas de las partes; admitanse A LAS DEL ACTOR:..... A LAS DE LA DEMANDADA:.....- INFORMATIVA: AFIP y Escribanía Registro N° Oficiése. Anses: atento lo dispuesto por el decreto nacional N° 507/93, ratificado por el art. 22 de la ley 24.447 y la resolución Anses 112/95, a los fines de recabar la información solicitada oficiése a la AFIP..... Atento el deber impuesto a los letrados por el art. 15 de la ley 7987, art. 18 1º párrafo, y 53 de la LPT, emplácese a las partes para que libren, suscriban, y diligencien los oficios correspondientes a sus pruebas informativas y arbitren los medios conducentes a los fines de lograr la oportuna respuesta de los entes oficiados, debiendo acreditar su diligenciamiento mediante presentación electrónica con archivo adjunto de los oficios escaneados, debiendo acreditar la presentación de los respectivos oficios en el término de veinte días y tener diligenciadas dichas pruebas en definitiva en el término del art. 53 LPT, y en el caso de no haberse logrado deberá acreditar en el término mencionado su diligencia en la producción bajo apercibimiento de tener dichas pruebas por no producidas.- Notifíquese bajo apercibimiento de ley..... Fdo. digitalmente por QUIROGA - Juez- GARCIA CASTRILLON -secretario - EXPEDIENTE ELECTRÓNICO: 8756304.Córdoba, 13 de diciembre de 2019. Por ofrecidas en tiempo y forma las pruebas de las partes. Admitase. PRUEBA DE LA PARTE ACTORA..... PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA.....III. INFORMATIVA: EPEC: oficiése..... Atento el deber impuesto a los letrados por el art. 15 de la ley 7987, en concordancia con el art. 322 primer pár. del CPCC –de aplicación supletoria según el art. 114 de la ley foral-, las atribuciones conferidas por el art. 18 primer pár. de la ley 5805 y lo establecido en el art. 53 y cc. de la LPT, se hace saber a las partes que deben confeccionar, suscribir y presentar -ante persona autorizada para su recepción- los oficios correspondientes a su prueba informativa, la que deberá estar diligenciada en el término de noventa días -establecido por el citado art. 53, bajo apercibimiento de tenerlas por no producidas. Emplácese a las partes para que en el plazo de treinta días acompañen - para su agregación en autos- las constancias de presentación respectivas con fecha, firma y sello de recepción, bajo apercibimiento de tener la prueba informativa de que se trata por no producida. Asimismo emplácese a las empresas y/u organismos oficiados para que en el plazo de diez días contesten los informes requeridos –únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivos o registros contables que obren en su

Sin embargo la reforma procesal mencionada hace un agregado al art. 53 de la LPT y dispone que: "...Juez podrá sustituir de oficio medios probatorios cuando existieren notoriamente otros que permitan la acreditación de los hechos con mayor celeridad y eficacia.." De este modo, se amplían las facultades del juez como director del proceso, aunque en la actualidad está suspendida la aplicación de la misma como se aclarará infra.

II.2.B) Expediente electrónico. Disposiciones generales.

Conforme lo dispuesto por el art. 166 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 12 inc. 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 8435, el Tribunal Superior de Justicia mediante el Acuerdo Reglamentario 1582, serie "A", del 21/8/19, del Tribunal Superior de Justicia, se dispuso aprobar el Reglamento General para el Expediente Judicial Electrónico y sus correspondientes Políticas de Seguridad, adjuntado como anexo del mismo¹².

Se resalta que dicho Reglamento continuará siendo revisado durante el plazo que dure la ejecución del Plan de Despliegue dispuesto.

Se faculta a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia, con el asesoramiento del Consejo de Coordinación SAC y del Área TIC, para dictar las normas generales y obligatorias que requiera la correcta aplicación o desarrollo del mismo, incluidas las que aprueben los cronogramas de avance del plan de despliegue, y las necesarias para regular las situaciones no previstas expresamente.

Reglamento Expediente Electrónico. Disposiciones en materia de prueba

Artículo 19. Prueba documental

"En todos los casos, luego de adjuntar documental digitalizada, los documentos originales deberán presentarse para su compulsa. El documento original quedará en poder del tribunal mientras éste no resuelva de manera fundada su restitución. Cuando, por las características propias de la prueba documental, no fuera posible su digitalización o cuando los documentos excedan el tamaño máximo admitido en la plataforma de presentación electrónica, podrán presentarse directamente ante la oficina judicial correspondiente, para la adopción de las medidas de resguardo pertinentes."

Artículo 24. Presentación de escritos

"La presentación de escritos deberá efectuarse a través de la plataforma de presentación electrónica de escritos, a los que podrán adjuntarse documentos en formato digital en la medida en que sea factible, según los formatos y tamaños admitidos por la plataforma. De no ser posible, se procederá conforme lo establecido por el último párrafo del artículo 19 del presente Reglamento General. Como únicas excepciones, los órganos judiciales

poder (art. 317 del CPCC)-, bajo los apercibimientos establecidos en los arts. 321 del CPCC y 804 del CCC, según corresponda. Transcribese la normativa citada en los respectivos oficios.... FDO digitalmente por MORENO DOUGLAS PRICE Santiago- Juez -PELLITTERI Andrea - Secretaria

12 Acuerdo Reglamentario 1582, serie "A", del 21/8/19, en sus considerandos dispone: "... I. Que el artículo 14 de la Ley N° 10.177, faculta a este Tribunal Superior de Justicia, a reglamentar el uso del expediente electrónico y la firma electrónica y/o digital, así como disponer su gradual implementación. II. Que el Área de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones informa que las actuales condiciones alcanzadas, permiten instrumentar el inicio de actividades para la ejecución del Plan de Despliegue del expediente judicial electrónico en toda la provincia en un plazo aproximado de doce (12) meses. III. Que, en el marco del proceso continuo de mejora en el funcionamiento del servicio de administración de justicia, el Poder Judicial de Córdoba viene realizando de manera sistemática y progresiva, un incremento de las funcionalidades internas y externas del SAC para optimizar el sistema de gestión y la tramitación remota de las causas judiciales por parte de los abogados y otros auxiliares de justicia. IV. Que la digitalización de datos, documentos y procedimientos, así como la instauración de las firmas digital y electrónica, cuya validez jurídica encuentra sustento en las Leyes Nacionales N° 25.506 (Reglamentada mediante Decreto N° 182/2019, del Poder Ejecutivo Nacional del 11-03-2019 BO 12/03/2019), y N° 26.685, y Leyes Provinciales N° 9.401 y N° 10.177, constituyen la infraestructura tecnológica necesaria para alcanzar los objetivos de facilitar el acceso de los ciudadanos a la información y servicios públicos, en forma segura a través de internet, así como procurar la gradual despapelización y mayor eficiencia del Estado en la gestión de sus recursos y la prestación de sus servicios...."

recibirán escritos en soporte papel, en los siguientes casos: a) Presentaciones por parte de auxiliares de justicia o terceros, que no hayan celebrado convenio con el Tribunal Superior de Justicia que los habilite a realizar las presentaciones en forma electrónica.”

Artículo 29. Expediente como prueba

“Cuando las constancias de un expediente electrónico deban examinarse en el trámite de otro, se solicitará la puesta a disposición temporal para su visualización con idénticas previsiones de la puesta a disposición de usuarios habilitados, sin remisión.”

En el art 32 se regula la emisión de oficios por los órganos judiciales, en el art 33 los oficios diligenciados por abogados, en el art 34 el mecanismo de tramitación de los organismos auxiliares, diligenciamiento de oficios y exhortos ley N° 22.172, etc.

II.3.A) Reforma procesal laboral. Situación actual.

Creemos necesario repasar la situación actual de la ley que impulsó la reforma procesal laboral. En tal sentido la original ley 10.596 que fuera publicada el 28/12/18, en su art.17 dispuso que entraría en vigencia a los seis meses de su publicación, es decir, el 28/6/19. Sin embargo fue prorrogada por ley 10.640 del 28/6/19 que dispuso la suspensión de la entrada en vigencia de la ley N° 10.596, de modificación del Código Procesal de Trabajo, por el término de ciento ochenta (180) días, es decir hasta el 28/1/20. Mediante la ley 10.676, publicada el 27/12/19, se modificó el art. 17 de la ley 10.596 y dispuso que entre en vigencia el 1/4/20.

Asimismo en el marco del receso judicial extraordinario, dispuesto en virtud de la emergencia sanitaria que se transita en la actualidad a la cual nos referiremos infra, el Tribunal Superior de Justicia, mediante resolución de Presidencia N° 14 del 26/3/20, consideró la inconveniencia de poner en funcionamiento el nuevo modelo procesal, por lo cual ordenó prorrogar la entrada en vigencia de la ley N° 10.596 (modificada por ley N° 10.676) por el término de tres meses, con lo cual empezaría a regir el 1/7/20¹³.

Dada la continuidad de la emergencia sanitaria, y en razón de que las distintas modalidades de prestación adoptadas - receso judicial extraordinario, servicio de justicia en la emergencia y prestación presencial reducida- han impedido realizar la coordinación y puesta a punto final de las acciones operativas y la interacción de los distintos agentes para la aplicación de los protocolos previstos, viéndose interrumpido en la etapa final, el trabajo de organización diagramado, previo a la entrada en vigencia de la mencionada ley y que en este contexto, es necesario prever los nuevos escenarios que eventualmente pueden presentarse con motivo de la persistencia de la emergencia sanitaria.

Es por ello, mediante Ac. 1634 Serie A del 25/6/20, el Tribunal Superior de Justicia resolvió prorrogar la entrada en vigencia de la ley N° 10.596 prevista para el 1° de julio del corriente año -conforme lo dispuesto por ley N° 10.676 y resolución de Presidencia del TSJ N° 14/2020- por el término de tres meses, por lo que comenzará a regir desde del 1/10/ 20¹⁴.

13 Res. 14 del 26/3/20, “Y CONSIDERANDO... IV. Que, en dicho Fuero, el receso judicial extraordinario implica, en la práctica, la suspensión y reprogramación de innumerables audiencias, por lo que la reanudación de la actividad judicial va a generar una sobrecarga de trabajo de los juzgados...”.

14 Ac. 1634 Serie A del 25/6/20, “Y CONSIDERANDO: ... Concretamente en el fuero laboral, la entrada en vigencia de la Ley Provincial N° 10.596, se encontraba prevista para el 1 de abril del corriente año, conforme lo dispuesto por Ley N° 10.676; es decir en la época en que la emergencia sanitaria irrumpía en el contexto nacional y provincial, con ribetes desconocidos y las disposiciones de aislamiento adoptadas por las autoridades competentes resultaban de lo más estrictas...”.

II.3.B) Procedimiento Declarativo Abreviado. Aspectos probatorios.

Regulación. Admisión. Diligenciamiento.

Como ya fue señalado, en relación a la admisión y diligenciamiento de la prueba nos tendremos en el art 83 *quinquies* el cual dispone "...cuando de la contestación surgieran cuestiones controvertidas de las que a criterio del juez deba producirse prueba, el tribunal podrá disponer la producción de la misma, a cuyo fin pasará a un cuarto intermedio, debiendo fijar fecha y hora para la continuación de la audiencia en un plazo máximo de sesenta días, y se intimará a las partes para que dentro de ese plazo diligencien toda su prueba, bajo apercibimiento de tenerla por no producida. Cuando sea posible y pertinente dispondrá que las pruebas se realicen digitalmente."

Consideramos que dicha regulación permitirá acortar los plazos del procedimiento y más aun utilizando los recursos digitales y tecnológicos.

Resaltamos las facultades otorgadas al Juez de Conciliación y del Trabajo, reguladas en el art 83 sexies, de sustituir de oficio medios probatorios cuando existan otros que permitan acreditar los hechos con mayor celeridad y eficacia y de disponer la inadmisibilidad de las pruebas que sean manifiestamente improcedentes, inconducentes, sobreabundantes, dilatorias, prohibidas por la ley o que la cuestión sometida a prueba sea de puro derecho.

II.3 C) Propuestas para agilizar el diligenciamiento de la prueba.

Se debería reglamentar la facultad otorgada por la ley al Juez de Conciliación como director del proceso evitando la admisión y producción de pruebas que sean inconducentes para la causa.

Se debe avanzar en lograr convenios con instituciones públicas y privadas para que las pruebas informativas sean respondidas por mail o por vía electrónica.

También se debe procurar agilizar el procedimiento aplicando los principios procesales de celeridad, concentración y economía procesal.

II.4) Los procesos judiciales en la emergencia sanitaria.

II.4.A) Generalidades. Fundamento legal.

La pandemia producida por el virus del COVID 19 (coronavirus) se enmarcó en la emergencia sanitaria establecida por ley N°27.541, luego ampliada por decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 260 del 12/3/2020.

En tal sentido cabe remarcar el interesante análisis hecho por Duilio Moreno Del Papa en un reciente trabajo sobre el marco normativo y el contexto en que fue dispuesta a nivel nacional la emergencia sanitaria. Suma el fundamento constitucional como también lo funda con la jurisprudencia de la cual surge que "El Estado...tiene el deber de realizar prestaciones positivas" y que "...a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...". "La acción positiva a la cual puede recurrir el Estado para preservar la salud, ante la ausencia de medicación idónea que permita evitar la propagación y la afectación de la salud, es el aislamiento social al

que se ha recurrido.” De este modo se hace prevalecer el interés general por sobre el individual, brindando tutela efectiva a toda la comunidad.¹⁵

La Provincia de Córdoba adhirió a ella por la ley N° 10.690 del 18/3/2020, lo que implicó reacomodarse a dicha situación en todas las aristas.

De esta forma se resolvió mantener la restricción de la circulación de la mayoría de la población, para evitar los efectos que el contagio masivo podría significar para el sistema sanitario argentino.

En tal sentido el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba estableció regulaciones en su función de Poder independiente y en el ejercicio de sus facultades de superintendencia y de administración de Justicia otorgadas por la Constitución Provincial y la Ley Orgánica del Poder Judicial para organizar su estructura y continuar con la prestación del servicio de justicia. Procuró viabilizar distintas resoluciones y protocolos para procurar la prestación del servicio de justicia en la emergencia sanitaria¹⁶.

II.4.B) Etapas de la emergencia en el ámbito del Poder Judicial. generalidades.

-Receso judicial extraordinario por razones sanitarias: (caracterizado en forma similar a la feria judicial, establecido mediante Acuerdo Reglamentario N° 1620 serie“A” del TSJ de fecha 16/3/2020.

Dicho período se extendió entre el 17/3/2020 y el 26/4/2020, en dicho período y a partir del 8/4 se fueron emitiendo Protocolos de actuación que fueron habilitando actos procesales.

Las principales características de esta etapa es que las cuestiones urgentes (art. 44 del C.P.C.C) fueron encauzadas mediante “presentaciones judiciales de carácter urgente” dirigidas a la casilla oficial de correo electrónico de cada Juzgado.

En relación a las presentaciones en expedientes papel, se presentaron como “Solicita habilitación de día y hora en expediente papel”.

Respecto al trámite de expediente electrónico, se asignaban a la dependencia de radicación del mismo. Las actuaciones registradas, luego de finalizado el receso serán incorporadas a los expedientes papel ya existentes.

Los plazos se suspendieron y se dispuso el cese de la prestación del servicio de Justicia de modo presencial.

- Servicio de justicia en la emergencia por razones sanitarias: entre el 26/4/2020 y el 7/6/2020, caracterizada por la prestación del servicio en forma remota.

Se aprueba entre otros el Protocolo de Actuación de los Juzgados de Conciliación mediante la modalidad de teletrabajo (AR 1623 Anexo III).

¹⁵ MORENO DEL PAPA, Duilio, “Cuarentena. Aislamiento Social Obligatorio: Marco Normativo en Argentina y la legalidad de sus disposiciones”, junio/20.

¹⁶ Ver https://www.justiciacordoba.gob.ar/eticajudicial/paginas/trib_acuerdos.htm.

Coincidimos con la Lic. Pascetti¹⁷ al expresar que “la crisis del coronavirus ha tocado de lleno a las organizaciones y personas. Los modos de trabajar, no escapan a este fenómeno, y las diferentes profesiones e instituciones se han visto obligadas a forzar el teletrabajo, salvo casos excepcionales...”.

Este nuevo formato desafía a las personas e instituciones a adaptar sus modos de trabajo, sus espacios y sus formas de vincularse con sus equipos y colaboradores, a través de los medios que ofrece la tecnología mediante videoconferencias, reuniones virtuales, etc. que son esenciales en esta situación de emergencia.

Si bien no es objeto de este trabajo, no podemos dejar de mencionar el proyecto de ley sobre teletrabajo que ya fue debatida en Diputados, siendo tratada actualmente en el Senado, coincidimos con Mirna Lozano Bosch¹⁸, quien mediante varias entrevistas explicó que dicho proyecto va a incorporar a la Ley de Contrato de Trabajo la modalidad del “contrato de teletrabajo”, con un concepto amplio, el cual se caracteriza en forma parcial o total mediante la prestación del trabajo con el uso de la tecnología.

Es muy interesante puntualizar la propuesta de la Dra. Lozano Bosch al manifestar que dicho proyecto regula cuestiones generales, algunas actividades, pero serán los convenios colectivos de trabajo los que ajustarán detalles y/o otorgarán especificidad a la actividad.

También agrega que en general otras cuestiones que trata el proyecto que la ley será aplicable a los 90 días de finalizado el ASPO es decir, en contexto de normalidad. Son varios los puntos en debate, no es la intención agotar los mismos, sino establecer cuestiones relacionadas a los montos de compensación, pago de conectividad, horarios, tareas fuera de horario, como afirma la autora cordobesa, se proyecta pactar la jornada por objetivos por escrito, específicos, lo cual puede llevar a la precarización del trabajador. También en relación a la jornada cuando se tiene gente a cargo y/o cuidados, derecho a horarios compatibles y a interrumpir la jornada (coordinando equipos) y hacer valer el derecho a la desconexión.

Como así también el tema de la reversibilidad del contrato, aclarando que si nació como teletrabajo puede ser reversible y volver a la presencialidad por la evaluación del teletrabajador. Todas estas cuestiones implican estar en sintonía con el resto del mundo en el cual ya está regulado el teletrabajo en varios países.

En relación a los plazos, el Protocolo que se analizó *ut-supra* estableció días inhábiles a los fines procesales y administrativos, salvo los actos válidamente cumplidos - cuando el Tribunal lo habilitara de manera expresa.

-Prestación del servicio de justicia de manera presencial administrada o semipresencial: a partir del 8/6/2020 hasta la actualidad, dispuesta mediante Ac. AR 1629, del 6/6/20 del Tribunal Superior de Justicia caracterizada por retomar la actividad en forma controlada.

17 PASCETTI, Eugenia, en el ámbito del Curso de Capacitación en el Aula Virtual del Centro Núñez, Poder Judicial, junio/julio 2020, cuyos ejes son: Contexto global, desafíos actuales y futuros en torno al homeoffice, claves para gestionar equipos remotos, hacks para autogestionar las rutinas laborales en el ámbito del teletrabajo y trabajo remoto y nuevos hábitos y retos de homeoffice. Ver <http://campusvirtualcn.justiciacordoba.gob.ar/>.

18 LOZANO BOSCH, Mirna, “Dictamen que pretende regular el teletrabajo”, entrevista radial con Ricardo Césari del 23/6/20.

Se establecieron medidas de bioseguridad, ingreso y circulación, nómina de empleados, etc.

También se establecieron turnos presenciales con recaudos, se habilitó turnero telefónico y digital, la presentación remota de escritos en expedientes papel “enviar nuevo escrito en expediente papel”, dejando sin efecto, solicitud de habilitación de día y hora.

Se reanudaron los plazos procesales a partir del 16/6/20 y en la semana pasada se establecieron nuevas funcionalidades para martilleros y se ampliaron turneros en la oficina de ujieres y notificadores.

II.4.C) Ofrecimiento. Diligenciamiento de la prueba.

El Protocolo de Actuación de los Juzgados de Conciliación dispuso la modalidad de teletrabajo (AR 1623 Anexo III).

Los principales mecanismos para la tramitación de la prueba son: las presentaciones se hacen de manera electrónica mediante el SAC y si es un expediente papel lo debe presentar conforme al AR 1629 Anexo 2 - Presentación remota de escritos en expedientes papel.

Contestado el traslado o vencido el plazo sin evacuarlo, se certifica y se dispone la apertura de la causa a prueba, lo que se notifica de manera electrónica.

En relación al ofrecimiento de la prueba documental: se debe adjuntar digitalizada, si los archivos son grandes (se tienen que comprimir y/o dividir la presentación). Se omite el requisito de compulsas de la documentación adjuntada (se admite como declaración jurada del presentante la concordancia y vigencia de la misma, sin perjuicio de la facultad del tribunal de disponer su presentación y/o su reserva si lo considera necesario).

En caso que la prueba sea pendrive, disco o soporte magnético: se ofrece y se pone a disposición. El Tribunal lo puede requerir en cualquier momento.

En relación a las audiencias de prueba: a) Reconocimiento: se corre traslado de la documentación en los términos del art. 243 del CPCC. b) Exhibición: se difiere para tomarse previo a elevar la causa a juicio o el tribunal le otorga un plazo para que la parte proceda a digitalizarla y adjuntarla en escrito electrónico (según el volumen). La documentación original puede ser requerida por el tribunal interviniente en cualquier momento.

Respecto a la *prueba pericial*: firme el decreto de prueba, se efectúan los sorteos a través del SAC Multifuero y se notifica a las partes. Las mismas pueden, en el plazo de tres días, hacer uso de la facultad conferida en el art. 264 del CPCC de proponer nuevos puntos de pericia.

El perito acepta el cargo y el Tribunal analiza en cada caso la factibilidad de realizar la pericia de manera inmediata o diferirla si no es posible realizarla sin desplazamiento de partes, auxiliares y operadores, realizando la pericia en lo posible con las constancias de autos o requiriendo a las partes la digitalización de la documental pertinente.

Para diligenciar la pericia médica, el perito puede: a) solicitar que la misma se difiera y no

fijar fecha. b) fijar fecha con los recaudos de restricción de la circulación derivadas de la emergencia sanitaria lo permitan y dando cumplimiento a las recomendaciones del COE en relación a la prevención requerida (uso de tapaboca, y en caso de síntomas, avisar con anticipación para la postergación de la misma).

En relación a la pericia caligráfica, en la etapa de presencialidad administrada se fija fecha para la realización en la sede del Tribunal del cuerpo de escritura. Respecto a la pericial contable se pide al perito contador oficial que –de acuerdo a los puntos periciales– detalle la documentación necesaria para realizar la labor encomendada y dicha documental deber ser digitalizada e incorporada al SAC.

Asimismo para diligenciar la prueba informativa, mediante oficio electrónico, se sumaron nuevas entidades adheridas y debe tenerse en cuenta la posibilidad de pedir prórroga ante dificultad de diligenciamiento fundado.

Respecto al diligenciamiento de informativas en Afip se puede remitir mail y en la SRT se implementó la mesa de entradas virtual y la página web de la SRT, enviar todo tipo de documentación y el sistema otorga número de ingreso con el cual se va a tramitar. Contestado el traslado o vencido el plazo sin evacuarlo, se certifica y se dispone la apertura de la causa a prueba, lo que se notifica de manera electrónica. Diligenciada la prueba, se eleva para continuar el trámite procesal por ante la Sala de la Cámara del Trabajo que por turno corresponda¹⁹.

II.4.D) Otras alternativas de acceso a la Justicia en la Emergencia Sanitaria

Se cuenta con Centros de Acceso a Justicia en Córdoba que dependen del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Llevar a cabo un trabajo interdisciplinario, brindan atención legal primaria integral, servicios mediación comunitarias, patrocinio jurídico gratuito, etc.

En el informe sobre el trabajo efectuado en la pandemia manifestaron que “el acceso a justicia de las personas más vulnerabilizadas por la desigualdad social es además un *derecho humano inalienable que no admite demora*”.

Creemos que ello condice con el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo de los objetivos de desarrollo sostenible²⁰. El mismo es un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad para 2030. Mediante la consecución de 17 objetivos.

Siendo el objetivo 16 el que tiene por finalidad promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

III. Reforma procesal. Conclusiones

-Celebramos los avances de la reforma procesal en general y en particular las facultades otorgadas al Juez de Conciliación y del Trabajo como director del proceso para intervenir,

¹⁹ KIATKOVSKI, Silvia, “Proceso laboral cordobés en tiempo de Covid 19. Normativa reglamentaria dictada por el TSJ con motivo de la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19. Procedimiento ante el Juez de Conciliación”, exposición del 3/7/20.

²⁰ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Ver <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>.

dirigir y reconducir la prueba, lo cual en armonía con la aplicación de los principios procesales de celeridad, inmediatez y oralidad se pueda agilizando la actividad probatoria.

- Para lograr resultados eficaces se debe capacitar al personal, con trabajo conjunto de las dependencias correspondientes, para readaptar la infraestructura y la realidad judicial en general para lograr los fines propuestos en la ley, mediante la aplicación progresiva en etapa previa o ensayo, con el apoyo de la Comisión de Seguimiento de la misma y de la Oficina de Mediación Judicial.

- Se debe profundizar el concepto de acceso a justicia y reforzar los mecanismos conciliatorios administrativos para evitar judicializar las controversias de menor cuantía y complejidad y /o acortar los tiempos de los procesos.

- Finalmente proponemos que todos los operadores jurídicos aunemos esfuerzos de estudios, propuestas y trabajos en aras de lograr en el momento que la necesaria reforma procesal sea aplicada, para lograr el mejor resultado de la misma y así procurar en forma integral que la justicia social sea lograda para el justiciable.

IV. Reflexiones y propuestas. Emergencia Sanitaria.

A partir de la emergencia sanitaria, la actividad judicial se vio resentida, desarrollándose mecanismos técnicos, procesales y tecnológicos que posibilitaron llevar a cabo progresivamente los actos procesales.

Las crisis conllevan oportunidades para reformular opciones que permitan obtener resultados positivos.

Las acciones actitudinales implican no alarmarse y estar preparados en todo momento para hacer frente a cualquier emergencia, actuar con seguridad y precisión (aunque lo resuelto pueda hacerse de otro modo o perfeccionarse).

Las acciones cognoscitivas y aptitudinales se construyen profundizando conocimientos e interés de reconducir la emergencia sanitaria utilizando los mecanismos procesales y tecnológicos en forma proactiva, otorgando soluciones prácticas y sencillas, para lograr que el derecho del trabajo y el derecho procesal del trabajo sean inclusivos, integrales y protectores, facilitando el acceso a justicia, la igualdad de derechos y a la vez garanticen el debido proceso.

Referencias Bibliográficas

- Altamira Gigena Raúl E., "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Concordada", Editorial Errepar, Buenos Aires, 2010.
- Arese, César, "La necesidad de reformas laborales", Ponencia ante el II Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, San Marcos Sierras, Córdoba, 23 y 24 de marzo de 2018, organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Noroeste.
- Arese César, "Derechos Humanos Laborales. Teoría y Práctica de un nuevo derecho del trabajo", Editorial Rubinzal – Culzoni, 2014, Santa Fe.
- Arese César, director, Ricardo León Chércoles y María de los Ángeles Ferrario, coordinadores, "Nuevas Tecnologías. Presente y Futuro del Derecho del Trabajo", Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 30/8/19.
- Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales – Instituto de Estudios de la Magistratura, "Jornadas de Debate sobre el Proyecto de Reforma de la ley 7987 Juicio Abreviado y Sumarísimo", 6 y 7 de abril de 2018.
- Babio, Alejandro Oscar, "Teoría y técnica probatoria en el proceso laboral", Librería Editora Platense, La Plata 1998.
- Bosio, Rosa Elena, "Lineamientos Básicos del Derecho Social. Tomo II", Editorial Advocatus, Córdoba, 2019.
- Brain, Daniel Horacio, "Derecho Procesal del Trabajo", Editorial Advocatus, Córdoba 2008.
- Calvimonte, Beatriz- Lascano, Eduardo J., "Derecho del Trabajo. Interpretación Judicial. Jurisprudencia. Sala Laboral TSJ 2005 – 2018", Editorial Advocatus, mayo de 2019.
- Chercoles Ricardo- Ferrario María de los Ángeles, " El impacto de las transformaciones tecnológicas y el futuro del Derecho del Trabajo en América Latina, con especial referencia a los "trabajadores vulnerables", en "Nuevas Tecnologías. Presente y Futuro del Derecho del Trabajo", Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 30/8/19.
- Chercoles, Ricardo, "Conferencia El futuro es hoy. El impacto de las transformaciones tecnológicas en el Derecho del Trabajo", Zoom, 24/6/20.
- Chercoles, Ricardo, "Renovación de los indicadores de laboralidad, a raíz de las formas atípicas de trabajo", 2019.
- Costa magna, Alivio - Luque Mariño, Fernando, Proyecto de Código Procesal Laboral de San Luis. Propuesta", 2015.
- Costamagna Olivio, Verónica Varela López , Graciela López Priori, "Pandemia COVID-19 – Consecuencias económicas , sociales y laborales en la República Argentina".
- Echenique, Marcelo, "Análisis del Proyecto de Ley de reforma al Código de Procedimiento Laboral de la Provincia de Córdoba (Ley 7987)", 2018.
- Ferreyra de De la Rúa Angelina - Rodríguez Juárez, Manuel (directores), "Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Máximos Precedentes", autoras; Guevara, Carina Noemí-Martínez, María Soledad, "Precisiones en torno a los principios de gratuidad y de igualdad de trato y no discriminación en el Derecho del Trabajo", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013.
- García Vior Andrea, "El futuro es hoy", Conferencia sobre Teletrabajo. Su incidencia en las cuestiones de género. Zoom, 24/6/20
- Giletta, Ricardo, Díaz, Silvia y El Hay, Nancy, "Anexo Código Procesal Laboral de la Provincia de Córdoba", 2018.
- Guevara, Carina Noemí - Medrano Ortiz, Ivonne, "Estatutos Especiales y Temas Procesales Actuales", Seco, Ricardo (director), "Audiencia de Conciliación. Aportes para lograr la conciliación de la causa", Cuadernos del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguri-

- dad Social, SJ Volumen 6º, "P. Alberto Hurtado", Editorial Advocatus, julio de 2013.
- Guevara, Carina Noemí, "Análisis de los principales Aspectos de la Conciliación y la Prueba en la Reforma a la Ley Procesal del Trabajo de Córdoba", en Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas Universidad Blas Pascal, p.53, Córdoba, Argentina, Año 1, Nro. 1, noviembre 2019 // ISSN Versión online: XXXX-XXXX.
 - Guevara, Carina Noemí Tema: " Aspectos fundamentales y problemáticos del proceso laboral cordobés en tiempos de COVID 19", Consideraciones Prácticas y Jurídicas.Actuación Asesoría Letrada del Trabajo. Organizado por grupo Derecho Laboral Argentino y Federación del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba,3/7/20.
 - Highton de Nolasco, Elena, Conferencia: "Los jueces estamos para garantizar el acceso a justicia" del 14/6/10. <https://www.cij.gov.ar/nota-4501-Highton---Los-jueces-estamos-para-garantizar-acceso-a-justicia-.html>//<https://www.cij.gov.ar/nota-32632-Highton-present-nuevos-proyectos-de-acceso-a-justicia.html>.
 - Kiatkovski, Silvia, "Actividad del fuero laboral de la Provincia de Córdoba durante el aislamiento social preventivo y obligatorio", en Espacio para compartir novedades en materia laboral, Derecho Laboral Argentino, autor Ab. Esp. Hernán Piazza.
<http://dyss.blogspot.com/2020/06/actividad-del-fuero-laboral-cordobes.html?m=1>, 23/6/20.
 - Kiatkovski Silvia, "Proceso laboral cordobés en tiempo de Covid 19. Normativa reglamentaria dictada por el TSJ con motivo de la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19. Procedimiento ante el Juez de Conciliación, 3/7/20.
 - Lozano Bosch, Mirna, "Dictamen que pretende regular el teletrabajo", entrevista radial con Ricardo Césari del 23/6/20.
 - Martorell, Ernesto Eduardo, "Covid -19 (Coronavirus y Empresa), Problemática Laboral, Societaria y Concursal, Editorial Rubinzal -Culzoni, Editores, Santa Fe, 10/6/20.
 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia. Informe de actividades en A.S.P.O., 2020.
 - Moreno del Papa, Duilio, "Cuarentena. Aislamiento Social Obligatorio: Marco Normativo en Argentina y la legalidad de sus disposiciones", junio/20.
 - Palacio de Caeiro, Silvia B. (directora), "Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino", Editorial La Ley, 2015, Bs.As.
 - Proyecto de Ley de Reforma Procesal de la Provincia de Bs. As, 2018.
 - Sappia, Jorge, Giletta, Ricardo y Salomón, Marcelo, 4º Encuentro – La reforma procesal laboral: Perspectivas y desafíos (24/04/2019). - Ley 10.596", dictada durante el mes de abril 2019 por el IEM y el Centro Núñez.
 - Seco, Ricardo Francisco, "El proyecto de reforma procesal en la Provincia de Córdoba", XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 y 5 de octubre de 2018, Santa Fe. Módulo Reformas Procesales en los ámbitos provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
 - Seco, Ricardo Francisco (director), ¿Es obligatorio el seguimiento de los fallos de la CSJN?, investigación UBP, año 2018.
 - Seco, Ricardo Francisco (director), "Ley Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba", Editorial Advocatus, 2008.
 - Toselli Carlos y Ulla, Alicia G., "Código Procesal del Trabajo", Ediciones Alveroni, 2da edición ampliada y actualizada, 2007.

UNA CUESTIÓN DE DERECHOS SOCIALES... MESAS DE DIALOGO EN ACTIVIDADES DE LA ECONOMÍA NO FORMAL

Mirna Lozano Bosch¹

Sumario: I. Se crea la Comisión de Controversias, Mediación y Planteos de la Economía de Subsistencia Básica. II. ¿El fin teleológico de la norma es la pacificación o la búsqueda de soluciones a través del dialogo social? III. Una pequeña luz para el debate de salida a los grandes problemas que se imponen.

Resumen: El presente artículo pone de relieve la importancia del dictado de la Resolución 509/2020 del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, respecto de la exigibilidad de los derechos sociales en Argentina por cuanto crea en el marco de su autoridad de aplicación la comisión de Controversias, Mediación y Planteos de la Economía de Subsistencia Básica.

Palabras clave: Derechos Sociales. Exigibilidad. Rol del Estado.

En lo relativo a las relaciones de poder, lo que es más característico de nuestras sociedades es la constatación que la desigualdad material está profundamente entrelazada con la desigualdad no material, sobre todo con la educación desigual, la desigualdad de las capacidades representacionales/ comunicativas y expresivas y también la desigualdad de oportunidades y de capacidades para organizar intereses y participar autónomamente de procesos de toma de decisiones significativas...(Sousa Santos, 2000 pág.303).²

I. Se crea la Comisión de Controversias, Mediación y Planteos de la Economía de Subsistencia Básica en el ámbito federal.

El pasado 22 de Junio el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (En adelante MTEySS) emitió la resolución nacional 509/2020³, creándose la novedosa Comisión de Controversias, Mediación y Planteos de la Economía de Subsistencia Básica, dicha comisión será conformada por tres miembros designados por el Ministro de Trabajo, para

¹ Abogada Especialista en Derecho del Trabajo, especialista en Abogacía del Estado y especialista en Gestión de Organizaciones- Docente de grado y posgrado. Contacto: Mirna.lozanobosch@gmail.com

² Sousa Santos B. (2003) *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la Experiencia*, Volumen I Para un nuevo sentido común la ciencia el derecho y la política, la transición paradigmática. Editorial Desclee de Brower SA España.-

³ Resolución 509 /2020 , Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social Boletín Oficial 22 de junio 2020.

abocarse a la solución de conflictos y planteos suscitados fuera de las actividades regidas por convenios colectivos de trabajo.

Es interesante estudiar el contexto en el que la autoridad de aplicación de la Ley 24013⁴ plantea la necesidad de abrir mesas de diálogo social y negociación efectiva a las economías no formales, se entiende que esto gira en torno a evidenciar una vez más, la falta de realidad de la garantía constitucional del derecho “a trabajar” y “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida por medios que les aseguren condiciones de existencia digna.”. En este aspecto parece importante destacar que la resolución deja ver la falta de efectividad de los derechos sociales del mandato genérico del 14 bis de la Constitución Nacional cuando establece que “...el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes⁵...”

La resolución resulta ser una medida positiva dictada en cumplimiento de hacer exigible los derechos sociales ordenados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶, así incluso lo detallan sus antecedentes. Hay que destacar además, que la norma pone énfasis en el objetivo de preservar con estas mesas la paz social, en el mismo plano y peso de ideas.

II. ¿El fin teleológico de la norma, es la pacificación o la búsqueda de soluciones a través del diálogo social?

Cabe afirmar que frente a la pandemia todas las tendencias sociales en crisis se agudizaron, entre ellas las más nocivas, la desigualdad estructural, la acumulación del capital financiero, el control social por parte del Estado, la necesidad de hacer efectivos los derechos sociales ya reconocidos.

En un análisis preliminar la medida dictada de crear mesas de mediación podría considerarse un poco ambivalente, por un lado como una solución institucional tomada por parte del Estado para atender o canalizar las demandas de los sectores más afectados de la economía popular, o bien leerse en realidad como una conquista de éstos colectivos sociales frente al Estado, sin dudas la segunda es más acertada. Es fundamental resaltar la magnitud de este sector en nuestro país en estos momentos y la necesidad imperiosa existente de hacer realidad sus derechos sociales, en este sentido, la medida es más que justificada.

Lo que cabe también indagar es: ¿cómo va a funcionar para cumplir con su finalidad?, es decir que alcances tuvo el debate para justificar que prime ésta solución de crear estas mesas o designar tres funcionarios al efecto y no otras. ¿Qué alcances podría tener una “mala instrumentación” de dicha medida?. La medida podría encontrar en su práctica grandes desafíos, la ineficacia e ineficiencia absoluta de las mesas de negociación sino se llega a resultados esperados en tiempos prudentes, en un estricto y discrecional control extra por parte del Estado a los movimientos sociales o de la economía popular en tiempos de pandemia, cuando además es sabido no pueden movilizar su protesta libremente frente a la falta de realidad de sus demandas. La resolución como genuino de base al menos plantea la necesidad de un ejercicio institucionalizado del diálogo social con estos colectivos válidos, que no es menor logro.

4 Ley 24013 Ley Nacional de Empleo. Honorable Congreso de la Nación Argentina, Boletín Oficial 5/12/1991

5 Constitución Nacional Argentina Art. 14 bis T.O. 1956. Primer Párrafo

6 Ley N° 23.313 Honorable Congreso de la Nación Argentina, Boletín Oficial Boletín Oficial 6/05/1986

Esta mesa de mediación podría importar, una forma de búsqueda de soluciones y acciones en conjunto, políticas públicas a futuro, implica una forma de institucionalizar referentes en este sector como interlocutores validados, como se dijo. Cómo también deja la posibilidad de “control” en sentido amplio, como una forma más fácil de establecer límites a los sectores involucrados lo que sería sin dudas un agravamiento de sus derechos por demás vulnerados, éste trabajo se propone indagar en algunas líneas teóricas sobre el contenido de la resolución, identificar a la luz de sus antecedentes, sus potenciales tensiones en el comportamiento instrumental, entre ellos incluso frente al federalismo Argentino.

La resolución toma como antecedente la recomendación 202 de OIT⁷ efectuada en el 2012 por la Conferencia General del Trabajo sobre Protección Social que sugiere a los estados miembro llevar a cabo medidas aptas para asistir a los sectores más vulnerables, incluyendo expresamente a los de la economía informal y popular en la recomendación mentada, se reafirma que la seguridad social es un derecho humano y que la promoción del empleo es una necesidad para el desarrollo y el progreso de todo país.

Asimismo pone de relieve que la seguridad social, debe ser vista, como una inversión en las personas para potenciar su capacidad adaptativa a los cambios en el mercado de trabajo⁸, vale decir que con la pandemia ya ocho años después de la recomendación, el escenario se recrudece cuando la mitad de los empleos formales actuales, se sabe hoy, se perderán también.

Si ya el universo de la economía no formal era alto, ¿alcanzaran las mesas de diálogo de “economías de subsistencia básica”?, aquí no habrá trialismo como principio, sino sólo un Estado y grupos de gran necesidad, ya organizados, con gran poder autónomo y territorial en algunos casos, que obvio se reservan para sí, según su activismo el derecho del conflicto social o protesta en base a sus demandas alimentarias principalmente.

Sin dudar el mayor desafío, será tanto para la Argentina como para toda América Latina el lugar que dará a la solución de la inclusión social, que estrategia elegirá para superar la pobreza extrema y sobrellevar la tendencia de polarización que genera la alta concentración de capitales en pequeños grupos y en grandes trasnacionales, parece un callejón sin salida y una aspiración muy alta pretender la solución de estos problemas complejos con una Resolución Ministerial.

“...extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa como piso, del sistema.”⁹, ya la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa¹⁰, afirmaba en 2008 que las políticas comerciales y el comportamiento de los mercados financieros impactan gravemente sobre el empleo, la globalización llevó a que muchos países y secto-

7 Organización Internacional del Trabajo Recomendación 202 (2012) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202

8 Esto no es más ni menos que afirmar el modelo de “flexiseguridad” hacer más libres la contratación y la extinción; establecer programas de subsidios generosos en caso de desempleo, y activación del desempleado tanto desde el punto de vista formativo como en acciones de retorno (Gorelli Hernandez J. “Crítica a la flexiseguridad” Revista Latinoamericana de Derecho Social Volume 16, January–June 2013, Pages 51-82)

9 Declaración Universal de Derechos Humanos, en particular los artículos 22 y 25, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular los artículos 9, 11 y 12; Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), la Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (núm. 67), y la Recomendación sobre la asistencia médica, 1944 (núm. 69)

10 Organización Internacional del Trabajo, Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa. (2008) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

res enfrenten grandes desafíos en términos de desigualdad del ingreso, altos niveles de desempleo y pobreza, vulnerabilidad económica ante los shocks externos¹¹, crecimiento del trabajo sin protección y de la economía informal, que tiene un impacto directo y perjudicial sobre la relación de trabajo y en las protecciones que la misma ofrece¹². La declaración de OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo¹³, en 1998, la declaración sobre globalización y justicia social en el 2008 y la recomendación 202 de 2012, resaltan que el empleo informal ya era un problema pandémico de arrastre.

III. Una pequeña luz para el debate de salida a los grandes problemas que se imponen.

En lo cercano, Argentina propone encauzar un proceso “voluntario” de controversias que de manera individual o colectiva, se dé a través de mesas de diálogo, la medida prevé la responsabilidad de una comisión de tres integrantes, que designados encaucen el diálogo sobre los sectores de la economía popular no formal, de subsistencia básica.

Diálogo que tenga como base de contenido primario la de un ingreso personal o familiar, ya sean de trabajadores autónomos, prestadores de tareas eventuales, ocasionales o changas, vendedores ambulantes, ocupantes de puestos callejeros y todos aquellos que participen, bajo tipologías análogas, del proceso de producción de bienes y servicios, cualquier actividad que en búsqueda de la subsistencia básica, o similares formas de articular sus modos de intercambio, que efectúen planteos o bien puedan llegar a ser citados como actores de este sector de la economía popular. El mayor problema advertido será la determinación por parte del Estado de ese sujeto “social” legitimado a participar y a ser protagonista y el destinatario (titular) de derechos y de soluciones que se arriben en cada mesa.

De la situación o planteo efectuado, la resolución fija se correrá traslado de las peticiones para que fijar posición por el término de 10 días. Importante será saber es contra quien se debaten esos traslados y sobre qué intereses contrapuestos se debatirá la mesa negocial y cuál es el alcance del rol de del Estado como buen componedor, cuando es sabido que el problema es que el Estado es sin dudas, el responsable directo de las soluciones y medidas necesarias para estos sectores.

Es el Estado el primer obligado a satisfacer las demandas del sector de la economía de subsistencia con políticas eficaces que hagan realidad sus derechos. Poner en cabeza de un Ministerio, uno solo, de la administración central, para canalizar, negociaciones, hacer mediaciones, en definitiva encauzar el conflicto social a través de estas mesas vo-

11 Shocks externos y eternos pareciera que la crisis no es más ni menos que la forma habitual de comportamiento y respuesta del mercado en tensión constante con el Estado Nación y sus ciudadanos a proteger, el consenso de Washington se alzó como un plan perfecto de soluciones en 1989, obvio los países latinoamericanos fueron sus principales evidencias empíricas de fracaso, fue una agenda incompleta. Incluso sus defensores reconocen que no se tomó en cuenta el papel de las instituciones en el desarrollo económico y se tendió a minimizar el de la política social. Las medidas de disciplina en la política fiscal, evitar el déficit en relación con el Producto Interno Bruto, esto en regiones de desigual desarrollo y recursos no hizo más que potenciar los índices de concentración, es mirarlo todo desde la economía y no desde las personas, es usar el gasto público en subsidios indiscriminados, servicios favorables para los pobres como la educación primaria, la atención primaria de salud e infraestructura serían la receta perfecta para la inamovilidad social, ampliar la base tributaria y la adopción de tipos impositivos marginales moderados, sólo hace que contribuyan más los sectores de consumo, los pobres nuevamente pagan más impuestos que las sectores de altos ingresos, tasas de interés determinadas por el mercado, tipos de cambio competitivos, liberalización del comercio, de las importaciones, y promoción a la inversión extranjera directa, privatización de las empresas estatales, absoluta desregulación de la competencia lo que sin dudas en Argentina importará la muerte directa de las pymes, que no puedan resurgir como startups el modelo de sella con una seguridad jurídica principalmente enfocada en hacia los derechos de “libertad” y de “propiedad”. Para ahondar en este enfoque vale consultar el trabajo de Ocampo, J. A.; 2005 Más allá del Consenso de Washington: una agenda de desarrollo para América Latina, serie estudios y perspectivas N°26 Sede Subregional de la Cepal Mexico. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/49451/S050152_es.pdf

12 Organización Internacional del Trabajo, 2008 Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa. (2008) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

13 Organización Internacional del Trabajo, 1998 Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo https://www.ilo.org/actrav/areas/WCMS_DOC_ATR_ARE_DECL_ES/lang--es/index.htm

luntarias, es algo cuestionable desde las condiciones materiales o intereses negociales que están en esa mesa implícitos por parte de un Estado transversalmente responsable.

Obviamente pesan sobre la administración y también en mayor medida en el Congreso, las responsabilidades del dictado de las acciones positivas para que existan los derechos sociales verdaderamente para que en base a políticas o normas se creen las condiciones para su materialización.

La comisión negociadora creada por la resolución a fines también de contener la conflictividad, encauzar negociaciones, deberá analizar las necesidades que conciernen a las categorías descritas como posibles partes integrantes, activas y legitimadas de la mesa de diálogo a los fines de llevar a cabo iniciativas eficaces y eficientes, asimismo deberá anticiparse para prevenir el conflicto, sin reprimirlo, para evitar así situaciones de mayor "abuso o vulnerabilidad".

Contribuir a la mejora de esas relaciones de intercambio importa brindar una mesa tempestiva, es decir oportuna. Una mesa de diálogo eficaz y eficiente, en términos de logro de objetivos y con resultados de contenido evidenciables, concretos en plazos razonables. Igualmente las mesas no harán más que evidenciar que es el Estado quien debe responder frente a sus ciudadanos por los derechos sociales, en este caso ciudadanos con fuertes condicionantes coyunturales, que en sus demandas organizadas autónomas territoriales de subsistencia básica peticionan un Estado presente y activo que los atienda y que reconozca como interlocutores válidos, para lograr sus demandas, no para mitigarlas.

Con la resolución es notable que cobra relevancia el rol de la administración como articulador social, pero cobra más y mejor relevancia, el rol de los movimientos sociales de la economía popular dentro del Estado, como actores con capacidad de poder de negociación política sobre sus intereses de manera directa, por eso la instrumentalidad importa. La comisión se piensa además tenga por objetivos elaborar informes y propuestas que tiendan a la transición de la informalidad a la formalidad y que fomente la transparencia y pueda crear subcomisiones o ámbitos específicos para que dichos sujetos puedan realizar las peticiones, planteos referidos a situaciones particulares de su sector y recibir una respuesta en función de su pertinencia.

Siguen las siguientes preguntas ¿Para quienes y cuando vamos a disponer de la mesa de diálogo?, pero además la negociación supone concesiones recíprocas, que va a ofrecer el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social como estado en cada mesa, la transversalidad se hará visible una vez más, ya no podemos encauzar el problema del empleo desde el contrapunto del trabajo, es necesario ampliar la mirada a otros Ministerios, a otros poderes del Estado incluso a un verdadero pacto fiscal federal en este sentido, que importe repensar la redistribuciones de los ingresos bajo la finalidad en este contexto de hacer realidad los derechos sociales en todo el territorio del país.

El federalismo en este sentido atenta contra la posibilidad rápida de unificar acciones positivas para la exigibilidad y materialidad de los derechos sociales del trabajo y de la economía de subsistencia. Nuevamente la gobernanza debe dar muestra de responsabilidad política para lograr en nuevos pactos fiscales que puedan ser alicientes, cuando es sabido que las economías populares a través de los impuestos que gravan el consumo son las que más aportan.

Pactos fiscales con orientación a hacer una realidad los derechos sociales en territorio de todas las provincias. Políticas de coparticipación para simplificar el pago de impuestos, para que el trabajar de manera registrada, deje de ser un problema multicausal, el del empleo, debe ser visto en su solución de la misma forma, que deben involucrarse en políticas de consenso y de gobernanza colaborativa para generar que las diferentes economías puedan crecer a escala y sostenerse muchas carteras de estado comprometidas en el mismo enfoque, hacer realidad los derechos sociales básicos y fundamentales para el desarrollo de las capacidades de las personas en todo el territorio nacional.

¿Cómo se van a determinar los sujetos negociantes y como asegurar que el mismo sujeto o colectivo social, tenga la suficiente representación o legitimidad para destrabar la conflictividad y sostener la paz social?. Sin dudas la reglamentación interna que se dé la comisión, la posibilidad de su trabajo interdisciplinar, la transversalidad de los planteos serán más importantes, será vital conocer si habrá posibilidades en un contexto post covid y de absoluta precariedad, de dar respuestas. ¿Quién dará las soluciones materiales?, ¿Quién es la autoridad cuando no hay unanimidad en las medidas y que acciones pueden tomar las partes? ¿Cuál será la consecuencia, frente a la conflictividad cuando hay posiciones irreductibles? ¿Qué valor tendría un instituto parecido a una conciliación obligatoria en estos diálogos voluntarios? Claramente el poder de conflictividad será el termómetro de cada escenario.

En definitiva el objeto y finalidad primordial es controlar la conflictividad cuando determina en su texto " ...encauzar, un proceso voluntario de controversias y planteos que se susciten entre los sujetos, que se desempeñen de manera individual o colectiva, para generar un ingreso personal y familiar, ya sean trabajadores autónomos, prestadores de tareas eventuales, ocasionales o changas, vendedores ambulantes, ocupantes de puestos callejeros y todos aquellos que participen, bajo tipologías análogas, del proceso de producción de bienes y servicios, generando relaciones asimétricas, para la subsistencia básica y la persona o sector individualizado como sujeto pasivo."¹⁴

Lo que el Ministerio propone es velar por que los sectores sociales posean un ámbito para encauzar sus planteos y controversias, ser oídos y puedan participar en programas para la transformación de las relaciones de economía de subsistencia, que generan situaciones asimétricas, cada vez más extensas y diversas a las que es necesario atender, lo cierto es que no es posible resolver los conflictos de empleo desde la mirada del mundo del trabajo exclusivamente, en posición de este trabajo se necesitan acciones y políticas de poder transversales, federales, que importen un verdadero dialogo, en las esferas del poder legislativo, frente a la necesidad de adecuarnos al mundo que globalizado y pandémico se nos impone.

Esto pareciera acercarnos a la teoría utópica de Habermas cuando habla de la realización de democracia deliberativa, en su libro de la Teoría de la acción comunicativa ¹⁵, partir de la idea que somos todos iguales, libres y racionales, que por ello ingresaremos a una comunidad del habla en igualdad de "condiciones"¹⁶, donde cualquiera puede cuestionar incluso las reglas del habla, que todos frente a estas "mesas de dialogo" estarán en igualdad de condiciones para fijar sus posiciones para fijar sus intereses, cuando el Estado

14 Resolución 509/ 2020 Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social Argentino.

15 Habermas J. (1987) Teoría de la acción Comunicativa (1981) Editorial Taurus Madrid.

16 XXX

que debe satisfacer esos intereses no esta en paridad y no es un par para negociar, no tiene mi mismo poder de habla, lo que propugna en su texto sobre “ encauzar” no sucede, es sabido, las reglas del habla (del dialogo) no solo no se pueden cuestionar por todos, sino que no todos tienen “habla”; no todos son iguales en términos de afirmar que no todos tienen las mismas condiciones para desarrollar su habla, ni tampoco su palabra pesa igual a la hora de ingresar a la acción comunicativa “creada ” en este caso por el Estado.

En este modelo deliberativo, ese modelo democrático es irrealizable por el solo hecho de saber que no hay iguales, no reconoce las desigualdades estructurales primarias y originarias preexistentes y latentes en todo tejido social a causa de los condicionantes que el mismo estado sostiene y muchas veces promueve. Sin reconocer la desigualdad estructural en las condiciones, en la posibilidad de desarrollo de esa acción comunicativa del habla, esa teoría también desconoce otros modelos de acción comunicativa en términos de comunidades políticas que actúan en paralelo, quien tiene y como se tiene el poder real de habla o de dialogo es el verdadero desafío, la articulación social del dialogo en el Estado es necesaria, pero no bastara con predisponer las mesas y no basta hablar de un “sujeto pasivo” tampoco, es muy criticable en esta resolución, el lenguaje en torno a los sujetos intervinientes para que se repunte de un uso inocente. Muy lejos están estos sectores de ser sujetos pasivos, son bien organizados, tienen en su territorialidad acciones que el Estado muchas veces debiera observar, su autonomía y subjetivación en términos de construcción de poder político es muchas veces admirable. Tratarlo de sujeto pasivo es todo lo equivocado a lo que realmente son. Son sujetos verdaderamente activos y empoderados y titulares absolutos de esos derechos que reclaman.

La protección de subsistencia no puede ser el norte de nuestro desarrollo, el dialogo social genuino debe partir, no solo de acciones que aseguren una subsistencia básica sino de políticas transversales, que involucren a los sectores privados, a los educativos, a los productivos, para lograr una movilidad social hacia el desarrollo humano. El dialogo debiera encontrar acciones de consenso en lo federal, el problema también allí es, siguiendo los términos de Habermas que la acción comunicativa allí de manera utópica se plantearía en un ideal igualitario y deliberativo, cuando en la realidad es desigual, no paritario. No es lo mismo la región centro que la del Noroeste Argentino que la del sur Argentino, nuestro país tiene y goza de una realidad diversa y heterogénea en sus territorios, recursos economías, desarrollos y obvio diversa y desigual en el reconocimiento y efectividad de los derechos sociales básicos en la diversidad de sus territorios jurídico políticos.

La acciones de consenso y de dialogo social son acciones netamente políticas, decisionales, si la institucionalidad de la Nación no acopla la de las Provincias, jamás un derecho social como el empleo podrá ser verdaderamente una realidad extendida.

La conflictividad social tampoco es fácil de desentramar y contener, el dialogo es la respuesta correcta frente a la desacertada posibilidad de reprimirlo. El tema es qué se va a negociar. El conflicto¹⁷ debe gestionarse, hacerse Institucional es una opción virtuosa,

17 En cuestiones de conflicto social, cabe destacar como la Central Autónoma de Trabajadores, enfocó su misión estratégica dentro de su accionar, como amplio su representación a los movimiento sociales, a los desocupados específicamente, a la atención de las economías informales y populares, y como su disputa no fue institucional a lo largo de estos años sino por el contrario, fue a través de un marcado y profundo uso del conflicto como disputa de territorio de poder a otras organizaciones instituidas y no activas y como se posiciono para exigir soluciones en los tres poderes del Estado.

también es sabido que el conflicto social como complejidad encuentra en la protesta, en la acción territorial, la forma que le presten atención. Su poder de reclamo se mide en función de su capacidad de ejercer la conflictividad, quien podría negar mesas de diálogo, cuando representa el 60 % por ciento de la realidad del país.

Lo cierto es que como evidencia de una acción positiva en el marco de la exigibilidad de los derechos sociales para Argentina, éstas mesas y la comisión propuestas por la resolución parecen, *prima facie*, medidas alentadoras, queda pendiente la reglamentación de su funcionamiento (y su instrumentalidad real) y la atención que se le dará a la conflictividad social como protagonista en este modelo, que no permite ser evidenciada por la pandemia.

Por lo menos la medida en sí, por el momento no propone la protección mínima de subsistencia como principal y única respuesta, sino que la abre a otros posibles planteos y no menciona explícitamente un modelo de flexi- seguridad como ingeniería de contención, que ya es sabido igual está traccionándose como modelo a imponerse por la agenda mundial a todos los Estados Nación.

El desafío de desarrollo de las personas a través de las capacidades combinadas que propone Nassbaum¹⁸ como modelo para la seguridad social o el cumplimiento por parte de la Argentina de los objetivos de desarrollo sostenible¹⁹, entre los que están el fin de la pobreza, el trabajo decente y crecimiento económico, el reducir las desigualdades, paz justicia e instituciones sólidas, más la agenda de OIT específicamente referida al empleo y la seguridad social y al COVID, debiera encontrar más y mejores acciones por parte del Estado Argentino, sobre todo puertas adentro conjuntamente con sus estados provinciales para generar condiciones de desarrollo acciones que acompañadas de pactos fiscales orientados a la realidad de los derechos sociales básicos junto a la práctica del diálogo anticipado, mesas eficientes de trabajo para en primer lugar dar solución y así verdaderamente evitar y contener, prevenir y gestionar el conflicto social que como respuesta inevitable a la vulneración de los derechos básicos se hará presente tarde o temprano cuando no se encuentren soluciones verdaderas.

La resolución es una vela en la oscuridad para abrir el debate de salida de los problemas que poseen los sectores de la economía de subsistencia o popular. Un nuevo espacio para la posibilidad de exigencia de los derechos sociales se abre, será un compromiso buscar que en su reglamentación e instrumentación, su finalidad sea la de soluciones en base a conversaciones, que por ahora estarán en el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social. Pero que debe transversalmente y políticamente encontrar soluciones en otras Carteras de Estado y especialmente en normativas de mayor fuerza en el Congreso, evidencia en políticas activas de transferencias monetarias urgentes, articulación con diferentes sectores, acciones que reflejen de verdad nuevas condiciones de desarrollo social, sumar debates en torno a los pactos fiscales, reconociéndose en definitiva también el valor de la responsabilidad de las Provincias y Municipios en torno a la realización

18 Puesto que las capacidades combinadas se definen como la suma de las capacidades internas y las condiciones sociales/políticas/económicas en las que puede elegirse realmente el funcionamiento de aquellas, no es posible conceptualmente imaginar una sociedad que produzca capacidades combinadas sin que antes produzca capacidades internas. Considerando las diversas áreas de la vida humana en que las personas se mueven y actúan, este enfoque de la justicia social se pregunta: ¿qué se necesita para que una vida esté a la altura de la dignidad humana. Nassbaum; M ; 2012 "Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano "[traducción de Albino Santos Mosquera]. Barcelona, Paidós.

19 Objetivos desarrollo Sostenible Naciones Unidas para Argentina <https://www.odsargentina.gob.ar/Agenda2030> Naciones Unidas ; 17 Objetivos de desarrollo sostenible <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

y efectividad de los derechos sociales . Las economías de subsistencia deben encontrar nuevas condiciones para sus planteos, observar la instrumentalidad de esta resolución, sus alcances en faz práctica serán vitales para poder entender la finalidad teleológica de la norma y su efectividad.

COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO Y EL ART. 212 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Nicolás Francisco Niewolski Cesca¹

Sumario: I. Introducción. II.- Marco normativo. III.-El trabajador impedido. IV.-El art.212 de la LCT. V.- Condición de aplicación de las normas complementarias. VI.- Elementos complementarios al art.212, LCT. VII.-Conclusiones.

Resumen: El presente informe analiza la interrelación entre la ley de contrato de trabajo y el régimen de riesgos de trabajo, en especial tomando en cuenta el proceso de recalificación y reubicación contemplado en la Res. SRT N° 216/03 y su vinculación con el despido del trabajador impedido.

Palabras clave: Trabajador. Recalificación. Reubicación. Despido. Tareas.

I. Introducción

El presente informe resume la ponencia efectuada en la reunión plenaria de la Sala de Derecho Laboral y Procesal Laboral de la Universidad Blas Pascal, a la que fuimos invitados por los Dres. Ricardo Francisco Seco y Edder Hernán Piazza.

Se analizará la interrelación entre las normas que rigen la desvinculación del trabajador afectado por secuelas incapacitantes parciales, de origen laboral, que imposibilitan su reinserción en el establecimiento productivo donde prestaba funciones; con las normas propias del sistema de riesgos del trabajo.

Es así que, partiendo de la conceptualización del Derecho del Trabajo como: *“El conjunto sistemático de normas y principios que, de acuerdo con la idea social de justicia, regula las relaciones jurídicas que nacen a raíz del trabajo subordinado, o en relación de dependencia”*² se expondrá un análisis que contemple no sólo el artículo 212 de la Ley de Contrato de Trabajo, sino una interpretación basada en distintos institutos laborales que se interconectan.

¹ Abogado (UNC), Magister en Derecho Empresario (U. Austral), Maestrando en Administración de Empresas (U. Siglo XXI).

² RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2° Astrea, Buenos Aires 1996, p. 29/30.

Como ha señalado la doctrina: *“Aunque no hay relevamientos oficiales, la observación de la realidad y, en especial, de los juicios que se presentan ante los tribunales permite saber que una cantidad importante de trabajadores sufren la pérdida del empleo luego de que se les determina un porcentaje de incapacidad permanente parcial superior al 20% y a veces ante una minoración aún menor”*.³

Es en este contexto que se expone una forma de abordaje de la situación mediante la ampliación del plexo normativo involucrado y no solo las previsiones propias de la Ley de Contrato de Trabajo.

II. Marco Normativo.

A los fines enunciados precedentemente recurrimos al Convenio OIT N° 159 ratificado mediante ley 23.462 (B.O., 12/6/1987), Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (B.O., 27/9/1974), Ley de Riesgos del Trabajo N°24.557 (B.O.,4/10/1995), decretos reglamentarios y resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en especial las N°216/03 (B.O., 28/4/03) y N° 905/2015 (B.O., 4/5/2015).

III. El trabajador impedido.

El Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo define en su artículo primero como persona inválida a toda aquella cuyas posibilidades de conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental. Asimismo, establece que los Estados miembros deberán considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado.

La normativa internacional tiene su reflejo en la legislación interna en las Res. SRT 216/03 y en la Ley de Contrato de Trabajo.

El art.1° de la Res. 216/03 define al trabajador impedido como aquella persona que por causa de accidente de trabajo o por una enfermedad profesional está sustancialmente impedida para realizar la tarea que efectuaba previo a dicho acontecimiento, en las condiciones en las que la realizaba.

Por su parte el art.212 de la LCT regula las consecuencias normativas de una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador, que pudiera generar la imposibilidad de realizar las tareas que anteriormente cumplía.

Si bien ambas definiciones se encuentran en normas distintas y de jerarquía disímil, la situación de hecho que sirve de sustrato resulta asimilable, y radica en la imposibilidad sobreviniente del dependiente para desarrollar sus tareas.

a. Elementos.

Es así que para la aplicación de la Res. SRT 216/03 se requiere la presencia de los siguientes elementos definitorios: a) acaecimiento de accidente de trabajo o enfermedad profesional, b) impedimento sustancial para realización de tareas habituales.

El art. 212 LCT por su parte requiere para su aplicación: a) disminución definitiva en la ca-

³ MAZA, Miguel Ángel, El deber de las art de recalificar a los trabajadores incapacitados como instrumento para reducir las rupturas contractuales en el marco del artículo 212 de la LCT, RC 732/2013.

pacidad laboral del dependiente, b) imposibilidad del dependiente de realizar las tareas que venía desarrollando.

b. Semejanzas.

Ambas normas reglan las consecuencias que la imposibilidad del dependiente para desarrollar sus tareas genera. Aunque la Res. SRT 216/03 pareciera más exigente al requerir una imposibilidad para desarrollar las tareas, que califica como substancial, entiendo que dicho aditamento no modifica la *ratio legis*.

c. Diferencias.

La única diferencia relevante entre ambas normas finca en el antecedente lesivo que genera la imposibilidad. Así mientras el art.212 se aplica tanto a accidentes o enfermedades inculpables o las propias de la Ley de Riesgos de Trabajo⁴, la Res. SRT 261/03 requiere la presencia de un accidente o enfermedad profesional, la ley 20.744 es general y se aplica tanto a contingencias propias de la ley de Riesgos de Trabajo como a infortunios inculpables.

d. Relación entre normas.

En apretada síntesis dos normas pueden interrelacionarse entre sí, de cinco maneras: a) Supletoriedad, b) Subsidiariedad, c) Complementariedad, d) Suplementariedad y, e) Colisión.⁵

Si bien una ley resulta de jerarquía superior a una resolución administrativa nada obsta a que esta última integre la regulación de un supuesto de hecho⁶. Es en este sentido que la Res. SRT 216/13 complementa⁷ la norma contenida en el art.212 de la LCT⁸, pero sólo en los supuestos de accidentes y/o enfermedades profesionales, debido al ámbito de aplicación de la citada Res. SRT que reglamenta la Ley de Riesgos de Trabajo.

IV. EL art.212 de la LCT

El art.212 de la LCT, luego de ratificar el principio rector del Derecho del Trabajo vinculado con la vocación de permanencia de la relación laboral, establece diversos supuestos de extinción de la relación laboral que pueden presentarse como consecuencia de una incapacitación permanente del dependiente.

En el primer párrafo regula la situación promovida por la norma, es decir la reinserción del trabajador impedido en la estructura productiva sin merma salarial.

El segundo párrafo se refiere al supuesto de imposibilidad real del empleador de otorgar tareas, en cuyo caso habilita la desvinculación con el pago de una indemnización reducida.

4 ACKERMAN, Mario E., Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2ª edición, T.II, 2019, p.813 expresa: "...y, a efectos de la operatividad de esta norma, siendo inculpable la incapacitación, se torna un dato irrelevante su origen, esto es, que ella haya sido provocada, total o parcialmente, por el trabajo - accidente de trabajo o enfermedad profesional- o resulte de circunstancias por completo ajenas a él...".

5 MARTÍN VALVERDE, Antonio, Concurrencia y articulación de normas laborales, en Revista de Política Social, Madrid, jul.-set. 1978, N° 119, ps. 5 y ss.

6 NEVES MUJICA, J., Normas y Principios del Derecho del Trabajo. THEMIS-Revista De Derecho, 29-32-1987. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11491>.

7 ACKERMAN, Mario E., Relaciones entre la LRT y el régimen de los llamados accidentes y enfermedades inculpables, RC D 1941/2012, expresa: "Según anticipé, la relación de complementación entre las normas sobre accidentes y enfermedades inculpables y el régimen de reparación de daños a la salud del trabajador diseñado en la LRT, se manifiesta cuando coinciden sus ámbitos personales de aplicación y los presupuestos de hecho de ambos sistemas, pero difieren los bienes jurídicos tutelados por cada uno de ellos."

8 ACKERMAN, Mario E., Ley de Contrato de Trabajo Comentada, 2ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, T.II, p. 813: "Es oportuno insistir aquí en que el mecanismo protectorio del artículo 212 de la LCT es una de las expresiones de las relaciones de complementación que se producen entre el llamado régimen de accidentes y enfermedades inculpables y el de riesgos del trabajo..."

Por su parte, el tercer párrafo, sanciona la reticencia empresarial de otorgar tareas cuando ello fuera posible, y manda a indemnizar en forma plena.

Finalmente, el cuarto párrafo, a diferencia de los anteriores, se refiere al supuesto de incapacidad absoluta, donde la prestación laboral resulta imposible, y el vínculo se disuelve con indemnizaciones normales.

El presente análisis se centrará exclusivamente en las hipótesis contempladas en los párrafos primero a tercero, es decir cuando resultare una disminución definitiva y parcial en la capacidad laboral del dependiente y las consecuencias que de ella se pudiera generar en el contrato de trabajo.

V. Condición de aplicación de las normas complementarias.

A los fines de la aplicación articulada de las normas propias de la Ley de Contrato de Trabajo y del sistema de reparación de infortunios laborales, necesariamente la incapacitación del dependiente debe tener como origen un infortunio laboral.

La Ley de Riesgos del Trabajo, en su artículo 6º, define los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales considerando accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo.

Asimismo, se consideran enfermedades profesionales a aquéllas que se encuentran listadas, permitiendo bajo determinados supuestos la incorporación de enfermedades no listadas.

VI. Elementos complementarios al art. 212 LCT

La complementariedad propuesta de las normas implicará que determinados conceptos adquieran un matiz propio del sistema de riesgos del trabajo, así como un procedimiento de determinación particular.

a. Carácter definitivo de la incapacidad

La complementariedad entre la Ley de Contrato de Trabajo y la Ley de Riesgos del Trabajo, decretos reglamentarios y resoluciones de la SRT resulta de suma trascendencia en este punto.

Por antonomasia puede definirse como incapacidad definitiva a aquella que no es temporaria. Sin embargo, la Ley de Riesgos de Trabajo luego de agotado el periodo de incapacidad laboral temporaria establecía un periodo entre aquella y la situación de incapacidad laboral permanente, a la que definía como incapacidad laboral permanente provisoria. Este período anómalo generó discrepancias interpretativas acerca de cuándo se configuraría la situación requerida en la Ley de Contrato de Trabajo, si al agotarse el periodo de incapacidad laboral temporaria o al agotarse la provisoriedad de la incapacidad permanente.

La sanción del decreto reglamentario 472/2014 que en su art. 2.1 del Anexo, estableció que: *“Considérase que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, para las contingencias posteriores a la misma, la Incapacidad Laboral Permanente no tendrá situación de*

provisionalidad", puso punto final al distingo interpretativo.

Entonces, según lo normado en el art.7º de la ley 24.457 (según Ley 27.348) la situación de incapacidad laboral temporaria, finalizará por: a) Alta Médica, b) Declaración de Incapacidad Laboral Permanente, c) Transcurso de dos años desde la primera manifestación invalidante y, d) Muerte del damnificado.

Ahora, como el alta médica puede ser controvertida por el damnificado, en cuyo caso será la Comisión Médica Jurisdiccional actuante quien determinará la justeza del Alta Médica y en su caso determinará la situación de incapacidad laboral permanente; mientras no se agote el plazo impugnativo o se expida la Comisión Médica Jurisdiccional, el trabajador no se encontraría en situación de incapacidad laboral permanente.

b. Carácter parcial de la incapacitación.

El carácter parcial de la incapacitación se define en la Ley de Riesgos del Trabajo por exclusión, al definir como total aquella que iguale o supere el 66% de la Total Obrera (art.8º LRT). En el supuesto de incapacidad total, se configuraría la hipótesis del 4º párrafo del art. 212 de la LCT, por lo que se excluye su análisis.

c. Proceso de recalificación / reubicación.

Las Res. SRT 216/03 establece, en consonancia con el Convenio 159 de la OIT, un procedimiento tendiente a la reubicación y eventualmente la recalificación de los trabajadores impedidos.

El procedimiento es definido como un proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios para que los trabajadores afectados por accidentes o enfermedades profesionales puedan obtener, ejercer y conservar un empleo adecuado.

La finalidad primera del procedimiento es lograr la reubicación del trabajador siniestrado dentro de la organización a la que pertenece y recién luego de agotado el procedimiento, y frente a una real imposibilidad del empleador, recalificar al dependiente. (art.7º inc. e)º. El procedimiento tiene como partes integrantes a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, al empleador ya sea asegurado, autoasegurado o no asegurado, y al trabajador.

El proceso puede iniciar durante el periodo de incapacidad laboral temporaria (art.5º) y consta de las siguientes etapas: a) Evaluación; b) Orientación; c) Análisis Ocupacional y adecuación del medio laboral; d) Capacitación (art. 7); e) Colocación; y durará un mínimo de tres meses, hasta un año.

Durante el periodo de Evaluación, se determinarán las capacidades y posibilidades físicas, mentales, psicosociales y profesionales que posee el afectado, realizando el profesiograma correspondiente. Se evaluará la capacidad funcional residual y las aptitudes del trabajador con el fin de establecer su posible desempeño profesional cuando se encuentre en condiciones efectivas de reiniciar su vida laboral.

9 Cam. Única del Trabajo, Córdoba, Sala VII, "Ortiz Carlos Ariel c/ Prevención ART S.A. - Ordinario - Accidente - Ley de riesgos", 5/6/2006: "Aparece por lo tanto incumplida la Res. SRT 216/03 referida a la materia y en lo que hace a evaluación, orientación, capacitación y colocación y seguimiento (art. 7). ... Es decir, se trata de obligaciones de procurar un resultado en los planos médicos, de rehabilitación y recalificación profesional y en el marco de un sistema que debe atender integralmente a las víctimas de accidentes y enfermedades...".

En la fase de Orientación: se efectuará un pronóstico con relación a las actividades que el damnificado pueda y quiera desarrollar, de acuerdo con las posibilidades de formación profesional, de empleo existentes o necesidades laborales en la zona donde habita o donde pueda desarrollarlas.

La etapa de Análisis Ocupacional y Adecuación del Medio Laboral comprende el relevamiento de los posibles puestos de trabajo valorando los requerimientos y oportunidades concretas de éstos y su entorno con el objeto de adecuar, en caso necesario, el medio laboral para ser ocupado por el siniestrado. Tal adecuación debe comprender infraestructura técnica que asista o supla movimientos y/o funciones que el trabajador no pueda ejecutar.

Durante el periodo de Capacitación se procurará instruir al trabajador, teniendo en cuenta las condiciones físicas y educativas lo permitan, brindando un menú de opciones orientado a que el trabajador siniestrado logre la aptitud que le permita mejorar su oportunidad de reintegrarse a la vida laboral activa, sobre la base de una tarea igual o superior a su nivel de formación previo al del accidente.

Finalmente, en la fase de Colocación: Se promoverá la reinserción del trabajador siniestrado al puesto de trabajo que ocupaba en el mismo establecimiento; de no ser posible, se evaluará a través de las habilidades del damnificado la posibilidad de reinserción laboral en otro puesto de trabajo.

La etapa final del proceso requiere de la participación de la empleadora quien, previo informe de la aseguradora acerca de las capacidades funcionales del dependiente, deberá en un plazo máximo de 15 días hábiles informar, si dará curso a la reubicación laboral y, de no ser posible dicha reubicación, indicará los motivos que la imposibilitan.

Si la empleadora no pudiera efectuar la reubicación, el damnificado será capacitado en un nuevo oficio debiendo recibir las herramientas adecuadas para poner en práctica su nueva instrucción; de verificarse que el trabajador conozca un oficio previo y conserve las capacidades funcionales para ejercerlo, se lo proveerá de las herramientas suficientes para que pueda desempeñarlo. En todo caso la A.R.T. o el Empleador Autoasegurado estará obligado a cubrir el valor de las herramientas hasta la suma equivalente a 8 veces el valor del haber mínimo garantizado que periódicamente determine la Anses.

Efectuada la reubicación el Área de Recalificación Profesional de la Aseguradora realizará, por un período de sesenta días a partir del reingreso laboral del damnificado, el seguimiento de la reubicación laboral a fin de verificar las condiciones de trabajo, remitiendo informe de esta evaluación a la S.R.T.

El informe de la empleadora acerca de las posibilidades de efectuar la reubicación del trabajador siniestrado debe tener como fundamento los requerimientos contemplados en el Art. 14 del Anexo I de la Res. 905/2015 de la SRT, es decir una evaluación y análisis de alternativas de readaptación del puesto de trabajo o cambio de tarea. Asimismo, deberá basarse en los requerimientos médicos de los puestos de trabajo – Profesiograma – (Art. 4 Anexo III Res. SRT 905/2015).

d. Dictamen de Comisión Médica.

El dictamen de Comisión Médica Jurisdiccional es el acto administrativo jurisdiccional que: a) califica el accidente o enfermedad como de origen laboral o in itinere; b) determina el carácter de definitivo de la posible incapacidad resultante; c) establece el porcentaje de incapacidad y, d) determina los factores de ponderación entre los que se encuentran la necesidad de reubicación y recalificación del dependiente. (arts. 20/21 LRT, Res SRT 179/2015 (B.O., 26/4/2015), art. 8º Ley de Riesgos del Trabajo; decreto 49/14 Anexo II (B.O., 20/1/2014).

En efecto, tanto la posibilidad de reubicación del dependiente como la necesidad de recalificación constituyen factores de ponderación dentro del baremo de determinación de porcentajes de incapacidad, influyendo en consecuencia en el valor final de la posible reparación económica.

VII. Conclusiones

La aplicación en conjunto de las normas analizadas regla un procedimiento especial para reputar como justificado el despido de un trabajador imposibilitado según las previsiones del párrafo 2º del artículo 212 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En el sistema propio de la Ley de Contrato de Trabajo, frente a un accidente o enfermedad de carácter inculpable, se determinará la minusvalía y su carácter permanente, sin un procedimiento preestablecido, por lo que el empleador podrá optar por reubicar al dependiente o proceder a su despido. Esa decisión podrá ser revisada judicialmente, siempre teniendo en consideración que: *“En el espíritu que inspira la norma del art. 212, no interesa para qué tipo de tareas haya sido contratado el trabajador, sino cuales hayan de ser aquellas que pueda realizar después de una enfermedad o accidente a efectos de hacer primar la continuidad del vínculo sobre su disolución. Y, sin desmedro sustancial de las facultades de organización que le reconoce la ley al empleador (art. 65 de la LCT), la norma de cuya aplicación específica aquí se trata, lo condiciona en medida razonable...”*¹⁰

Sin embargo, cuando el accidente o enfermedad incapacitante ha sido de carácter laboral, existe un proceso previo para la justificación de una eventual ruptura del contrato de trabajo.

Es así que, determinado el carácter definitivo de una incapacidad, ya sea en forma previa o con posterioridad al dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional, se deberá transitar por los pasos definidos en la Res. SRT 216/03.

En su caso, el empleador deberá informar a la Aseguradora la imposibilidad de reubicación y justificar su proceder en informes elaborados según las previsiones de la Res. SRT 905/15. Eventualmente se deberá aguardar el dictamen de Comisión Médica que determine la necesidad de reubicación o de recalificación del trabajador, si es que el proceso inició antes del dictamen.

El dictamen de Comisión Médica Jurisdiccional adquiere entonces un valor trascendental en tal contexto porque es el organismo administrativo el encargado de precisar no solo la fijeza del alta médica que cierra el periodo de recuperación del trabajador, sino tam-

10 CNTrab., Sala VII, “Taboada, Lucas c/ Nueva Chevallier S.A. s/ Despido”, Expte. N° 17.524/08, Sent. N° 41.805, 13/5/2009.

bién el carácter definitivo de la invalidación y fundamentalmente la necesidad o no de reubicación o recalificación del dependiente imposibilitado.

Adviértase la incongruencia que se generaría si el empleador *motu proprio* tuviera por acreditado el carácter definitivo de una situación médica, el grado de incapacitación y la imposibilidad de reubicación, frente a un dictamen administrativo que revirtiera el Alta Médica, o que considerara que no existe incapacidad, o bien que el trabajador no amerita reubicación o recalificación¹¹.

El tránsito por un proceso previo antes de una desvinculación no es extraño a la normativa laboral. Por ello, según lo normado en la ley 24.013 en las condiciones fijadas por la norma, el despido por causas económicas que conlleve indemnizaciones reducidas requiere en forma previa el agotamiento del proceso preventivo de crisis¹². En idéntico sentido, a partir de la reforma procesal laboral en la Provincia de Córdoba, el reclamo de indemnizaciones emergentes del art. 212 4º párrafo de la LCT, requiere del dictamen médico administrativo (art. 83 bis inc. "d" de ley provincial 7987 modificada por la ley 10.596 (B.O., 27/12/19), cuya implementación se encuentra suspendida a la fecha.

La interpretación propuesta permitirá no sólo reducir la litigiosidad sino sobre todo asegurar los fines propios de la Ley de Riesgos del Trabajo, tales como propender a la rehabilitación, recalificación y recolocación del trabajador damnificado (art. 1 inc. "b" y "c" LRT); en respeto por: la dignidad del trabajador (art. 14 Bis de la C.N), la continuidad del contrato de trabajo (art.9º, LCT), permitiendo a la persona incapacitada conservar un trabajo adecuado e integrarse a la sociedad (art.1º Convenio OIT N°159), otorgando un mayor grado de certeza al empleador en caso de desvinculación y una protección acabada al dependiente en cumplimiento con el principio *pro homine*.

11 C.Ap. Sala Laboral, Concepción del Uruguay, "Grizzia Enrique Jose vs. Yabito S.A. s/ rubros adeudados e idnemnizaciones" RC J 26350/09 que dijo: "...lo cierto es que, aun cuando pueda darse por sentado que el infortunio laboral que padeció el demandante le dejó una minusvalía incapacitante, nadie sabía en septiembre de 2015 la entidad de la misma (su porcentaje respecto de la total práctica) y, más relevante todavía, nadie sabía que carácter poseía, es decir si era definitiva o temporal. Esto no es de poca importancia dado que la demandada debió tener certeza sobre la inmutabilidad del estado mórbido que presentaba Cepeda para descartar la posibilidad de que su dolencia remitiera. Aparte de esto, y más importante para la resolución del presente caso, la ignorancia (o incerteza, para el caso da igual) de la demandada, al 11-9-2015, sobre la cuantía de la incapacidad que afectaba la salud práctica del demandante torna injustificado su accionar al dejar sin sustento la afirmación respecto a no contar con "tareas livianas". Porque si se ignora el grado de minusvalía de un trabajador y el certificado de alta nada especifica ¿cómo puede determinarse que tareas puede o no hacer?. En resumen: nunca pudo saber Yabito S.A. si tenía o no tareas acordes a la incapacidad del trabajador cuando no contaba con tan esencial información..."

12 TOSELLI, Carlos Alberto – SOLÁ TORINO, Victorino, Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del distracto", Alveroni. Córdoba, 2009, "El complejo positivo laboral, en consecuencia, absorbe el estado de crisis empresarial, en las condiciones preapuntadas, mediante el diseño de figuras típicas que causan, primero, la suspensión del contrato de trabajo⁴⁰, funcionando en esta etapa como elemento técnico justificante del daño, y segundo, el despido tarifado con una indemnización reducida, instrumentando una eximente parcial de responsabilidad, cuando ambos respondan a causas de fuerza mayor, falta o disminución de trabajo no imputable o tecnológicas y con la sustanciación, preliminar a su comunicación, de un mecanismo procedimental dirigido a la protección de la estabilidad de los trabajadores y a la defensa de la empresa ante la situación económica desfavorable mediante la resolución del estado conflictivo patrimonial o técnico del giro empresario, de estructura administrativa e instancia negocial, interrumpiendo la posibilidad de medidas de acción directa por parte de los operarios y las suspensiones o despidos de incidencia pluriindividual por parte de la empresa. Tal tipología laboral se articula en el régimen de la Ley N° 24.013 por intermedio del procedimiento preventivo de crisis."

LAS REFORMAS DE LA LEY 10.596 EN MATERIA RECURSIVA

Rosalía A. Pécora¹

Sumario: I. El recurso de reposición. II. El recurso de apelación. III. El recurso de casación.

Resumen: El objeto del presente es sistematizar las reformas introducidas por la ley provincial 10.596 en todo lo referido a los recursos ordinarios y extraordinarios en el procedimiento laboral de la Provincia de Córdoba. El recurso de reposición no ha sufrido modificación en la reforma procesal, salvo en lo atinente al PDA, que no será concedido con efecto suspensivo. El recurso de apelación presenta innovaciones, tanto en cuanto a la incorporación de nuevas resoluciones objeto de este recurso como a la tramitación diferencial de la apelación de la sentencia dictada en el marco del PDA. Por último, en materia de recurso extraordinario de casación, se introduce un nuevo motivo casatorio específico para el PDA reglado en el Capítulo Sexto previsto para sentencias contrarias a la aplicación hecha por el Tribunal de la Causa, otros Tribunales y el TSJ.

Palabras clave: Reforma. Recursos. Reposición. Apelación. Casación.

Este trabajo no pretende consumir la materia recursiva que es extensa e inagotable, sino que buscamos sistematizar, de modo preciso y concluyente, las reformas introducidas por la ley provincial 10.596 en todo lo referido a los recursos ordinarios y extraordinarios en el procedimiento laboral de la Provincia de Córdoba.

A fin de despejar dudas diremos que ninguna modificación en materia de plazos de interposición han sufrido estos remedios impugnativos: tres días para el recurso de reposición, cinco días para la interposición del recurso de apelación y diez días para plantear el recurso de casación.

Haremos entonces un breve repaso sobre cada uno de ellos en el marco de la reforma procesal (ley 10.596) que aún espera su implementación y vigencia.

I.- El recurso de reposición.

El recurso de reposición (arts. 91 y ss, LPT) es aquel que tiene lugar en contra de las providencias dictadas sin sustanciación, a fin de que el juez o tribunal que las haya dictado, las revoque o modifique por contrario imperio.

Este remedio procesal, en principio, no ha sufrido modificación alguna, ya que incluso es-

¹ Abogada (UNC), docente de DTySS, Facultad de Ciencias Económicas, UNC, abogada litigante, publicista.

taba previsto para ser interpuesto en las audiencias –de conciliación y de vista de causa-, que debía ser resuelto, en el mismo acto, inmediatamente después de oídas las partes.

Este mismo recurso se deduce en las audiencias de prueba –de exhibición y de reconocimiento- una práctica judicial que está siendo dejada de lado en virtud de la implementación del expediente electrónico –que facilita la incorporación y control de la documentación- y de las medidas de Aislamiento y Distanciamiento provocadas por la declaración de Pandemia del Covid 19 (Dec. 260/2020).

La audiencia única del art.83 quinquies prevé que el juez de Conciliación y Trabajo decida en ese acto procesal sobre la producción, denegación y sustanciación de la prueba ofrecida.

Esa decisión es susceptible de recurso de reposición el que deberá interponerse y resolverse en ese mismo acto, luego de ser oída la contraria.

Pero esta resolución no es apelable, sino que el afectado debe efectuar reserva de acusar el agravio en el eventual recurso de apelación contra la sentencia. Por lo tanto, en esta modalidad, no tiene efecto suspensivo, ni se deduce con apelación en subsidio.

Podemos concluir además, que los proveídos y resoluciones que impulsan el proceso, dictados en el marco del PDA (Procedimiento Declarativo Abreviado con Audiencia Única) previsto en el Capítulo Sexto, no admiten la reposición con apelación en subsidio (art. 93), ya que el art. 83, septies, establece que sólo es apelable la sentencia. Una reposición rechazada hará ejecutoria y únicamente deja margen para hacer reserva de acusar agravio en la sentencia.

II.- El recurso de apelación.

Este recurso procede contra las resoluciones del Juez de Conciliación y Trabajo, siempre que causen un gravamen irreparable o expresamente sean declaradas apelables.

La reforma ha introducido grandes cambios en este recurso.

El recurso de apelación es el carril de impugnación por excelencia y a través de él se intenta la revocación y sustitución de una decisión judicial que es llevada a cabo por mediación de un superior jerárquico y a pedimento de parte². El superior jerárquico tendrá la posibilidad de revisión amplia (ilegitimidad o injusticia) incluyendo el control de la fijación de los hechos, pero siempre en torno los extremos introducidos en demanda, contestación y prueba.

Se incorporan las nuevas medidas probatorias que pudieran admitirse por haber sido negadas en la instancia anterior indebidamente. La reforma recepta la hipótesis del art.83 septies, 5° párrafo.

Es decir que, cuando la apelación incluya agravios por denegación de medidas de prueba, la Cámara podrá disponer lo pertinente para que las pruebas denegadas se reciban ante ella y siempre que se efectúe la pertinente reserva del art. 83 quinquies, párrafo 7°

2 HITTERS, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios", Platense, La Plata, 1985, p. 251, citado por CAMPAZZO, Rossana Gabriela en AA.VV., Ley Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba, SECO, Ricardo Francisco (director), VITALE Silvia E. y MOYANO, Edith A. (coordinadoras), Advocatus, Córdoba, 2008, T.II, p.362.

última parte y lo que éstas luego fijen como materia de agravio, que delimitará la competencia del superior.

El art. 94 que dispone las condiciones de procedencia de este recurso, no sufrió modificación alguna.

Debió hacerlo, ya que debió decir, Juez de Conciliación y Trabajo.

Pero en definitiva, en lo sustancial, el recurso de apelación siempre procede contra las resoluciones del juez de Conciliación y Trabajo –nunca de la Cámara del Trabajo–, en la medida que hayan sido dictadas con sustanciación (excepto art. 53) y causen gravamen irreparable o que expresamente hayan sido declaradas apelables.

No es la temática de este breve trabajo, pero vale la pena citar a los especialistas³ para definir las condiciones generales del gravamen irreparable en la casación, pero que vale como doctrina aplicable: 1. El menoscabo o perjuicio sufrido por la decisión; 2. Interés jurídico concreto del afectado; 3. Que el perjuicio debe ser actual y definitivo, es decir que no se diluya con una resolución posterior, definitiva y favorable, o que surja eventualmente, de una decisión final desfavorable, para la que subsistan vías extraordinarias de impugnación; 4. Verificado lo anterior, no deben subsistir vías ordinarias para la satisfacción del interés.

En materia de aquellas resoluciones que son expresamente declaradas apelables, la modificación proviene del juego de la normativa aplicable al Procedimiento Declarativo Abreviado con Audiencia Única (PDA), cuyas resoluciones –salvo la resolución que lo ordinariza y la sentencia– son inapelables (art. 83 septies).

Entonces, para hacer una breve síntesis de cuales son aquellas resoluciones apelables anteriores a la reforma, diremos:

- i. La resolución o petición en el marco de un incidente de nulidad (art. 37).
- ii. La resolución de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 38).
- iii. La resolución dictada en el procedimiento especial de desalojo laboral (art. 80).
- iv. La resolución las acciones referidas a la libertad sindical (art. 83) (amparo sindical, acción de reinstalación, acción de exclusión de tutela sindical, querrela por práctica desleal).
- v. Las regulaciones de honorarios y la imposición de costas (art. 3º inc. 2), en todas las resoluciones definitivas del Juez de Conciliación y Trabajo, por ejemplo, en el Juicio Ejecutivo.
- vi. La resolución de las medidas cautelares (art. 3 inc. 2).

En virtud de la modificación introducida por esta reforma procesal, serán asimismo apelables:

- i. La resolución que decide ordinarizar el PDA, supuesto previsto en el cuarto y quinto párrafo del art. 83 quinquies: En los supuestos previstos en el artículo 83 bis, cuando se encuentre alegada la deficiente registración de la relación laboral, la existencia de deudores solidarios o cuestionado el encuadramiento convencional o la categoría profesional del trabajador, y atendiendo a la complejidad del caso, el Juez podrá,

3 TOSTO, Gabriel A., "Gravamen irreparable. Una aproximación conceptual desde el análisis jurisprudencial en el contexto del recurso de casación en materia laboral" en: Tosto, Gabriel, Marcellino, Verónica y Keselman, Sofia Andrea, Recursos Extraordinarios en el Procedimiento Laboral de Córdoba, Alveroni Ediciones, 2ª edición actualizada, con la colaboración de Grassis, Pablo Martín, Córdoba, 2009, p. 507.

una vez intentada y fracasada la conciliación, mediante resolución debidamente fundada, determinar la continuación del trámite por el procedimiento ordinario, el que se hará de conformidad a lo previsto en los artículos 53 y siguientes de la presente Ley. La resolución que así lo disponga será recurrible en apelación ante la Cámara del Trabajo.

ii. La resolución o decreto de trámite que deniegue o sustituya alguna prueba (art. 53, 2° párrafo). La ley anterior sólo se limitaba a la denegatoria de prueba. Esta norma amplía las facultades del Juez, que puede sustituir pruebas por otras que considere pertinentes para la averiguación de los hechos controvertidos. Para esta decisión procede el recurso de reposición y el de apelación, siempre que se trate del proceso ordinario u otro especial, pero está excluido en el PDA, que sólo admite la reposición debiendo el afectado hacer reserva de acusar el agravio en el eventual recurso de apelación de la sentencia.

iii. La resolución dictada en el marco del procedimiento sumario del art. 83, referida a la discrepancia de las prestaciones en especie en el Régimen de Riesgos del Trabajo.

iv. La sentencia del Procedimiento Declarativo Abreviado con Audiencia Única (PDA) (art. 83, septies).

Este recurso tiene esencialmente efecto suspensivo, salvo en casos expresamente previstos, tales como las resoluciones relativas a medidas cautelares y ahora, este recurso se concede al solo efecto devolutivo y en favor o protección exclusiva del trabajador en los supuestos previstos en el art. 83 bis, incs. f), k) y l). Esto quiere decir que puede ser ejecutada por el trabajador y sin necesidad de contracautela⁴. Giletta considera la calidad oficiosa del procedimiento, razón por la cual, si el trabajador decide continuar, le ordenará al interesado la formación del cuerpo de copias en los términos del art. 369, CPCC. Pero debe quedar claro que el trámite de oficio está reservado al recurso de apelación, no a la ejecución de la sentencia, que continua siendo dispositiva en el proceso adjetivo que nos ocupa.

Serán concedidas con efecto devolutivo, las siguientes sentencias del PDA:

- i. Resoluciones de los jueces de conciliación y del trabajo que resuelvan demandas fundadas en el art. 66 de la LCT para el restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas (inc. f);
- ii. Demandas con fundamento en Régimen de Riesgos del Trabajo, ya sea por accidente de trabajo o enfermedad profesional, rechazados por la Comisión Médica Jurisdiccional (CMJ) con relación a la contingencia, hecho generador, relación causal, o calificación médico-legal (inc. k);
- iii. Demandas derivadas del Régimen de Riesgos del Trabajo cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional estuviere reconocido por la Comisión Médica Jurisdiccional dependiente de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y se cuestione exclusivamente la determinación del grado de incapacidad según los baremos o el monto de la indemnización correspondiente según las tarifas legales y en función de la remuneración denunciada en la instancia administrativa (inc. l).

El trámite otorgado al recurso de apelación se bifurca, según se trate del recurso general previsto en el art. 94 y hasta el art. 97, CPT o se trate del recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en el PDA.

⁴ GILETTA, Ricardo Agustín, en AA.VV. Código Procesal del Trabajo de Córdoba. Comentado y concordado, ARESE, César (director), Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2019, T.II, p. 382.

El que nos ocupa, está establecido en el art. 83 septies. En primer lugar, ordena plazos fatales para el avocamiento (diez días) y la resolución (veinte días).

En segundo lugar, cuando la apelación incluya agravios por denegación de medidas de prueba, la Cámara podrá disponer lo pertinente para que las pruebas denegadas se reciban ante ella. Las decisiones sobre pruebas suspenden el plazo para resolver hasta tanto se tramiten y se produzcan los alegatos respectivos. En ningún caso la suspensión podrá exceder del plazo de sesenta (60) días desde que se dispuso la medida, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 83 sexies, último párrafo de la presente Ley y el apercibimiento contenido en el tercer párrafo del artículo 83 quinquies. Es decir que la CDT tendrá la obligación de tramitar y diligenciar pruebas tanto orales como escritas, tales como testimoniales, confesionales, traslados de documental, exhibiciones, diligenciamiento de pericias, oficios, etc., previo a resolver el recurso de apelación.

Coincidimos con Giletta respecto a los desafíos y complejidades de volver a valorar la prueba oral diligenciada en la primera instancia, cuando los argumentos recursivos contengan cuestionamientos sobre los dichos de los testigos, partes o peritos o incidentes planteados en la audiencia videograbada. Será necesaria la reglamentación o una ulterior modificación impulsada por el seguimiento previsto art.19, de la ley 10.596.

También concordamos con el autor en la dificultad de haber instaurado en las Cámaras del Trabajo la convivencia de la función de Tribunal de juicio oral, generalmente integrado como tribunal unipersonal, con el rol de control de alzada, en forma colegiada, con diligenciamiento o reedición de pruebas –orales o escritas- y/o revisión de pruebas orales pregrabadas, agudizando de esta forma, el atraso sostenido de este fuero, ya que no se ha previsto la consecuente partida presupuestaria para la creación de nuevas estructuras que perfeccionen la existente desde hace casi treinta años (en 1991 se crearon las salas 9ª, 10ª y 11ª).

III.- El recurso de casación.

Este recurso extraordinario también ha sufrido en la reforma una importante modificación, ya que la ley 10.596 adicionó a los motivos casatorios tradicionales, uno específico para el PDA reglado en el Capítulo Sexto.

La nueva causal incorporada autoriza la denuncia por inobservancia o errónea aplicación de la ley, sustentada en el inc. 1º del art. 99, sólo “cuando el fallo se funda en una aplicación de la ley que sea contraria a la hecha, dentro de los cinco años anteriores a la resolución recurrida por el propio Tribunal de la causa, por el Tribunal Superior de Justicia en ocasión de un recurso fundado en la causal anterior”.

Esta causal, tal como surge del propio texto legal, permite el cuestionamiento de la sentencia que resuelve el recurso de apelación de la sentencia definitiva, dictada en el PDA, siempre que el intento se justifique en una interpretación contradictoria de la ley, es decir que la causal está vinculada al Inc. 1 del art. 99, LPT.

Es necesario entonces, mostrar un error de derecho, o sea, una inexacta interpretación de una norma objetiva o una incorrecta aplicación por incurrir el Tribunal en error al subsumir los hechos en la norma o cuando se equivoca en la calificación jurídica del caso objeto de decisión⁵.

5 DIAZ, Silvia Liliana, en AA.VV. Código Procesal del Trabajo de Córdoba. Comentado y concordado, ARESE, César (director) ARESE, Cesar, Director, Rubinza- Culzoni, Santa Fe, 2019, T.II, p. 482.

Como lo destaca la autora citada, esta causal no avanza sobre los hechos fijados por el Tribunal. Debe además demostrarse la trascendencia del error jurídico que se denuncia, el cual debe tener carácter dirimente en la decisión del Juicio.

Es por ello importante desarrollar por separado cada motivo casatorio ya que un rubro reclamado puede haber prosperado y otros no, en base al error jurídico eficazmente acreditado.

La nómina de los tribunales de los cuales puede provenir la interpretación disímil son: el propio Tribunal de la Causa, las restantes Salas o Cámaras del Trabajo de cualquier Circunscripción dentro del territorio de la Provincia de Córdoba y las Sentencias del Tribunal Superior de Córdoba, como Sala o en Pleno.

La antigüedad del pronunciamiento señalado debe ser de hasta cinco años.

Además, esta reforma ha incorporado un supuesto independiente sin límite temporal: la posibilidad de cuestionar una sentencia que contraríe la última exégesis legal efectuada por el TSJ, con motivo de un recurso fundado en la interpretación contradictoria reglada en el art. 93, último párrafo.

Ello derivado de la función nomofiláctica del máximo órgano provincial.

Cabe a este respecto hacer una crítica al actual sistema: las sentencias de los jueces laborales no son fácilmente accesibles al público en general.

Ello tiene una razonable explicación a nuestro criterio: podría terminar siendo un registro de conflictos laborales mal utilizados y con fines indebidos. Pero tampoco existe en la actualidad una oficina de jurisprudencia que sistematice estos fallos para la utilidad de los operadores del derecho. Una reforma que debió articularse conjuntamente con la causal creada.

Presentación de libro

ELOGIO DE LA EVOLUCIÓN

*El enfoque de proactividad laboral
(Basado en hechos reales)
OSLO Editores, Buenos Aires, 2019*

Fabián LLANOS

Contenido de la obra:

“Elogio de la evolución” tiene su punto de partida, y lo conforman aquellos conceptos que actualmente están en boga, o bien son los más reconocidos en los ámbitos académicos y sociales para tratar las cuestiones relacionadas con agresión y violencia en los lugares de trabajo.

Me refiero concretamente de *mobbing*, acoso moral y violencia laboral. Ellos, sin duda son los más reconocidos, e incluso citados hasta en fallos judiciales, aunque, encuentro algunas falencias o debilidades en sus contenidos, lo que puede derivar en inconvenientes al momento de intentar aplicaciones prácticas en materia de prevención o tratamiento de las situaciones o manifestaciones de agresión y violencia que se presenten en los lugares de trabajo.

No está mal que se hayan ganado un lugar en los medios académicos, porque ellos nos permitieron darles nombres a cosas que pasaban en los lugares de trabajo, que no sabíamos ni cómo se llamaban. Es sustancial el papel cumplido por los términos *mobbing*, acoso moral y violencia laboral, y de quienes llevaron adelante estas investigaciones, y porque de alguna forma intentaron e intentan (porque todavía se usan) responder a las situaciones de agresión y violencia. No se niega eso. Pero a la vez, no debemos limitarnos a lo ya conocido, los conceptos e ideas también evolucionan, van creciendo por los caminos que fueron marcando otros.

Entender así las cosas permite tomar posición en un lugar donde todo se puede repensar, modelar de nuevo, y llegar a transformar en una estructura aceptada desde el propio origen de su naturaleza. En ese camino es concebible la evolución hacia una nueva perspectiva dentro de un espacio teórico y práctico abierto.

Las leyes de violencia laboral en Argentina y los protocolos de actuación ante casos de violencia laboral viven una ficción de la legalidad, supuestamente amparan a las perso-

nas que trabajan, de actos agresivos y violentos, pero en realidad tienen un exiguo vigor por imprecisiones conceptuales que las hace inertes. Es preciso saber de qué hablamos, o a qué nos referimos para actuar adecuadamente sobre un problema.

¿Por qué elogio de la evolución?

Porque al identificar adecuadamente qué es agresión y en qué momento hablar de violencia, vas a estar en condiciones de ponerles coto a todas esas situaciones o actos negativos de las personas en situación de trabajo.

Además porque el abordaje de los objetos no puede ser aislado, sino que tiene que verse como parte de un todo, y es en ese sentido que cobra relevancia el *enfoque sistémico de proactividad laboral*. Este tiene una mirada proventiva, y no actúa conceptualmente aislado. Efectúa una diferenciación entre agresión y violencia, no son lo mismo. Más aún, la diferenciación entre agresividad positiva y agresividad negativa queda explicitada en el concepto de agresiones nocivas. Esta agresión correctamente canalizada conduciría a la obtención de logros, es decir que, “son las agresiones nocivas las que podrían ocasionar perturbaciones en las personas, esto es, afectaciones directas a los criterios contenidos en el paradigma del trabajo decente”¹.

En la correcta canalización, es donde opera la provención, un abordaje a través del modelo de proactividad laboral por competencias (MPLC).



También revisa toda la legislación de violencia laboral vigente, y es cierto, opone una crítica severa, pero a ello ofrece como alternativa un entramado normativo que tutela los ejes de dignidad, equidad, libertad y seguridad, contenidos en el concepto de agresiones nocivas, y en el de trabajo decente. Una alianza en la que se retroalimenta la fuerza de ambos conceptos.

¹ LLANOS, No se puede ser tan distinto sin ser tan igual, RDLySS, Abeledo Perrot, n° 10, mayo 2012, p. 3.

El enfoque está consustanciado con el derecho internacional de los derechos humanos laborales, convenio de la OIT, y explica su aplicabilidad.

Esa mirada también entrega un encuadramiento de actos agresivos nocivos y genuinos actos violentos, según se vulnere la dignidad, equidad, libertad y seguridad de las personas en situación de trabajo. De allí que explicita, con precisión quirúrgica que la discriminación en una forma de agresión nociva, y no una forma de violencia laboral como se entiende habitualmente.

Para alimentar un poco más la polémica, aunque no sólo en sentido filosófico, ingresa al campo del derecho colectivo del trabajo, y plantea la falta o ausencia de libertad sindical como una forma de agresión nociva, en la danza de la democracia sindical.

Es cierto también, no todo es agresión nociva, esto aparece aquí, y ello queda fundamentado con simpleza y certeza a la vez, porque algunos fenómenos son parecidos, pero finalmente no son lo mismo.

Elogio de la evolución, porque tu enfoque determina tu realidad, un enfoque de proactividad laboral donde las ideas se trabajan...y los sueños también, ese sueño en el que las personas en situación de trabajo se vean liberadas de situaciones de agresiones nocivas y violentas..."estoy trabajando en un sueño aunque sienta que los problemas están aquí para quedarse"².

Es por un proceso de evolución, basado en hechos reales, de aprendizaje acumulativo, de mejoras adicionales, y de búsqueda de maestría, que en esta película los resultados estarán a nuestro favor.

CONTINUARÁ...

² Traducido de la canción "Working on a dream" publicada en el álbum del mismo nombre en el año 2009 grabado con la E Street Band. Autoría del cantante, músico y compositor estadounidense Bruce Springsteen.



UNIVERSIDAD
Blas Pascal

Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar