

AÑO 3_Nº 3

Octubre 2021

ISSN (Ver. online): 2683-8761

REVISTA DE ESTUDIO

30 AÑOS _ *Saber y Saber Hacer*



REVISTA de ESTUDIO de

Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

LABOR LAW AND PROCEDURAL LABOR LAW DOSSIER

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 3 · Nro. 3 · Octubre 2021 // ISSN (Versión online): 2683-8761

REVISTA *de* ESTUDIO *de*

Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

Comite Editorial

- **Director:** *Prof. Dr. Ricardo Francisco Seco*
- **Editor:** *Prof. Ing. Esp. Néstor Pisciotta*

Coordinadores

- *Ab. Esp. María Valeria Yadón*
- *Ab. Esp. Edder Hernán Piazza*

Consejo Científico

- *Dr. Rolando Gialdino (Universidad de Buenos Aires)*
- *Prof. Ing. Néstor Pisciotta (UBP)*
- *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)*

Diseño y Diagramación

- *Mauricio Tagliavini, DG*



Copyright © 2021 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

A tres años de la creación de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral en el ámbito del Instituto de Investigaciones en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal, si miramos para atrás en el tiempo se advierte sin hesitar que hemos hecho mucho camino al andar.

No es una tarea individual sino de muchas personas.

Es ésta la tercera vez que cumplimos con uno de los objetivos establecidos para la Sala en la resolución primigenia, como es una revista anual, la que se hace en soporte digital. A pesar de la pandemia del Covid-19, las actividades de la Sala, desde 2020 y en 2021 se incrementaron y ampliaron en cantidad y extensión territorial, al menos virtualmente.

El tercer número de la revista recoge varias de las exposiciones que se hicieron en las reuniones plenarias del ciclo 2020 y de inicios de 2021.

Además hay otros interesantes y actuales artículos de los miembros de la Sala, todos referidos al Derecho Laboral y al Derecho Procesal Laboral.

Hay escritores jurídicos de la provincia de Córdoba, pero también de las de Mendoza y Santa Fe.

No sólo son argentinos, sino que tenemos en este número artículos de letrados y docentes de Uruguay y Brasil.

Ellos representan sólo una parte, aunque muy destacada, de los letrados provenientes de toda América y de España que en estos dos años últimos han participado de las actividades de la Sala.

Seguimos en pandemia y en el Derecho del Trabajo de la emergencia con sus especiales características, tanto en Argentina como en Uruguay y Brasil, que son los países de los autores que publican en este número. Ello se refleja en esos trabajos.

La internacionalización de la Sala que presidimos y de esta revista es uno de los positivos signos de los tiempos.

Es una oportunidad que responde al desafío de la pandemia y la virtualidad, siempre en busca de la verdad, tarea propia de la universidad. Pero además expresión de un valor propio y distintivo de la rama del derecho que cultivamos, como es la justicia social en las relaciones laborales.

Se impone en justicia repetir el agradecimiento a las autoridades de la UBP, en especial al señor Secretario de Investigación y Desarrollo, Ing. Esp. Prof. Néstor Pisciotto, y al señor Director de la Carrera de Abogacía, Dr. Guillermo Ford, que siempre nos acompañan en nuestros emprendimientos en este ámbito universitario.

Vaya nuestro agradecimiento a los autores de los artículos que se publican en este número por sus destacados aportes al Derecho del Trabajo y a esta área de trabajo de la universidad privada que nos cobija.

Extiéndase ese agradecimiento a los demás integrantes de la Sala.

Ellos, mes a mes en las reuniones plenarias virtuales o día a día en las conversaciones que se dan por medio de las redes sociales, interactúan, comparten conocimientos, legislación, jurisprudencia, doctrina, inquietudes, soluciones, etcétera, de modo solidario. En el marco de la "Escuela Córdoba de Derecho del Trabajo", a la que pertenecemos por derecho propio, hacemos otra vez un aporte en pos de la difusión de los valores que cultivamos y así nos proyectamos hacia el mundo.

Como anticipamos el año pasado, a pesar del complejo marco socioeconómico nacional e internacional que nos rodea y de los efectos devastadores de la pandemia que nos afecta, la que no se ha aventado aún, no hemos perdido la esperanza en este derecho apenas centenario que abrazamos como es el Derecho del Trabajo y su necesaria aplicación procesal, potenciado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Insistimos en que las relaciones entre trabajadores y empleadores deben ser reguladas por un orden jurídico justo que procure la paz en medio de una situación naturalmente de conflicto, la que no se logra sin justicia social.

El conocimiento que se produce en el ámbito universitario suma para ello, como también la confianza depositada en los profesionales universitarios comprometidos en la búsqueda de la verdad, la enseñanza del derecho, la investigación en aras de conocimientos nuevos y la extensión de tales conocimientos, conductas y valores a los operadores jurídicos, en especial a nuestros alumnos de grado y posgrado y a la sociedad toda a la que nos debemos.

Dr. Ricardo Francisco Seco
Presidente de la Sala y Director de la Revista

ÍNDICE

A 75 AÑOS DEL ESTABLECIMIENTO DEL SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO EN ARGENTINA. HISTORIA, CONFORMACIÓN ACTUAL Y EFECTOS SOBRE OTROS INSTITUTOS Ricardo Francisco Seco	11
EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Teresita N. Saracho Cornet	34
EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL COVID 19 COMO CONTINGENCIA EN LA SALUD DEL TRABAJADOR EN LOS PAÍSES LIMÍTROFES DE ARGENTINA. ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS. ACTUALIZACIÓN 2021 Edder Hernán Piazza	49
MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN ÉPOCA DE PANDEMIA EN LA PROVINCIA DE SANTA FE Mariana Mercedes Otarola	61
MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS DICTADAS EN PANDEMIA EN LA PROVINCIA DE CORDOBA María Teresa Marconetto	72
PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL URUGUAY 2021 Graciela Giuzio	87
LIQUIDACIÓN DE LAS ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO. NORMATIVA Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN CÓRDOBA Silvia Kiatkovski, Nicolás Francisco Niewolski Cesca y Guillermo Joselín Cerda López	103
LA CADUCIDAD EN LAS LEYES PROVINCIALES DE ADHESIÓN A LA LEY 27.348 Ana María Salas	131
EL SISTEMA SINDICAL ARGENTINO: UN MODELO PARA ARMAR <i>Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Amparo", 4 de marzo de 2021</i> Franco Giavedoni	142
PANDEMIA Y TELETRABAJO EN BRASIL Giselle Gonzalez Gonçalves	152
LA TRASCENDENCIA DE LA DOCUMENTACIÓN LABORAL EXIGIBLE Y DE CONTRALOR EN LAS REGLAS DEL ONUS PROBANDI DEL PROCESO LABORAL. SU RENOVADA Y ACTUAL INCIDENCIA EN LA REFORMA PROCESAL DE LA LEY 10.596 Rosalía A. Pécora	159

A 75 AÑOS DEL ESTABLECIMIENTO DEL SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO EN ARGENTINA

HISTORIA, CONFORMACIÓN ACTUAL Y EFECTOS SOBRE OTROS INSTITUTOS

Ricardo Francisco Seco¹

Sumario: Introducción. I.- Antecedentes históricos. II.- Compatibilización y armonización de la ley 23.041 con la LCT. III.- Épocas de pago del S.A.C. IV.- Extinción del contrato de trabajo - Pago proporcional. V.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por despido. VI.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización sustitutiva por vacaciones no gozadas. VII.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso omitido. VIII.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por maternidad. IX.- Conclusiones.

Resumen: El autor reflexiona a setenta y cinco años del establecimiento del sueldo anual complementario como un rubro salarial obligatorio. Revisa sus antecedentes, las normas, la compatibilización de la LCT con la ley 23.041. Examina las épocas de pago y sus modificaciones, el pago proporcional como la inclusión del SAC en la base de cálculo de la indemnización por despido, la sustitutiva de vacaciones no gozadas, la sustitutiva del preaviso omitido y en la base de cálculo de la indemnización por maternidad. Formula sus conclusiones.

Palabras clave: Sueldo - Complementario - Semestre - Proporcional - Salarialidad.

Introducción

Si bien el nombre técnico actual de esta clase de remuneración es *sueldo anual complementario*, en Argentina comúnmente la gente se refiere a él como aguinaldo, tal como sucede mucho más en otros países.

¹ Abogado y notario (UCC); doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); profesor de grado de DTySS(UCC); profesor de posgrado de varias universidades argentinas y una extranjera; ex vocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba; investigador de la Universidad Blas Pascal de Córdoba y presidente de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal, publicista.

Después de ser expuesta en la Primera Reunión Plenaria Ciclo 2021 y Primera Internacional del mismo ciclo, la conferencia fue publicada levemente modificada en Doctrina Laboral y Previsional, N°429, mayo 2021, Errepar, Buenos Aires, p.563.

Antes era un pago voluntario hecho por los empleadores a los trabajadores.

En cambio, el sueldo anual complementario es ahora un concepto remuneratorio, obligatorio para los empleadores, impuesto por una norma estatal de cuya sanción ya pasó tres cuartos de siglo.

El decreto-ley 33.302/45², fechado el 20 de diciembre de 1945, (B.O.,31/12/1945), dictado por el gobierno de facto surgido el 4 de junio de 1943, estableció la obligatoriedad del pago del aguinaldo, el que debía hacerse efectivo a partir del 31 de diciembre de ese año. A setenta y cinco años de ese hecho histórico cabe repasar las vicisitudes de este instituto a través de los años hasta su conformación actual y sus efectos en otros institutos.

I.- Antecedentes históricos

1.- Etimología

La palabra aguinaldo proviene del celta *guinaud* que significa “regalo de año nuevo”, aunque hay antecedentes franceses antiguos “à qui l'an neuf” que quiere decir “al muérdago el año nuevo”. Hace referencia a la costumbre de celebrar la Navidad o el Año Nuevo intercambiando obsequios o “dando a los más humildes medios para poder celebrar esas fiestas”.³

También en el español se encuentra el término “aguilando” y otra interpretación dice que viene del latín “*hoc in anno*”, que significa en este año.⁴

2.- Breve historia

“Los antiguos llamaban *strenae* a los regalos que se intercambiaban los amigos en honor de los dioses y como señal de feliz augurio. Una tradición romana atribuía el origen de los aguinaldos del 1° de enero, *Kalendariae strenae*, al rey Tito Tacio, de quien nació la costumbre de ir ese día a coger verbena al bosque sagrado de *Strenua*, la Fuerza, o *strenia*, diosa de la salud, con el fin de obtener la divina protección durante el año nuevo [...]. Los aguinaldos eran muy variados en cuanto a su naturaleza. Los *aguinaldos herbáceos* corresponden a la Edad de Oro; después vino una época en que eran alimentos de todas las clases; más tarde consistieron en piezas de oro, plata y bronce, luego en muebles y vestidos. Muy frecuente era regalarse pugilarios o dípticos de uso análogo al de nuestras carteras y agendas. Fueron los aguinaldos una práctica costosa, arrancada al pobre por el rico, pues los clientes ofrecían aguinaldos a los protectores, los ciudadanos al príncipe y los discípulos a los maestros. La fuerza de la costumbre obligaba a algunos a dar lo que no tenían. Contra la obligación de regalar escribieron los Padres de la Iglesia para evitar que muchos cristianos se olvidaran de lo que eran.”

[...] La Iglesia tomó del paganismo entre otras prácticas puramente exteriores y materiales, la de los aguinaldos o regalos con motivo de la fiesta del 1° de año sino de los bautismos. *Aguinaldos bautismales* eran, según ciertos pasajes de escritores sagrados del siglo VI y especialmente de san Gregorio Bizanceno, los regalos *donaría* que parece se cambiaban entre el neófito y el ministro de la Iglesia o los padrinos y madrinas. Consistían en

2 DT 1946,38..

3 RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Remuneraciones”, en Tratado de Derecho del Trabajo, VÁZQUEZ VIALARD (Dir.), Astrea, Buenos Aires, 1983, T.4, p.645, citando a CABANELLAS, Contrato de trabajo, T. II, p.482.

4 SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael, Origen histórico del aguinaldo. Del *strenna* romano al salario en especie, en [file:///C:/Users/Q/Downloads/Dialnet-OrigenHistoricojuridicoDelAguinaldo-3041014%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Q/Downloads/Dialnet-OrigenHistoricojuridicoDelAguinaldo-3041014%20(1).pdf), consultado el 13 de febrero de 2021. Ver SÁNCHEZ PEREZ, Armando, El aguinaldo, en <https://www.economista.com.mx/artesideas/El-aguinaldo-20200110-0038.html>, consultado el 14 de febrero de 2021.

medallas o lámparas con emblemas o inscripciones que declaran su destino. En la Edad Media, los reyes, príncipes y magnates continuaron celebrando la fiesta de la entrada del año, especialmente en Navidad y en Pascua pues este día fue hasta el siglo XVI el primer día del año con cuyo motivo y ocasión se intercambiaban regalos. Pero esta costumbre cuando realmente surgió con igual fuerza que en la antigüedad fue en el Renacimiento. En Francia, desde entonces, estos regalos llamados *étrennes*, han constituido una costumbre entre las gentes de alto nivel aunque verdaderamente no se generalizaron hasta la época de Luis XIV. En 1793 se dictó un edicto suprimiendo los *étrennes* pero la protesta fue general pues entonces ya era costumbre darlos a los mozos de cafés, peluqueros, cocheros, etc. La doble costumbre de regalos y propinas se ha conservado no solo en Francia sino en toda Europa. Aguinaldos también se les llama en algunos países al regalo de dulces que se reparten principalmente en fiestas infantiles y posadas navideñas.”⁵

3.- Los antecedentes normativos nacionales

a) La ley 11.729, sancionada el 26 de setiembre de 1933 pero publicada en el B.O., 25/9/1934, no previó este instituto.⁶

b) En 1924 se promulgó la ley provincial 619 de la provincia de Jujuy siendo gobernador Benjamín Villafañe, de origen radical. Fue propuesta por dos diputados radicales, Jorge Villafañe y Arturo Palisa Mujica. Alcanzaba sólo al personal de servicios y ordenanzas de la administración y era equivalente a medio mes de sueldo.⁷

c) El decreto-ley 33.302/45⁸ estableció la obligatoriedad del pago de aguinaldo. Éste se haría efectivo a partir del 31 de diciembre de ese año con un amplio alcance. Su art.45 decía:

“Todos los empleadores, sean personas de existencia visible o ideal, que ocupen empleados u obreros comprendidos en el art.2º del presente decreto -ley, están obligados a pagarles el 31 de diciembre de cada año y a partir del 31 de diciembre de 1945, inclusive, a sus empleados y obreros *un sueldo anual complementario por lo menos*. Se entiende por *sueldo anual complementario la doceava parte del total de sueldos o salarios*, definidos en el art.2º del presente decreto ley, percibidos por cada empleado u obrero en el respectivo año calendario.”⁹

Se dio fuerza obligatoria “a una práctica o costumbre generalizada entre los empleadores privados de pagar “a fin de año una suerte de ‘gratificación’- en principio no salarial- con motivo de las fiestas de fin de año.”¹⁰

Había llegado con los inmigrantes y sus costumbres. Se estableció un décimo tercer sueldo, de carácter complementario y no principal, considerado salarial y con periodicidad anual, pagable a fin de año.

Fue impulsada la norma por el Secretario de Trabajo y Previsión, Cnel. Juan Domingo

5 Ver <http://es.wikipedia.org/wiki/Aguinaldo>, consultada el 23 de octubre de 2011. En el mismo sentido ver GRISOLÍA, Julio Armando, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, T. II, p.652

6 Ver <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=42760>, consultada el 15 de febrero de 2021.

7 Clarin. Sociedad, Derechos. La historia de cómo se creó el pago del aguinaldo para los trabajadores en Argentina en https://www.clarin.com/sociedad/historia-creo-pago-aguinaldo-trabajadores-argentina_0_cdzve5v.html, consultada el 13 de febrero de 2021.

8 DT 1946,38.

9 DEL BONO, Carlos M. en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), BARILARO, Ana Alejandra (coordinadora), Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2ª edición actualizada y ampliada, 2014, T.III, p.423 y sgtes.

10 Ídem nota anterior.

Perón, a sugerencia del sindicato de comercio aún antes del 17 de octubre de 1945. El 11 de diciembre de 1945 hubo una gran concentración de trabajadores en Plaza de Mayo impulsada por la CGT reclamando su sanción, la que quedó la pendiente al ocurrir el desplazamiento de Perón de sus cargos.

El decreto-ley del presidente Farrell fue firmado el 20 de diciembre de 1945 y costó que lo allí dispuesto se efectivizara.

La UIA y la Bolsa de Comercio estimaron que era inconstitucional. Se propició un *lock out* entre el 14 al 16 de enero de 1946. Mas, ante la firme insistencia de los obreros, el 18 de enero de 1946 la Cámara de Grandes Tiendas dijo que cumpliría con el decreto y las demás patronales fueron cediendo.¹¹

El decreto-ley fue ratificado por la ley 12.921(B.O., 22/5/1946).

Ya inicialmente se entendió que se trataba de una *remuneración diferida*, que se adquiría día por día, que nacía el derecho a percibirla con la prestación de servicios y en proporción a ésta, "conclusiones afirmadas por el derecho del trabajador a cobrar el aguinaldo proporcional de producirse la ruptura del vínculo por cualquier causa".¹²

Se justificaba el pago diciendo que el año administrativo tiene 53 semanas, pero que contablemente se entiende que cada mes tiene 30 días y hay cuatro semanas al mes; que en el año laboral hay 48 semanas, por lo cual quedaban sin remunerar 4 semanas.

d) Años después la ley 17.620/68¹³, sancionada por el gobierno de facto surgido en 1966, lo transformó en una remuneración de pago semestral, como se mantiene hasta hoy.

e) La Ley de Contrato de Trabajo 20.744(B.O.,27/9/1974) en su Capítulo III definió el concepto de sueldo anual complementario, las épocas de pago y el pago proporcional del S.A.C. siguiendo los precedentes aludidos en los arts.121,122 y 123 (texto ordenado por el decreto 390/1976). Esa regulación se mantiene aún básicamente en el texto de la ley.

f) El sistema en la LCT era coherente y simple. Pero fue "significativamente alterado"¹⁴ por la ley 23.041 (B.O.,4/1/1984) sancionada apenas iniciado el gobierno constitucional surgido en 1983.

Ella tuvo por finalidad atenuar el impacto inflacionario de la época, el que incluso más tarde se potenció, y se ordenó a procurar recuperar paulatinamente el valor del salario.

Se modificó el procedimiento de cálculo que se establecía en la L.C.T. ordenando que se calcule como el 50% de la mayor remuneración devengada en cada uno de los semestres en los cuales se abona el S.A.C.

El decreto reglamentario 1078/84 (B.O.,12/4/1984) se refirió al sueldo anual complemen-

11 Revista La Ciudad, 29/11/2018. Un nuevo aniversario de la creación del aguinaldo, una conquista de los trabajadores en laciudadrevista.com/2018-73-anos-de-la-creacion-del-aguinaldo-una-conquista-de-los-trabajadores/Idem nota anterior, consultada el 14 de febrero de 2021.

12 CARCAVALLO, Hugo R., El nuevo régimen legal del aguinaldo, TySS,1984-113, con cita de Cabanellas.

13 DT, 1968, p. 25.

14 DEL BONO, ob.cit., CARCAVALLO, ob.cit.

tario proporcional y a su modo de liquidación.¹⁵

La doctrina criticó al nuevo sistema por cuanto la norma se refiere a un trabajador remunerado a sueldo fijo y que experimenta mejoras salariales en función del deterioro de la moneda; empero no previó el caso de las remuneraciones variables como son las comisiones o premios con distinta periodicidad.¹⁶

g) El art.122 de la LCT fue modificado por la ley 27.073 (B.O.,9/1/2015).

El texto de la nueva ley en su art.1° reza:

“Modifícase el artículo 122 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744, (t.o. 1976) y sus modificatorias, el que queda redactado de la siguiente forma:...”.

Debe recordarse que la LCT en su art.2° hoy expresa:

“Art. 2° — Ámbito de aplicación.

La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.

b) Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente. *(Inciso sustituido por art. 72 inc. a) de la Ley N°26.844. Vigencia: de aplicación a todas las relaciones laborales alcanzadas por este régimen al momento de su entrada en vigencia).*

c) A los trabajadores agrarios, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario. *(Inciso sustituido por art.104 de la Ley N°26.727 ,B.O. 28/12/2011).*

A la fecha estrictamente tenemos cuatro regímenes diferenciados en cuanto al S.A.C.:

g.1.- Los trabajadores dependientes de la actividad privada, regidos por la LCT ahora modificada y por los estatutos especiales en cuanto éstos no contengan regulación del punto o la tengan de manera menos beneficiosa. Para ellos la 2ª cuota del SAC se pagará el 18 de diciembre de cada año.

g.2.- Los trabajadores regidos por el Régimen del Personal de Casas Particulares, ley 26.844(B.O.,12/4/2013), cuyo art.27 prevé que el pago de la segunda cuota del SAC debe ser en *“la última jornada laboral del mes de diciembre de cada año”*.

g.3.- Los trabajadores dependientes de la Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado nacional. Éstos continuarán regidos por la ley 23.041 y su decreto reglamentario 1078/84, para los cuales la segunda cuota del SAC se pagará el 31 de diciembre de cada año.

Si por acto expreso se los incluye en la LCT o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo pasarán a regirse como se indica en el punto primeramente mencionado.

Incluso queda por otro lado la situación los trabajadores de las administraciones públi-

15 MONTERO, Marta S., Sueldo anual complementario (nota al dec. 1078/84), DT 1984-A, 645

16 DEL BONO, ob.cit. Ver otras críticas en CARCAVALLO, ob.cit.

cas provinciales y municipales, cuyas remuneraciones se rigen por normas provinciales, lo que es otro cantar.

g.4.- El estatuto de las PYMES, ley 24.467(B.O.,28/3/1995), art.91, autoriza a que los convenios colectivos referidos a ellas puedan disponer el fraccionamiento de los periodos de pago del sueldo anual complementario siempre que no excedan de tres (3) periodos en el año.

II.- Compatibilización y armonización de la ley 23.041 con la LCT

1.- ¿Un régimen o dos regímenes?

a) La ley 23.041 en su art.2º declaró que sus disposiciones eran de orden público y derogó todas las disposiciones que se le opusiesen.

Incurrió en una “generalidad no muy feliz cuando modifica parcialmente el instituido regulado en una legislación de fondo (arts.121 a 123, LCT).”¹⁷ Por ello corresponde realizar un serio esfuerzo de coordinación y armonización.

Por un lado, tenemos el art.121, L.C.T., no derogado expresamente, que menciona un concepto del sueldo anual complementario: *“Se entiende por sueldo anual complementario la doceava parte del total de las remuneraciones definidas en el Artículo 103 de esta ley, percibidas por el trabajador en el respectivo año calendario.”*

Por otro lado, la ley 23.041 reza:

“El sueldo anual complementario en la actividad privada, Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado, será pagado sobre el cálculo del 50 % de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año.”

b) Como ley posterior deroga a la anterior y ley especial deroga a la general, debe estarse a las previsiones de la ley 23.041 aunque con las aclaraciones que haremos.

Se considera que la última norma alteró el régimen de la L.C.T. sólo en cuanto a la “base de cálculo del sueldo anual complementario”, aunque “sigue vigente la conceptualización del aguinaldo como la doceava parte de las remuneraciones registradas en el semestre respectivo, tal como lo conforman las previsiones contenidas en el decreto 1078/84 al reiterar el criterio de proporcionalidad en la liquidación del SAC.”¹⁸

La diferencia radica en que “mientras el régimen de la L.C.T. imponía la sumatoria de todos y cada uno de los periodos mensuales respectivos, el de la ley 23.041 limita el cálculo a la base conformada por la *‘mejor remuneración mensual’ devengada en el semestre respectivo.*”¹⁹

2.- Personal comprendido en las disposiciones de la ley 23.041

a) A tenor del art.1º de la ley 23.041, el sueldo anual complementario abarca a todos los trabajadores de la actividad privada, pero también a los de la Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propie-

¹⁷ CARCAVALLO, ob.cit.

¹⁸ DEL BONO, ob.cit. Lo mismo afirma la CNSeg.Social, sala I, 8/8/1989, “Internacional Flavors and Fragantes, S.A. c/Dirección Nac. de Recaudación Previsional”, DT, 1989-B, 2027.

¹⁹ DEL BONO, ob.cit.

dad del Estado.²⁰

Al referirse la ley a todos los trabajadores de la actividad privada incluye tanto a los regidos por la L.C.T. como a los regidos por estatutos especiales.

b) Empero la ley 26.844, *Estatuto para el personal de casas particulares* (B.O.,12/4/2013), contiene algunas previsiones especiales.

Así en el Título VI llamado "Sueldo Anual Complementario", el art.26 reza:
"Concepto. El sueldo anual complementario consiste en el cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración mensual devengada, por todo concepto, dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año."

Luego, en el art.27, expresa:

"Épocas de pago. El sueldo anual complementario será abonado en dos (2) cuotas; la primera de ellas la última jornada laboral del mes de junio y la segunda la última jornada laboral del mes de diciembre de cada año."

Al respecto aclaramos que en su sesión del 5 de noviembre de 2020 la Cámara de Senadores de la Nación aprobó por unanimidad un proyecto del senador Julio Cobos para modificar el art.27 de la ley 26.844, que reglamenta el trabajo en casas particulares.

Propuso que "la fecha de pago de la segunda cuota del sueldo anual complementario sea la misma que la fijada para el resto de los trabajadores del sector privado, que el último día posible de pago será el 18 de diciembre, con el fin de que los empleados puedan realizar sus compras navideñas con dicha cuota del aguinaldo".²¹ De ese modo dijo el autor del proyecto que tiene media sanción "estamos llevando igualdad, justicia, equidad al terminar con esta asimetría que perjudicaba a muchas trabajadoras".

El art.28 de dicho estatuto especial se dice:

"*Extinción del contrato.* Pago proporcional. Cuando se opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, la empleada/o o sus derechohabientes, tendrán derecho a percibir la parte proporcional del sueldo anual complementario devengada en el respectivo semestre."

La modificación y diferencia con el régimen general se halla en las fechas de pago: la primera cuota "la última jornada laboral del mes de junio" y la segunda cuota "la última jornada laboral del mes de diciembre de cada año".

De otro costado referimos que la ley 26.727(B.O.,28/12/2011) estableció el nuevo régimen de trabajo agrario.

En su art.33 expresa que corresponde "en todos los casos abonar al trabajador el sueldo anual complementario". Dicho agregado es superabundante porque la ley 23.041 que reguló el S.A.C. es de orden público y con un alcance tan amplio que llega a los trabajadores rurales.²²

3.- Se mantiene el concepto

Aun con la ley 23.041 y su decreto reglamentario, permanece incólume el concepto de que el S.A.C. es:

²⁰ TOSCA, Diego M., "Salario", en Tratado de Derecho del Trabajo, ACKERMAN (director), TOSCA (coordinador), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. III, p.563.

²¹ Ver <https://www.senado.gob.ar/prensa/18952/noticias> consultado el 10 de febrero de 2021.

²² SECO, Ricardo Francisco, "La remuneración en el nuevo Régimen de Trabajo agrario, ley 26.727", en Régimen de Trabajo agrario. Ley 26.727. Un enfoque integral y multidisciplinario, SEGU, Gustavo(coordinador), Errepar, Buenos Aires,2013, p.194.

- un *modo de remuneración*, conforme al convenio 95 OIT y art.103, LCT;
- *complementaria* (en cuanto periodicidad y monto)²³
- y *diferida* pues se adquiere día por día, el derecho a percibirla nace con la prestación de servicios y en proporción al tiempo trabajado, art.123, LCT, y decreto 1078/84;
- *es un salario que se calcula sobre otro salario*²⁴; (no se paga aguinaldo de aguinaldo, complemento de lo complementado)²⁵;
- *su pago es semestral*.²⁶

Es irrenunciable. No puede pactarse que se incremente el salario diario y no se pague el SAC porque es un acto nulo.²⁷

Tales características afirman el derecho del trabajador a cobrar el aguinaldo proporcional en el semestre en caso de producirse la ruptura del vínculo, cualquiera sea la causa de su extinción.

Además, si no hay prestación de servicios, si no hay prestación principal, no puede adquirirse ningún derecho a cobrar posteriormente suma alguna como S.A.C. (arts.21, 103 y 197, L.C.T.)²⁸, como los periodos de reserva del puesto, art. 211 de la LCT.

Sin embargo, es posible que esté eximido el trabajador de prestar servicios y que por alguna causa legal que así lo autorice genere remuneración, aunque el servicio no se preste, tal como ocurre con las vacaciones o licencias remuneradas.

En esos casos sí procede esta retribución complementaria, art.155; 159 y 208, LCT.

4.- La base del cálculo

Dispone el art.1º de la ley 23.041 que el S.A.C. "*será pagado sobre el cálculo del 50 % de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año.*"

a) A diferencia de la L.C.T. -que se refiere a remuneraciones percibidas- la ley 23.041 lo hace a remuneración *devengada*.

Devengar "es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razones de trabajo, servicio, u otro título" y "percibir es recibir una cosa y entregarse a ella."²⁹

Hay ocasiones en que lo devengado y lo percibido y cobrado difieren en el tiempo, como es el caso de las *diferencias litigiosas*, que se reconocen retroactivamente por un fallo judicial; otro ejemplo es la diferencia entre devengación y percepción como sucede con las *comisiones* de los viajantes, art.5º de la ley 14.546 y algunas gratificaciones.

En el mismo marco de la L.C.T., la remuneración se devenga en una fecha y los pagos se

23 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo, comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. II, p.1322.

24 RODRÍGUEZ MANCINI, ob.cit.,p. 647.

25 LÓPEZ, Justo, "El salario", en AA.VV., Tratado de derecho del trabajo, 2ª edición actualizada y ampliada, DEVEALI, Mario L., (director), La Ley, Buenos Aires, 1972, Tomo II, p. 604.

26 LÓPEZ, ob.cit., p.608.

27 Es definido como "el pago de un sueldo más que se suma a los doce que debe percibir el trabajador en el año. Les corresponde a todos los trabajadores en relación de dependencia sin importar la forma de contratación, se trate de un contrato por tiempo indeterminado o determinado (plazo fijo, eventual, temporada); la única diferencia radica en que la época de pago se adapta a la modalidad de la tarea", GRISOLÍA, ob.cit., p.652.

28 CARCAVALLO, ob.cit.

29 CARCAVALLO, ob.cit., citando a la Real Academia Española

efectúan vencidos los periodos del art.126 según el art.128, L.C.T.³⁰

Puede darse la situación de que deba liquidarse el aguinaldo en las fechas indicadas legalmente y que no se cuente con todos los elementos para su cálculo.³¹

b) La ley 23.041 expresa que el monto del S.A.C. es el *"50 % de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto"* dentro de los semestres que culminan en julio y diciembre de cada año.

Su texto es lacónico y merece ser interpretado, refiere Carcavallo.

Dos posturas se registran al respecto.

b.1) Una entiende que en él *"se halla implícito el concepto de remuneración 'habitual' o 'normal' y que no bastará tomar el mes en que el trabajador cobró una mayor cantidad, resultado que puede obedecer a múltiples hipótesis: el pago de una comisión extraordinaria, de una gratificación anual, de un ajuste retroactivo de salarios, etc., rubros no 'habituales, con relación al mes en que se efectivizan."*³²

Indica Carcavallo que las manifestaciones expuestas en el debate parlamentario no permiten sospechar una intención distinta; más aún, refiere que el diputado Cornaglia *"hizo hincapié en la 'remuneración normal y habitual'"* y que el diputado Maya *"hizo notar la 'concordancia plena de la habitualidad con lo normado en el art.103 de la L.C.T. añadiendo que 'si por las circunstancias del trabajo el patrón somete al obrero, dentro del régimen laboral, a tareas extraordinarias que luego adquieren el carácter de habituales, deberá asumir también para ellas las consecuencias del régimen salarial integral, entre ellas el sueldo anual complementario'(Diario de Sesiones, cit., p.266)'"*.

b.2) Sin embargo en otra postura, que parece atendible por las razones que se exponen, se encuentra Tosca, quien coincide con Ackerman, en la que nos enrolamos. Indica que *"la excepcionalidad de alguna retribución mensual-como la realización de horas suplementarias sólo en algún mes del periodo, o por haberse percibido comisiones extraordinarias- no impide su consideración para determinar la remuneración más elevada."*³³

Machado también coincide con ellos y expresa que el tenor de la norma *"implica descartar todo matiz derivado de criterios de 'normal' o 'habitual'"*.³⁴

Tosca insiste en que *"no corresponde al intérprete incorporar elementos, en este caso limitativos del concepto, que no han sido considerados por el legislador"* en el marco de la ley 23.041. Aquí *"se refiere a mayor remuneración a secas, reemplazando en este aspecto entonces el texto del artículo 121 de la L.C.T."*³⁵

30 Ídem nota anterior.

31 Ídem.

32 Ídem.

33 TOSCA, ob.cit., con cita de ACKERMAN, Mario, El nuevo régimen del sueldo anual complementario, L.T. XXXII-299.

34 MACHADO, José Daniel, Las indemnizaciones debidas por extinción de la relación laboral en Tratado de Derecho del Trabajo, ACKERMAN (director) -TOSCA (coordinador) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. IV, p.457.

35 TOSCA, ob.cit., p.567

Además, la ley 24.241, que con modificaciones hoy regula el sistema integrado previsional argentino (SIPA), en su art.6º considera remuneración a los fines previsionales al sueldo anual complementario.

Sobre él- que es salario- se deben aportes y contribuciones al SIPA, ley 24.241, al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, ley 19.032, asignaciones familiares, ley 24.714, el Fondo Nacional de Empleo, ley 24.013, art.145 inc. a) apartado 1), Régimen Nacional de Obras Sociales, ley 23.660, art.16, Administración Nacional del Seguro de Salud, ley 23.661 y la cuota sindical (de los afiliados del gremio).

Los rubros a tener en cuenta para el cálculo del mejor sueldo del semestre *son todos aquellos que tienen carácter remunerativo*.

Normalmente se entiende que son los que están sujetos a los descuentos por jubilación y obra social y entre los que se encuentran: el salario básico, el adicional por antigüedad, los viáticos en cuanto fueren remuneratorios, las comisiones, las horas extras, el salario vacacional, los salarios por enfermedad o accidentes inculpables, etcétera (aunque no necesariamente son remuneración los que llevan descuentos).

Atendiendo al concepto amplio de remuneración que surge del art.103, L.C.T., a los fines de liquidación del SAC *“sería incorrecto limitarlo a los salarios devengados en efectivo, dejando de lado las otras remuneraciones que acaso percibió el trabajador. En consecuencia, deben considerarse el valor de las remuneraciones en especie, como habitación, comidas, propinas [...] o cualquier otro tipo de remuneración percibida dentro del periodo de liquidación.”*³⁶

La inclusión del valor de los salarios en especie se adecua al primigenio decreto ley 33.302/45, art.2º.³⁷

c) Respecto de las remuneraciones *variables, inusuales o fuera de la normalidad promedio de cada semestre como remuneraciones sin periodicidad mensual* (como una gratificación o un premio anual) y el S.A.C., existen tres posiciones³⁸:

c.1.) Para unos, las remuneraciones extraordinarias como las que no tienen carácter mensual no deben computarse a los fines del S.A.C.³⁹

c.2) Para otros, deben incluirse esos conceptos íntegramente como mejor remuneración mensual.⁴⁰

c.3) Una postura ecléctica indica que “si la remuneración se devenga, por ejemplo anualmente, cabría extender a esos casos el criterio de promediación o devengamiento mensual aplicando solamente al mes de liquidación del aguinaldo el valor promediado mensual de esa remuneración extraordinaria sea ésta anual, semestral, trimestral, etc.”⁴¹

36 MÁNTARAS, Luis A., en Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, ALTAMIRA GIGENA, Raúl Enrique (coordinador), Astrea, Buenos Aires, 1981, T.2, p.39/40. Ver también TOSCA, ob.cit., p.568.

37 LÓPEZ, ob.cit., p.603.

38 DEL BONO, ob.cit.

39 Ver la jurisprudencia que señala DEL BONO, ob.cit., p.428/429.

40 DEL BONO, ob.cit., cita a la SCBA, 21/11/1989, “Irigoyemborde, Héctor A. y otros c/ Calera Avellaneda S.A.”, La Ley, 1990-B, 528.

41 DEL BONO, ob.cit., p.429, con citas jurisprudenciales que indica y con apoyo en ACKERMAN, Mario, El nuevo régimen del sueldo anual complementario, LT, Tomo XXXII-A, 289 y 495. GRISOLLA, ob.cit., p.652, critica a la doctrina que promedia las remuneraciones variables considerando el sistema más equitativo, porque “dicha interpretación desvirtúa lo expuesto en la ley 23.041”.

Fernández Madrid propicia que en el caso de los jornalizados, que desempeñan tareas en forma irregular, se divida los días efectivos de labor (entre los que se incluyen los no trabajados pero con salario percibido) por el total del días del semestre y se calcule la mitad de la mayor remuneración devengada para luego, con ambos resultados multiplicarlos para obtener el S.A.C.⁴²

No resulta posible incluir el S.A.C. en el salario diario como un monto único toda vez que ello encuentra una seria dificultad en el art.140 inc. d), L.C.T., pues en el recibo debe indicarse por separado todo tipo de remuneraciones que perciba el trabajador con indicación especial de su determinación.⁴³

Fernández Madrid señala que puede admitirse que al salario diario se le agregue como rubro independiente la parte proporcional del S.A.C. y recuerda que ese procedimiento “se aplica en el caso de los changarines” que trabajan un día o pocos días. Pero señala que debería cotejarse el importe resultante para saber si se sigue el procedimiento legal con el monto de los pagos parciales.⁴⁴

d) Casos especiales de liquidación del S.A.C.

d.1) S.A.C. y asignación por maternidad

En el periodo en que la mujer goza de licencia por maternidad (art.177, L.C.T., por 90 días) tiene derecho a percibir en concepto de asignación familiar el importe de su sueldo o salario, según dispone el art.11 de la ley 24.714.

En consecuencia, esos pagos no son considerados remuneratorios (art.26 de la misma norma) razón por la cual no deben computarse para establecer el monto del S.A.C.

Como el periodo de licencia debe ser considerado tiempo de servicio, según refiere el art.177, L.C.T., “el uso de licencia (de carácter obligatorio) no afectará la percepción del aguinaldo en el periodo de que se trate, pues aun cuando, por ejemplo, dentro de un semestre la trabajadora usufructúe los 90 días de licencia. Habiendo prestado servicios efectivos los restantes tres meses, el sueldo anual complementario se devengará sobre el semestre íntegro, sólo que *para establecer su cuantía deberá observarse exclusivamente lo devengado como remuneración, es decir, será el 50% de la mayor prestación correspondiente a los meses en que prestó servicios.*”⁴⁵

Debe computarse a ese fin la mejor retribución del lapso efectivamente trabajado de modo proporcional, art.1º de la ley 23.041 y art.2º del decreto reglamentario N° 1078/84.⁴⁶

d.2) S.A.C. y gratificaciones

42 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit.

43 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1325, refiere ese criterio de la CNTrab. en el fallo plenario N°101 del 15/12/1965, “Chávez, Manuel y otros c/ Mora, Ricotti y Lutgen”, en un caso de trabajador de la industria de la construcción. Indica además que el 9/12/1974 en “Fraga, Jorge A. c/ Administración General de Emisoras Comerciales de Radio y Televisión” se generalizó ese criterio declarándolo aplicable a “toda norma convencional que establezca el pago de importes salariales imputados genéricamente a sueldo anual complementario, vacaciones y toda otra carga o beneficio social” (La Ley, 1975-A,354). En el mismo sentido TOSCA, ob.cit., p.570, con citas de los plenarios 101 y 204 de la CNTrab.

44 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p. 1325/1326

45 TOSCA, ob.cit., p.569.

46 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p 1326.

Las gratificaciones tienen naturaleza remuneratoria (art.104, LCT) por lo que debe dárseles el mismo trato que a los demás conceptos remuneratorios; sirven a los fines del cálculo del S.A.C.

Es indiferente que se trate de gratificaciones exigibles porque se otorgan en forma habitual⁴⁷ o de gratificaciones que se otorgan de una sola vez.

La carencia de exigibilidad “no le quita el carácter remuneratorio, por lo que no se advierte razón para segregarla de la base de cálculo del aguinaldo”.⁴⁸

La dificultad reside en que la gratificación no tiene normalmente carácter mensual sino una distinta periodicidad, que puede ser semestral o anual.

Debe atenderse que se debe calcular teniendo en cuenta la remuneración devengada, no la percibida, “por lo que debe sumarse al salario mensual la parte proporcional devengada de la gratificación. Si por ejemplo se trata de una gratificación anual debe entenderse que en cada mes se devenga la doceava parte y adicionarse en esa proporción, para el cálculo del aguinaldo, al salario mensual”.⁴⁹

El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 23/7/1958, en autos: “Solazzi, Luis c/Cervecería Quilmes”, reconoció el derecho de proyectar el sueldo anual sobre las gratificaciones.”

Fernández Madrid se expide diciendo que con el sistema de la ley 23.041 de liquidación del S.A.C., como la gratificación no es de pago mensual, no debe considerarse para ese pago. Pero admite que hay jurisprudencia en contra.⁵⁰

En todo caso se deja fuera de consideración a ese fin a la gratificación ocasional, que es un acto espontáneo y no tiene carácter de prestación que deba percibir el trabajador, y a la suma que mejore el S.A.C. pues se trata de la misma prestación y no de una distinta.⁵¹

d.3) S.A.C. y PYMES

El estatuto de las PYMES, ley 24.467, art.91, autoriza a que los convenios colectivos referidos a ellas puedan disponer el fraccionamiento de los periodos de pago del sueldo anual complementario siempre que no excedan de tres (3) periodos en el año.⁵²

d.4) S.A.C. cuando el trabajador se encuentra con licencia por incapacidad laboral

47 CNTrab., fallo plenario 35, 13/9/1956, “Piñol, Cristóbal c/Genovesi S.A.”.

48 TOSCA, ob.cit., p. 568, citando a ACKERMAN, ob.cit., y diferenciándose de FERNÁNDEZ MADRID.

49 TOSCA, ob.cit., p.569, citando a ACKERMAN, ob.cit.

50 CNTrab., sala VII, 7/5/1993, “De Marchi Emilio O.c/ Bank of America S.A.”, DT,1994-A,956. Del mismo modo se expide PINTO VARELA, Silvia E., en Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, OJEDA (coordinador), segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo II, p. 245, con citas jurisprudenciales.

51 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1327; PINTO VARELA, ob.cit

52 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1327.El CCT 389/2004, de los gastronómicos, art.30, por ejemplo, dice: “El sueldo anual complementario podrá abonarse hasta en tres (3) periodos o épocas del año calendario sin que la modalidad de pago de un año implique precedente para otros subsiguientes. Cada período se comprenderá por un cuatrimestre y el sistema adoptado deberá ser anunciado por el empleador dentro del primer trimestre de cada año. Si vencido este término la empresa no hubiere efectuado la comunicación fehaciente a su personal, se entenderá que ha desistido de aceptar la presente modalidad, debiendo cumplimentar su obligación conforme lo establece la Ley de Contrato de Trabajo.” El CCT 272/1996 de los Pasteleros en su art.83 expresa: “SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO La empresa queda facultada a fraccionar el pago del Sueldo Anual Complementario, abonándolo cuatrimestralmente en las siguientes fechas: 30 de Abril- 31 de Agosto - 31 de Diciembre.”

temporaria (ILT)

Según el art.13 de la LRT, 24.557, mientras dure el periodo de incapacidad laboral temporaria el damnificado percibirá una prestación de pago mensual que se calculará, liquidará y ajustará de acuerdo al decreto 1694/2009 de conformidad a lo establecido en el art.208, L.C.T.

La prestación dineraria correspondiente a los diez primeros días estará a cargo del empleador. A partir de allí, de la ART. La prestación dineraria de que se trata sustituye al salario.

*Las prestaciones dinerarias de pago periódico no son salario, art.13 in fine LRT*⁵³, pero toman como referencia la remuneración del trabajador; deben abonarse mensualmente; sobre ellas se hacen aportes y contribuciones con destino a la seguridad social. La resolución 983/2010 del MTEySSN dispuso la inclusión de la parte proporcional del SAC.⁵⁴

En ese caso el S.A.C. deberá ser proporcional al tiempo efectivamente trabajado por el trabajador en el semestre en que se devengaron remuneraciones computables, conforme lo establece el art.1° del decreto 1078/84, reglamentario de la ley 23.041.

III.- Épocas de pago del S.A.C.

1.- Época de pago

a) Conforme la reforma de la ley 27.073 (B.O., 20/1/2015), sancionada según un proyecto del senador Nito Artaza, el art.122 de la LCT reza:

“El sueldo anual complementario será abonado en dos (2) cuotas: la primera de ellas con vencimiento el 30 de junio y la segunda con vencimiento el 18 de diciembre de cada año...”

Se devenga día a día, pero logra su finalidad abonándose en los dos periodos indicados. La ley 27.073 tácitamente ha derogado el art.1° de la ley 23.041 en cuanto se refería a las fechas de pago del SAC para los trabajadores comprendidos en la LCT.

La época ordinaria de pago de esta remuneración complementaria es diferente de las demás remuneraciones (arts.126; 127 y 128, L.C.T.): *dos cuotas*, la primera de ellas con vencimiento el treinta de junio y la segunda ahora *el dieciocho de diciembre de cada año*, sin que se añada a ello un plazo mayor como prevé el art.128, L.C.T.

El adelantamiento de la fecha de pago de la segunda cuota del S.A.C. que prescribe la nueva ley respecto de precedentes anteriores (antes era el 31 de diciembre) se presenta como sumamente positivo desde la perspectiva del trabajador. Se recibe así legalmente una costumbre de algunas empresas de adelantar el pago de la segunda cuota del S.A.C. para antes de las fiestas de Navidad y Año Nuevo.

Además, de ese modo el trabajador podrá afrontar en una posición económica más firme los ingentes gastos que las tradicionales fiestas de fin de año irrogan a las familias. Por otra parte, la previsión de la nueva norma se acerca mutatis mutandis a lo que normas de otros países prevén como México, donde debe pagarse, quizás con mayor flexibilidad, “antes del 20 de diciembre”, art.87 de la Ley Federal del Trabajo, y El Salvador, donde debe pagarse “entre el 12 y el 20 de diciembre de cada año”, art.200 del Código de

53 ACKERMAN, Mario E., Riesgos del Trabajo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, T.I., p.393.

54 ACKERMAN, Riesgos del Trabajo, cit., p.394.

Trabajo de El Salvador.

Muy especial es la regulación del Estatuto de los Trabajadores español que prevé en su art.31: "Gratificaciones extraordinarias. El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades."⁵⁵

Para algunos empleadores puede que la nueva regulación los complique de alguna manera porque deberán conseguir el dinero para pagar este salario diferido (y las cargas sociales anejas) antes de lo que habitualmente se hacía, en algunos casos antes de las ventas de fin de año que le permitían llegar en mejor estado a soportar esta erogación.

Pero no se han escuchado voces contrarias a la nueva ley, al menos de modo estentóreo, como se dice que se levantaron en 1945. Será que sus previsiones no significan una complicación insuperable para la mayoría de los empleadores.

b) La época de pago del S.A.C. está impuesta por la ley y no puede ser modificada por voluntad de las partes. Así lo entiende la generalidad de la doctrina y jurisprudencia.⁵⁶ Empero, para Grisolí, por el juego armónico de los arts.122 y 128, L.C.T., "no resulta extemporáneo el pago del S.A.C. dentro de los cuatro días hábiles posteriores al vencimiento de cada semestre del año." Comparte la misma postura Etala.⁵⁷

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, el 15/12/1965 en el plenario "Chávez, Manuel y otros c/Lutgen Mora Ricotti"⁵⁸, repetido en el plenario del 9/12/1974, "Fraga, Jorge c/Administradora Gral. de Emisoras Comerciales de Radio y Tv."⁵⁹, resolvió que *no se admite incluir el S.A.C. en el salario diario*.

c) La nueva regulación, que adelanta el pago de la segunda cuota de aguinaldo al 18 de diciembre (cuando antes era el 31 de ese mes), establece además que: "*...A fin de determinar la segunda cuota del sueldo anual complementario, el empleador debe estimar el salario correspondiente al mes de diciembre.*"

Normalmente esta estimación anticipada, a la que se refiere la nueva ley, es posible de realizar y sin mayores complicaciones en trabajadores con sueldos fijos, con salarios no variables.

En cualquier caso, consideramos, debe otorgarse recibo separado al trabajador por el pago del S.A.C. de modo separado a la remuneración del mes de diciembre de cada año con las previsiones de los art. 138, 139 y 140 de la LCT.

La nueva norma no se ha desentendido del caso de trabajadores con remuneraciones

55 CRUZ VILLALÓN, Juan, Estatuto de los trabajadores, edición actualizada setiembre 2020, 36ª edición, Tecnos, Madrid, 2020, p.135.

56 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1329; MÁNTARAS, ob. cit. p.40; PINTO VARELA, ob.cit., p.249, TOSCA, ob.cit., p.570

57 GRISOLÍA, ob.cit., p.653; ETALA; Carlos, Ley de Contrato de Trabajo, Astrea, Buenos Aires, 2014, T.I, p.425.

58 Id SAIJ: FA65040003

59 Ver <https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/249/listado.pdf>, consultado el 16 de febrero de 2021.

variables como son las comisiones o premios con distinta periodicidad. Para ese caso ha previsto la nueva ley que:

“...Si dicha estimación no coincidiera con el salario efectivamente devengado, se procederá a recalcular la segunda cuota del sueldo anual complementario. La diferencia, que resultare entre la cuota devengada y la cuota abonada el 18 de diciembre se integrará al salario del mes de diciembre.”

Admite la nueva norma un pago “a cuenta”, porque no es íntegro en ese caso, el que debe estar justificado objetivamente, pero que no será penalizado siempre y cuando se complete la diferencia que resulta entre lo que se debió pagar y lo pagado con el salario del mes de diciembre, según ella lo autoriza.

Entonces consiente la norma en que la diferencia pueda ser pagada en los términos del art.128 de la LCT con el salario del mes de diciembre.

Deberá señalarse en el recibo pertinente el pago parcial del medio S.A.C. y su complemento en el recibo de los haberes del mes de diciembre, arts.138,139 y 140, LCT. Conviene que todo ello quede esclarecido a fin de que el empleador no incurra en mora automática, art.137, LCT, debiéndose estar al principio de buena fe, art.63, LCT.

d) Un párrafo aparte merece la ley 26.844, Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Ella prevé para el personal incluido en ese estatuto profesional que la fecha de pago de la segunda cuota del S.A.C.- según el art.27 de esa norma especial- debe ser *“la última jornada laboral del mes de diciembre de cada año.”*

Ante ello una postura interpretativa puede considerar que, habiendo un tratamiento específico del tema en la norma del estatuto del sector diferente de la LCT que en principio no se le aplica, y haciendo una interpretación normativa estricta de las normas desde el art.2 inc.b) de la LCT, sustituido por el art.72 inc. a) de la ley 26.844, se debería estar a la regulación específica del estatuto aludido.

Pero otra interpretación más amplia ante el tema- la que compartimos- propicia tener en cuenta la reforma del art.122 de la LCT hecha por la ley 27.073, que es posterior, y que ésta consulta con los principios de protección y de progresividad, como a los principios de igualdad y no discriminación. Ellos deberían justificar una revisión de la previsión que sobre el particular tiene la ley 26.844. La norma especial para el personal de casas particulares ha quedado desfasada y regula el tema ahora en perjuicio de ese colectivo de trabajadores porque su previsión en cuanto a la fecha de pago de la 2ª cuota del S.A.C. es menos beneficiosa que los trabajadores abarcados por la ley general del trabajo, aunque fuere sólo por unos días, y no hay motivo suficiente que justifique esa diferencia discriminatoria. Sólo se entiende esa diferencia a raíz de una mala técnica legislativa.

La aplicación del principio de protección del art.14 bis de la Constitución Nacional, como el principio de progresividad contenido en el PIDESC, art.2º.1, la Convención Americana de Derechos Humanos, art.26 y Protocolo de San Salvador arts.1º,17 y 19.1 y 5, y además los de igualdad y no discriminación⁶⁰, justificaría en caso de conflicto solicitar se declare la inconstitucionalidad de aquella normativa y la aplicación de la nueva.

60 Ver GIALDINO, Rolando E., Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones, Abeledo Perrot, 2013, p.97 y sgtes.

Bien decía el maestro Vázquez Vialard- aunque fue un tiempo atrás y ello es aplicable al caso *mutatis mutandis*- “ello no significa que el juez, en virtud de la analogía *iusuris* y de lo dispuesto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, no deba construir una norma especial, a cuyo efecto puede tomar como modelo lo dispuesto en los respectivos institutos que prevé la LCT (lo que es distinto de aplicarlo directamente, en abierta violación de lo dispuesto en el citado art.2º, LCT)”.⁶¹ El nuevo modelo aplicable será el del art.122 de la LCT modificada recientemente.

Para no llegar a ese extremo bastaría con que los empleadores de los trabajadores de casas particulares (muchos de los cuales a su vez son empleados dependientes) pagaran la segunda cuota del SAC en la misma fecha en que se ordena que ella se pague según la reciente norma.

Lo mismo podría decirse para los trabajadores dependientes de la Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado nacional, excluidos de la reforma de la ley 27.073.

Es una costumbre reciente de muchas administraciones públicas el pago de la segunda cuota del SAC días antes de la Navidad. La costumbre en ese caso *contra legem* beneficia a los servidores públicos a los que alcanza, pero no es a todos.

Recuérdese que, si un convenio colectivo lo autoriza expresamente, en el caso de las PYMES el S.A.C. podría pagarse hasta en tres cuotas, art.91, ley 24.467.

2.- En el caso de trabajo eventual, de temporada o a plazo fijo

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario N°203 del 9 de diciembre de 1974, *in re* “Fraga, Jorge c/Administración General de Emisoras Com. de Radio y TV”, dijo:

“En el supuesto de trabajo eventual o de temporada, el sueldo anual complementario debe ser abonado en forma proporcional a la finalización de cada ciclo, ya que el pago debe adaptarse a la modalidad de esas relaciones y a la situación que se presenta es asimilable a la prevista en el art.123 de la L.C.T.”⁶²

Cuando las modalidades de las tareas lo permitan, el pago del S.A.C. debe hacerse en las fechas que legalmente están previstas para ello; en caso contrario lo será al terminar la labor comprometida.⁶³

En el supuesto de los trabajadores eventuales, por la propia naturaleza de sus tareas el S.A.C. *se paga al finalizar el contrato*, “*aunque éste dure un día*”, lo que concuerda con la norma del art.123, L.C.T.⁶⁴

Lo mismo sucede con los trabajadores a plazo fijo, porque la característica de la tarea es su transitoriedad, ya “que finalizan su contrato con la terminación de la causa que

61 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “Ley laboral común y especial”, en Revista de Derecho Laboral 2003-2, Estatutos y otras actividades especiales-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p.9.

62 DT 1975-A, 123.

63 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1329

64 Ídem nota anterior

justificó su contratación en los términos de los artículos 90 y 99 de la LCT” debiéndoseles abonar el S.A.C. al cese. Si su extensión es superior a seis meses debe hacerse el pago en las épocas previstas legalmente y la parte proporcional al finalizar su labor.⁶⁵

En el trabajo de temporada “es usual el pago al finalizar el ciclo respectivo, lo que también responde a la modalidad de la tarea, signada por un largo lapso de inactividad en el año.”⁶⁶

IV.- Extinción del contrato de trabajo - Pago proporcional

1.- Pago del S.A.C. con motivo del cese

a) Como el sueldo anual complementario es salario diferido, se gana día a día pero que se percibe a posteriori en las épocas legalmente fijadas, cuando sucede la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa él ya se ha adquirido de *modo proporcional al tiempo trabajado en el respectivo semestre.*

La previsión del art.123, L.C.T., coincide sustancialmente con el art.1º del decreto 1078/84 el que reza:

“La liquidación del sueldo anual complementario en virtud de lo determinado por el artículo 1º de la ley 23.041, será proporcional al tiempo trabajado por los beneficiarios en cada uno de los semestres en que se devenguen las remuneraciones computables.”

También lo hace con la previsión del art. 2º de ese mismo decreto que dice:

“En todos los casos la proporcionalidad a que se refiere el artículo anterior se efectuará sobre la base del 50% (cincuenta por ciento) de la mayor remuneración mensual nominal devengada por todo concepto en el semestre que se considere.”

El sistema adoptado por la L.C.T. es similar al caso del pago de la indemnización sustitutiva de vacaciones proporcionales no gozadas en caso de extinción del contrato de trabajo, cualquiera fuera la causa, art.157, L.C.T.⁶⁷

Cuando se opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, el trabajador o sus derechohabientes que determina la ley tendrán derecho a percibir la parte del sueldo anual complementario, sin necesidad de esperar el plazo ordinario.

b) El modo de liquidación fue alterado por la ley 23.041.

b.1. -La liquidación del S.A.C. proporcional, si la extinción se produjo el último día de uno de los meses puede hacerse tomando el 50% de la mayor remuneración devengada durante el semestre del año que corresponda, multiplicada por el número de meses trabajados en ese semestre y al resultado dividirlo por 6.

b.2. -Otro modo de liquidarlo es el que propicia Machado cuando indica mejor remuneración del semestre por número de meses trabajados en el semestre y al resultado luego dividirlo en 12.⁶⁸

En cambio, si la extinción no coincide con el último día del mes Machado expresa que se debe tomar la mejor remuneración del semestre y multiplicarla por los días trabaja-

65 PINTO VARELA, ob.cit., p 248.

66 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1329.

67 DEL BONO, ob.cit., p.437.

68 MACHADO, José Daniel, Las indemnizaciones debidas por extinción de la relación laboral en Tratado de Derecho del Trabajo, ACKERMAN (director) -TOSCA (coordinador), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. IV, p.456.

dos en el semestre hasta el cese; al resultado dividirlo en 365.⁶⁹

b.3. -En ese mismo supuesto puede, a su vez, tomarse *la mitad de la mejor remuneración del semestre y multiplicarla por los días trabajados en el semestre; al resultado se lo debe dividir en el número de días del semestre.*

La mayor parte de las veces, por razones prácticas como propician en general los contadores, se lo divide en 180 pero puede que el semestre tenga más de 180 días.

Si el trabajador trabaja menos de un mes y no hay desactualización de su salario el S.A.C. proporcional puede calcularse dividiendo la remuneración percibida en el lapso trabajado en 12.

2.- Legitimados para el cobro

a) Según el texto del art.123, L.C.T., los legitimados para el cobro del S.A.C. proporcional cuando se opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa son *el trabajador o los derechohabientes que determina la ley.*

La literalidad de la norma, que es clara, no ofrece problemas para su interpretación y se relaciona con otras normas de la propia LCT. Así lo entiende una postura jurisprudencial y doctrinaria. La referencia a los causahabientes del trabajador se encuentra en diversos artículos de la L.C.T.

Así, por ejemplo, el art.149- respecto de la aplicación al pago de indemnizaciones u otros beneficios a las indemnizaciones debidas con motivo del contrato de trabajo o de su extinción- se refiere "al trabajador o sus derechohabientes".

El art.156, L.C.T., vinculado a la indemnización sustitutiva por vacaciones no gozadas, expresa: "...Si la extinción del contrato de trabajo se produjera por muerte del trabajador, los causahabientes del mismo tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en el presente artículo."

Específicamente el art.248, L.C.T., prevé la indemnización por antigüedad en caso de muerte del trabajador. Allí ese crédito nace *iure proprio* en cabeza de las personas enumeradas en el artículo 38 del decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974), incorporándose, con algunos requisitos diferenciales según los casos, a la mujer que hubiese vivido públicamente con el trabajador mismo, en aparente matrimonio.⁷⁰

Es criterio del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que en el tema ahora hay que estar a las previsiones de la ley 24.241.⁷¹

El art.262, L.C.T., se refiere expresamente a los causahabientes y dice: "Los privilegios de los créditos laborales se transmiten a los sucesores del trabajador."

⁶⁹ Ídem nota anterior.

⁷⁰ Véase acerca de la ardua discusión acerca del concepto de "causahabientes" y el alcance de la remisión a la vieja ley 18.037 o a la nueva ley 24.241 en OJEDA, Raúl Horacio, comentario al art. 248 en Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada, OJEDA (coordinador), 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo III, p.506 y MACHADO, José Daniel, La muerte y el contrato de trabajo, en RDL N° 2000-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.157
⁷¹ TSJ, Córdoba, "Mercado, Lidia del Valle y otro c/Amfin S.A.-Ordinario. Indemnización por muerte (art.248, LCT)-Recurso de casación, sentencia N°151/14", citada por LASCANO, Eduardo J.-CALVIMONTE, Beatriz, Derecho del Trabajo. Interpretación judicial. Jurisprudencia Sala Laboral T.S.J. 2005-2018, Advocatus, Córdoba, 2019, p.387.

El art.277, L.C.T., que prevé el pago en juicio de créditos laborales establece: “Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del Tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derechohabientes...”.

Para Fernández Madrid los derechohabientes son los que menciona el art.248, L.C.T.⁷² Compartimos con Bonabotta que “*estamos en presencia de un derecho que nace iure proprio en cabeza de las personas establecidas por la propia ley.*”⁷³

Litterio expresa que si los convivientes acreditan en juicio tal carácter tienen derecho a percibir la parte proporcional del S.A.C. y la indemnización por vacaciones no gozadas, art.123 y 156, LCT.⁷⁴

b) Otro sector minoritario de la jurisprudencia y doctrina estima que “*la concubina no tiene derecho al reclamo del sueldo anual complementario del trabajador occiso, ya que tal rubro nació en cabeza de éste y se transmitió por sucesión por lo que al no tratarse aquélla de una sucesora legítima, cuando tampoco ha invocado ni acreditado ser heredera testamentaria, de conformidad a lo dispuesto por los arts.3279, 3280, 3545, 3606 y 3607 del Cód. Civil, corresponde denegarle tal pretensión.*”⁷⁵ Ahora se trata de los arts.2278;2424;2462 del Código Civil y Comercial.

El del art.123 no es el único caso en que la L.C.T. en el tema remuneratorio se refiere a derechohabientes del trabajador.

La referencia jurisprudencial aludida se basa en interpreta que según las normas precitadas “el legislador ha dispensado un tratamiento diferente a los créditos previstos en los arts.149,156 ó 248 de la ley de contrato de trabajo (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175), que se refieren a obligaciones exigibles como consecuencia de la muerte del trabajador, frente a los demás créditos laborales, no percibidos por éste antes del fallecimiento y que son transmisibles a terceros, en virtud de lo que dispone el art. 3279 del Cód. Civil [ahora es art.2278,CCyCom.]. Quien pretende ser titular de los créditos previstos en los arts.149,156 o 248 de la ley de contrato de trabajo (Adla, XXXIV-D, 3218; XXXVI- B, 1175), debe justificar el carácter de heredero, calidad que no inviste la concubina.”⁷⁶

Se expresa que en los demás casos, las remuneraciones nacen inicialmente en cabeza del *de cuius* y se transmiten a los herederos⁷⁷, pero pueden percibirse sin necesidad de promover el juicio sucesorio a fin de acreditar la calidad de heredero bastando probar el carácter y vocación hereditaria en juicio laboral, lo que se aplica a los herederos forzosos (art.3410, CC), mas no a los que no lo son (art.3412, CC), excluyéndose a la concubina.⁷⁸

72 FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1330. DEL BONO, ob.cit., refleja esa polémica.

73 BONABOTTA, Guillermo, comentario al art.123 en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo N°20.744 comentada por jueces y juezas del trabajo, RAFFAGHELLI, Luis(director)-FRETES VINDEL ESPECHE, Leandro (vicedirector), IJ Editores, Buenos Aires, 2020, p.78.

74 LITTERIO, Liliana Hebe, “Familia” en AA.VV., Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo, RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (director)Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires,2015, p.780.

75 CNTrab., sala X, 115/9/1997, “H., L.L. c/ Keithon S.A. y otros”, DT,1998-A,318; CNTrab., sala II, 24/2/1989, “A., H. M. c/Flota Fluvial del Estado Argentino”, DT 1989-B,1335

76 CNTrab., sala II, 24/2/1989, “Aguilar, Héctor M. c/ Flota Fluvial del Estado Argentino”, LA LEY 1989-C, 456, Cita on line: AR/JUR/1683/1989

77 MÁNTARAS, ob.cit. p.41, quien dice que “a diferencia de las indemnizaciones por muerte, que son exigibles después del fallecimiento y por lo tanto no integran el patrimonio del causante, los devengos salariales- incluyendo el sueldo anual complementario- integran el haber hereditario, y como consecuencia son propiedad de los que se declaren herederos.”

78 Ver VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Astrea, Buenos Aires, 2001, T.1, p. 438, y FERNÁNDEZ MADRID, Juan

Ahora se halla en el art.2337 del CCyCom.

3.- Exigibilidad

Extinguido el contrato de trabajo por cualquier causa, el pago del S.A.C. proporcional, en tanto es una remuneración- de acuerdo al art.255 bis de la L.C.T. incorporado por art.1° de la ley 26.593 (B.O., 26/5/2010)- *"se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral."*

Así será *"cuatro (4) días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres (3) días hábiles para la semanal"*, siempre desde la fecha de extinción de la relación laboral. Hay aquí una diferencia respecto de las fechas del pago en un semestre normal.

V.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por despido

a) A tenor del carácter de salario diferido que se gana día a día, mes a mes, que tiene el S.A.C. y de los términos del art.245,L.C.T., según el art.5° de la ley 25.877 (B.O.,19/3/2004) que dice que para la indemnización por despido se debe tomar como base *"la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor"*, debería incorporarse el S.A.C. a la base para la indemnización por despido.⁷⁹

Se expiden en ese mismo sentido Ojeda⁸⁰, Machado⁸¹, Barrera Nicholson⁸² y también Arias Gibert⁸³, Bonabotta⁸⁴ y Fernández Madrid.⁸⁵

La Suprema Corte de Buenos Aires tradicionalmente ha entendido que *"...Por tratarse de un salario diferido el sueldo anual complementario forma parte integrante de la remuneración del empleado a los efectos indemnizatorios del art. 245 de la LCT..."*. *"...Es que el sueldo incluye la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, los que forman parte integrante del mismo para los efectos legales pertinentes, incluyendo el sueldo anual complementario en razón de tratarse de un salario diferido..."*.⁸⁶

También la SCBA se expidió de la misma forma el 27/10/1987 en autos: *"Ojeda Aparicio, Delfina y otras c/Swift Armour Argentina S.A."*⁸⁷

Coincide con ese criterio el STJ de Entre Ríos, Sala Laboral 23/6/2006, *"Santos Claudio Alfredo Mario y otros c/Cooperativa de Electricidad y Afines de Gualeguaychú"*.⁸⁸

Carlos, Tratado práctico de derecho del trabajo, 2ª edición, Fedye, Buenos Aires, 2001, T. II, p. 1603.

79 Se expide de modo positivo FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1330. DEL BONO cita variada jurisprudencia en sentido afirmativo, p.386/387

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

81 MACHADO, José Daniel, Las indemnizaciones debidas por extinción de la relación laboral en Tratado de Derecho del Trabajo, ACKERMAN (Dir.)-TOSCA (Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, T. IV, p.457.

82 BARRERA NICHOLSON, Antonio J., así lo expuso en su comentario en la Red 14 bis.

83 ARIAS GIBERT, Enrique, La remuneración "devengada" en la reforma de la ley 25.877, DT, 2007-A, 146.

84 BONABOTTA, ob.cit., p.79.

85 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo comentada, Erreius, Buenos Aires, 2018, T.II, p.1278.

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

87 SCBA, JUBA, citado por BONABOTTA, ob.cit.

88 Citado por BONABOTTA, Guillermo, en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo N°20.744 comentada por jueces y juezas del trabajo, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, p.75. La CNTrab.,sala X,14/10/2010, "Salaberri Lanza, Matias Ignacio c/Sap Argentina S.A.",DT, Año LXXI, N°7, p.1711, cita on line: AR/

b) Conclusiones

A su vez otra jurisprudencia y doctrina se expiden en sentido negativo porque estiman que el S.A.C. es un sueldo complementario y que su pago no es mensual.⁸⁹

Dicha postura negativa triunfó en el sumamente cuestionado plenario N° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal del 19/11/2009 en autos: "Tulosai, Alberto P. c/ Banco Central de la República Argentina s/ LEY 25.561". Allí, por mayoría, se fijó la siguiente doctrina:

"1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario. 2°) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T."⁹⁰

En el mismo sentido negativo se expide desde hace tiempo el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Laboral, por no ser el S.A.C. una remuneración mensual.⁹¹

VI.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización sustitutiva por vacaciones no gozadas

La generalidad de la jurisprudencia y doctrina se expiden por la no inclusión del S.A.C. en la indemnización por vacaciones no gozadas fundados en que el rubro de que se trata tiene naturaleza indemnizatoria y no salarial.⁹²

En cambio, por la inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización sustitutiva por vacaciones no gozadas se expide otra postura jurisprudencial considerando que si bien esa suma tiene carácter indemnizatorio *"debe ser equivalente al 'salario correspondiente al periodo de descanso proporcional a la fracción del año trabajada"*, según el art.156, L.C.T., y como el S.A.C. es un salario diferido debe incluirse.⁹³

De otro modo *"importaría premiar al empleador eximiéndolo de su pago cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa"*,⁹⁴ o *"se privará al trabajador de una parte del salario que ya ha ganado, porque si no hubiera ocurrido el distracto el lapso de la vacación*

JUR/71681/2010, resolvió que a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad resulta procedente incluir en el salario base las bonificaciones abonadas trimestralmente si la demandada no brindó explicaciones de cuáles serían las condiciones para tener derecho a su cobro ni se ha logrado acreditar que las mismas obedecieran a la implementación de un sistema de evaluación de desempeño del trabajador, pues no se vislumbran los presupuestos fácticos necesarios para aplicar la doctrina sentada en el plenario "Tulosai", con comentario de CHITTI, María Stella, La base salarial que garantiza la protección del trabajador contra el despido arbitrario.

89 DEL BONO, ob.cit., p.440, quien se expide en sentido negativo e indica jurisprudencia al respecto.

90 Véase la crítica que hacen ETALA (h.), Juan José-GONZÁLEZ ROSSI, Alejandro, La consideración de Remuneración Mensual -art. 245 LCT- según el Plenario 322, DT 2009 (diciembre), p.315.

91 TSJ Córdoba, sala laboral, 23/4/2010, "Peralta, Miguel Ángel c/ Ciudad de Córdoba SACIF-ordinario-Art.212 LCT-Recurso directo" (La instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1, Fallos A 435, p 131, López-Moreno, Villa María, 2011 con el comentario de KESELMAN, Sofía Andrea, Base remuneratoria para el cálculo de la indemnización por antigüedad. Incidencia del sueldo anual complementario). Esa postura fue reiterada por el tribunal cimero cordobés el 1/3/2011, "Ostiatti, Jerónimo c/ C.C.C. La Capital del Plata Ltda.-Ordinario. -Despido-recurso de casación", en contradicción con la SCBA, 6/10/2010, "Catalana, Mauro Jesús c/ Sealy Argentina S.R.L. y otro. Indemnización por despido, etc.", citados por la misma autora. Antes lo había hecho 4/12/2007, en autos: "Carvazán Jorge Luis c/Constantino Juan Elio Paoletti y otro", citado por SECO, Ricardo Francisco, en AA.VV. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba Sala Laboral resumida. Comentarios parte I, UBP-Advocatus, Córdoba, 2021, p.120.

92 DEL BONO, ob.cit., finalmente se coloca en esta posición por la naturaleza indemnizatorio del rubro previsto en el art.156, L.C.T., con cita a la CNTrab., sala X, 8/4/2003, "Magdalena, Pastor O. c/Editorial La Razón S.A.", DT, 2003-B,1550; CNTrab., sala VII,28/6/2004, "Arena, Ángela R. c/Flores, Juana E. y ot.", DT 2004-B,1523. Ver CNTrab., sala VII, 18/10/1996, "Luna, Roberto M. c/ Buenos Aires Embotelladora S.A.", DT 1997-A,964; CNTrab., sala III,30/8/1996, "Buttner, Alfredo E. c/Lombarda S.A., José J. e Hijos y otro", DT 1997-A,950.

93 SCBA, 31/7/1984, "Alonso, Guillermo c/ A.L.D.O.S.S.", L.T. XXXII,1131.

94 DEL BONO, ob.cit., p 387.

'gozada' se hubiera contado como tiempo trabajado para el cómputo del S.A.C."⁹⁵

VII.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso omitido

No cabe duda que la indemnización sustitutiva del preaviso omitido como la integración del mes de despido tienen carácter indemnizatorio.

De los claros textos de los arts.232 y 233 de la L.C.T., fluye que la pretensión del legislador ha sido *colocar a estos fines al trabajador que no gozó del preaviso en igualdad de condiciones con aquél que fue preavisado correctamente*, devengó y percibió los salarios durante el periodo correspondiente.

Se impone entonces calcular el S.A.C. sobre el rubro de mención para mantener la equivalencia.⁹⁶

VIII.- Inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por maternidad

De acuerdo al art.182, L.C.T., la prestación allí prevista como sanción es de naturaleza indemnizatoria. Empero el *quantum* de ella es equivalente a un año de remuneraciones. Se entiende que en el año significa los doce salarios mensuales más el SAC, o sea trece salarios.⁹⁷

IX.- Conclusiones

Luego de todo ese recorrido conceptual ensayamos algunas conclusiones:

a) El aguinaldo o Sueldo Anual Complementario ha cumplido tres cuartos de siglo de vigencia en la República Argentina para los trabajadores privados y públicos. Tuvo algún antecedente legislativo a nivel provincial propiciado por radicales. A nivel nacional fue propiciada la norma que lo estableció fuertemente por el entonces coronel Perón. Los trabajadores insistieron en aras de su sanción ante la incipiente resistencia empresarial. Ésta al final declinó.

b) Las modificaciones legislativas sufridas por el instituto a lo largo del tiempo lo han reconfigurado, aunque no esencialmente. En el fondo la intención básica del legislador del 45' se ha mantenido.

Es un *modo de remuneración*, convenio 95 OIT y art.103, LCT, *complementaria* (en cuanto periodicidad y monto), *diferida* pues se adquiere día por día, el derecho a percibirla nace con la prestación de servicios y en proporción al tiempo trabajado, art.123,LCT, y decreto 1078/84; es un *salario* que se calcula sobre otro salario, su pago es semestral, es *irrenunciable*, el trabajador tiene derecho a cobrar el aguinaldo proporcional en el semestre en caso de producirse la ruptura del vínculo, cualquiera sea la causa de su extinción. Si no hay prestación de servicios, si no hay prestación principal, no puede adquirirse ningún derecho a cobrar posteriormente suma alguna como salvo que esté eximido de prestar

95 Ver los diversos pronunciamientos jurisprudenciales en diverso sentido de la CNTrab. que cita NAVARRO, Marcelo Julio en el comentario al art. 156 en Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada, OJEDA (coordinador), 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo II, p.438.

96 DEL BONO, ob.cit., p.440 y 441, con cita de la CNTrab., sala IV, 29/9/2000, "Fernández Otalora, Alejo L. c/ Z.F. Rodamientos SRL", y FERNÁNDEZ MADRID, ob.cit., p.1331, con cita de la CNTrab. Sala II, 12/9/1980, "Perrota Antonio c/Gurmendi"; CNTrab. sala II,27/10/1997, "Verón c/ISSPF", DT 1998 B,2300

97 DEL BONO, ob.cit., p.442. Véase CNTrab., sala V ,13/11/1998, "P., A. N. c/ Auxilios Mecánicos Caballito S.R.L. y otros", LA LEY 1999-D, 411 - DJ 1999-2, 1160; Cita on line: AR/JUR/1746/1998. Ver también LITTERIO, Liliana Hebe en OJEDA, Raúl Horacio, comentario al art.182 en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada, OJEDA (coordinador), 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo II, p.566; STER, Sala Laboral, 20/8/1998, "Cáceres, Stella Maris c/ Schmidt, Olga Beatriz", citada por BONABOTTA, ob.cit., p.77.

servicios y que por alguna causa legal que así lo autorice genere remuneración, aunque el servicio no se preste, tal como ocurre con las vacaciones o licencias remuneradas.

Mas una deficiente técnica legislativa posterior incrementa algunas leves diferencias entre los trabajadores respecto del S.A.C. sin razón suficiente.

Los trabajadores valoran positivamente este salario complementario y obligatorio para que el empleador lo pague desde hace ya setenta y cinco años en nuestro país, aniversario que celebramos.



EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Teresita N. Saracho Cornet¹

Sumario: I. Consideraciones iniciales. II. El derecho a la jurisdicción. Acción y recurso judicial efectivos: 1. Provisión de servicios de asistencia jurídica gratuita. 2. Costos del proceso. III. El debido proceso legal: 1. Defensa efectiva. Principio de igualdad “ante la ley” y “ante los tribunales”. 2. Igualdad y no discriminación: 2.1 Derivación de la unidad del género humano. 2.2 Deber universal de respeto y garantía. 2.3 “*ius cogens*” y obligaciones “*erga omnes*”. 2.4 Discriminación por razones económicas y las garantías judiciales. IV. La justiciabilidad de los derechos laborales. 1. El caso “Lagos del Campo vs. Perú”. 2. El caso “Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú”. 3. El caso “Spoltore vs. Argentina”. V. Reflexiones.

Resumen: En este trabajo se examina la doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con repercusión en algunos de los tópicos relevantes del acceso a la justicia; en contextos donde la situación económica de los contendientes restringe, limita y en muchos casos cercena la efectividad del derecho a la jurisdicción. Desde dicha perspectiva se aludirá a la provisión de servicios de asistencia jurídica gratuita y los costos del proceso; al debido proceso legal, sustantivo y adjetivo, donde los derechos/principios a la igualdad –y sus derivaciones, el principio de igualdad “ante la ley” y “ante los tribunales”- y no discriminación, se ubican como ejes estructurantes, con proyecciones relevantes en el ejercicio del derecho de defensa. Se abordará, asimismo, el nuevo criterio del Tribunal interamericano sobre los derechos laborales y el art.26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Corte IDH. Derechos laborales. Protección judicial. Garantías judiciales. Justiciabilidad.

I.- Consideraciones iniciales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Tribunal supranacional o Tribunal interamericano) se ha ocupado de la preservación y observancia de las garantías judiciales y los medios jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales, lo que involucra *el acceso a la justicia en pos de obtener la tutela judicial efectiva*².

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), miembro de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral de la Universidad Blas Pascal, Córdoba; Profesora Adjunta de la Cátedra “A” de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba; Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba, Sala VIII

² Para el desarrollo de este tema ha resultado útil la consulta de la publicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”:

El acceso a la justicia incluye tanto la facultad y la posibilidad de acudir ante órganos (administrativos y judiciales) que imparten justicia, aportar o requerir pruebas y alegar en resguardo de intereses y derechos (justicia formal), como la obtención de una sentencia (susceptible de revisión y dictada en un plazo razonable) que satisfaga las exigencias sustantivas de la justicia (justicia material). Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido. Se destaca que deben alcanzarse ambas manifestaciones del acceso a la justicia, formal y material³. Sólo así queda satisfecha la tutela judicial efectiva.

Habiendo nuestro país reconocido⁴ la competencia de los órganos (Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH), que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), sus pronunciamientos resultan de acatamiento obligatorio para el Poder Judicial. Por lo que deviene necesario conocer y asumir las decisiones, de diversa naturaleza, de los mentados órganos. Ello se completa con las que provienen de los órganos creados por los Pactos y Convenios de la fuente universal, so pena de que el Estado argentino incurra en responsabilidad internacional.

En función de tales premisas, se establecerá en este trabajo la doctrina judicial de la Corte IDH con repercusión en algunos de los tópicos relevantes del acceso a la justicia; en contextos donde la situación económica de los contendientes restringe, limita y en muchos casos cercena la efectividad del derecho a la jurisdicción. Desde dicha perspectiva se aludirá a la provisión de servicios de asistencia jurídica gratuita y los costos del proceso; al debido proceso legal, sustantivo y adjetivo, donde los derechos/principios a la igualdad –y sus derivaciones, el principio de igualdad “ante la ley” y “ante los tribunales”– y no discriminación, se ubican como ejes estructurantes, con proyecciones relevantes en el ejercicio del derecho de defensa. Se examinará asimismo, el nuevo criterio del Tribunal interamericano sobre los derechos laborales y el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

II. El derecho a la jurisdicción. Acción y recurso judicial efectivos

Con respecto al derecho a la jurisdicción y a las acciones o recursos judiciales necesarios para que el justiciable pueda llegar *con efectividad* a los estrados jurisdiccionales, la Corte IDH ha sostenido que no basta con la existencia formal de los recursos⁵, “...sino que estos *deben tener efectividad*, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención...”⁶.

<http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.html> ;

OEA/Ser.L/V/II.129; Doc. 4, 7 septiembre 2007, Original: español. Para mayor profundización de temas vinculados a los que se analizan, puede verse Gozáni, Osvaldo A., El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomos I y II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2017. Asimismo, CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N° 12: DEBIDO PROCESO, en: <http://www.cortidh.or.cr/sitios/libros/libros/todos/docs/debidoproceso-2017.pdf>

3 Voto concurrente razonado del juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 144, párr. 5. Asimismo, en el párr. 6 se destaca que “el acceso a la justicia, uno de los temas sobresalientes en la vida contemporánea, supone el esclarecimiento de los hechos ilícitos, la corrección y reparación oportunas de las violaciones perpetradas, el restablecimiento de condiciones de paz con justicia y la satisfacción de la conciencia pública, alterada por el quebranto que sufren el Derecho, como regulación general de la conducta, y los derechos subjetivos reconocidos a los particulares, como medios para la realización de las potencialidades de las personas”.

4 Por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en los términos de su artículo 62).

5 El término se utiliza de manera amplia: como vía de acceso a la jurisdicción

6 Cfr. Corte IDH, caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Excepción Preliminar), sentencia del 30 de noviembre de 2005, Serie C, N° 139, párr. 4; caso Palamara Iribarne vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135 y caso Acosta Calderón vs. Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, N° 129, párr. 93.

Al no cumplirse dicha condición, se presenta uno de los supuestos de *denegación de justicia*, la que se configura, además, si las vías previstas por las legislaciones nacionales *no resultan efectivas* por las condiciones generales de un país o incluso cuando resulten ilusorias por las circunstancias particulares de un caso. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones⁷.

1. Provisión de servicios de asistencia jurídica gratuita

La Corte IDH ha formulado la necesidad de eliminar los obstáculos en el acceso a la justicia que pudieran originarse en la posición económica de las personas. En la Opinión Consultiva N° 11⁸, al analizar la CADH, sostuvo que la parte final de su artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica. De ahí es que el sentido de la expresión “discriminación” que menciona el artículo 24 debe ser interpretado a la luz de lo que establece el referido artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley, para hacer valer los derechos que la CADH le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley (párr. 22).

El Tribunal supranacional destacó el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (párr. 23)⁹.

Siguiendo la misma línea, al examinar el alcance del artículo 46.1 de la CADH, sostuvo: “Si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos” (párr. 31).

El deber estatal de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita fue reiterado en la Opinión Consultiva OC-18¹⁰, en la que se dispuso: “Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio” (párr. 126, cursiva añadida).

2. Costos del proceso

En la Opinión Consultiva N° 11¹¹ la Corte IDH expresó que los costos del proceso se ubican como otro factor que imposibilita el acceso a la justicia (párr. 50).

7 Cfr. Corte IDH, caso 19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109, párr. 192; caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Competencia), sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, N° 104, párr. 77; caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 103, párr. 116 y caso Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 16 de febrero de 2006, Serie C, N° 144, párr. 216.

8 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 11.

9 En dicho párrafo citó en apoyo la doctrina judicial asumida por el mismo Tribunal supranacional: caso Velásquez Rodríguez (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166 y el caso Godínez Cruz (Fondo), sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 175.

10 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados, Serie A N° 18.

11 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos..., cit.

El caso “Cantos vs. Argentina”¹² resulta ilustrativo de lo apuntado. En dicho caso, se debía el importe cuantioso de la tasa de justicia fijado por la legislación argentina. La Corte IDH tuvo que decidir, entre otras cuestiones, si el monto que los tribunales argentinos le requerían al peticionario por dicho concepto, al negársele el acceso a un beneficio de litigar sin gastos, resultaba compatible con los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH. Destacó en su sentencia que la suma fijada por el rubro tasa de justicia y la correspondiente multa constituían una obstrucción al acceso a la justicia por la falta de razonabilidad, aun cuando la mencionada tasa fuera, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda.

Sostuvo que, si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, las mismas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho. Agregó que: “... para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales...”¹³.

Con sustento en el artículo 8.1 de la CADH, señaló que el derecho de acceso a la justicia implica que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquiera norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la CADH (párr. 50, de la sentencia dictada).

III. El debido proceso legal

1. Defensa efectiva. Principio de igualdad “ante la ley” y “ante los tribunales”

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 16¹⁴, sostuvo que para que exista “debido proceso legal”, el justiciable tiene que poder hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (párr. 117).

A los fines de que el proceso alcance sus objetivos, enfatizó el Tribunal Interamericano, deben reconocerse y resolverse los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales, y la correlativa prohibición de discriminación.

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a que los Estados adopten medidas de compensación de modo tal de contribuir a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que limiten o reduzcan la defensa eficaz. Si tales medios de compensación no existieran “difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (párr. 119).

12 Corte IDH, caso Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97.

13 Corte IDH, caso “Cantos vs. Argentina”, cit., párrafos 54 y 55, donde se destacó el agravante de la situación en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio. Se resolvió que el monto por cobrar en carácter de tasa de justicia obstruía el acceso a la justicia del justiciable, configurándose la violación a los artículos 8 y 25 de la CADH.

14 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A N° 16

2. Igualdad y no discriminación

2.1 Derivación de la unidad del género humano

El principio y derecho a la igualdad, según sostuvo la Corte IDH, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Frente a ella, es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad¹⁵.

2.2 Deber universal de respeto y garantía

Del principio de *igualdad* reconocido a todas las personas, derivan, según la Corte IDH, *la igualdad ante la ley y la no discriminación* (Opinión Consultiva OC-18/2003¹⁶, párr. 83). La igualdad, sostuvo el Tribunal supranacional, difícilmente puede desligarse de la no discriminación: los mismos instrumentos internacionales, al aludir al principio de igualdad, disponen que debe garantizarse sin discriminación alguna. Dicho en otros términos, los Estados *deben respetar y garantizar* los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados (Opinión Consultiva OC-18/2003, párr. 96).

De modo tal quedó reconocida la existencia de "(...) un vínculo indisoluble entre la obligación de *respetar y garantizar* los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados *están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio* de los derechos y libertades sin discriminación alguna. En virtud del reconocimiento del principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación en tantos instrumentos internacionales, existe un *deber universal* de respetar y garantizar los derechos humanos" (Opinión Consultiva OC-18/2003, párr. 86).

La Corte IDH ha establecido la significación y alcance de los principios de no discriminación (artículo 1.1) e igualdad ante la ley (artículo 24) receptados en la CADH. Sostuvo que la diferencia entre ambas normas radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la CADH, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24¹⁷.

15 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Serie A Nº 17, párr. 45; y Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Serie A, Nº 4, párr. 55. En la función contenciosa la Corte recibió el mismo criterio; cfr. entre muchos otros, caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C Nº 239, párr. 79; caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de mayo de 2014, Serie C Nº 279, párr. 197; caso Espinoza González vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C Nº 289, párr. 216; caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C Nº 293, párr. 214.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes, cit.

17 Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de agosto de 2008, Serie C Nº 182, párr. 209. En el mismo sentido: caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C Nº 216, párr. 183; caso Vélez Lóor vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C Nº 218, párr. 253; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214, párr. 272; caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (Fondo Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de octubre de 2012, Serie C Nº 251, párr. 226; caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de mayo de 2014, Serie C Nº 277, párr. 214; caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela

A partir del examen de las implicancias del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, se precisó que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”¹⁸. En este sentido, se señaló que pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la *situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran*¹⁹.

Evitando posibles desinteligencias, destacó que no existe discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, “si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, mientras la distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma. Tales objetivos no pueden apartarse de la justicia o de la razón. En otras palabras, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”²⁰.

2.3 “*ius cogens*” y obligaciones “*erga omnes*”

El concepto de “*ius cogens*”, ha estado en sus orígenes ligado particularmente con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), según el cual “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su lado, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al “*ius cogens*” *superviniente*, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Sobre el *principio de igualdad y no discriminación* descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, no admitiéndose en la actualidad que ningún acto jurídico entre en conflicto con dicho principio. Dicho principio ha alcanzado al derecho internacional en general, por lo cual resulta imperativo y pertenece al “*ius cogens*”²¹.

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C Nº 293, párr. 217; caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de septiembre de 2015, Serie C Nº 298, párr. 243

18 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, cit., párr. 46; y OC 4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, cit., párr. 56.

19 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, cit., párr. 46. Ejemplificado el aserto, en la Opinión Consultiva OC 18/2003, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados, cit., párr. 91, sostuvo: una desigualdad no discriminatoria establecida por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía

20 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, cit., párr. 47; y OC 4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, cit., párr. 57. Dicha hermenéutica fue reiterada en casos contenciosos: caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C Nº 257, párr. 285; caso Espinoza Gonzáles vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C Nº 289, párr. 219.

21 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados, cit., párr. 101: “...En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*...”. Este criterio ya había sido sostenido anteriormente por la Corte IDH; véase OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, cit., párr. 45; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, cit., párr. 55

La obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos deviene de la pertenencia de los Estados a la comunidad internacional (independientemente que sean o no parte de determinado tratado internacional). Bajo el paradigma de la igualdad y la no discriminación, se establecen las obligaciones específicas de los Estados, derivadas de la obligación general referida. Su incumplimiento genera, a criterio de la Corte IDH, responsabilidad internacional del Estado, tanto más grave cuanto ese incumplimiento viola normas de “*ius cogens*”²².

La Corte IDH avanzó más aún a partir del sostenimiento de la posición según la cual todo el marco obligacional de los derechos humanos vinculado al principio de igualdad y no discriminación, es aplicable a todos los Estados miembros de la OEA. Al involucrar normas de “*ius cogens*”, las obligaciones respectivas son exigibles *erga omnes*, lo que importa sostener que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, lo cual incluye a los particulares²³.

2.4 Discriminación por razones económicas y las garantías judiciales

En el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”²⁴, la Corte IDH conceptualizó la discriminación estructural como aquella que tiene lugar cuando involucra a un colectivo de personas vulnerables, como aconteció en el caso del “trabajo esclavo” debatido en contra del Estado brasileño (que incluyó trabajos forzosos, servidumbre por deudas y trata de personas) al que fueron sometidos 85 trabajadores que compartían características relativas a su condición de exclusión, pobreza y falta de estudios²⁵.

Es el primer caso en el que la Corte IDH reconoció que la pobreza queda incluida en un hecho discriminatorio por derivación de la posición económica (categoría especialmente prohibida, artículo 1.1, CADH). Se pusieron de relieve algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en situación de pobreza, provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo, eran analfabetas y tenían poca o nula escolarización. Tales circunstancias los colocaban en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños.

El Tribunal Interamericano se pronunció en el mismo caso sobre la *esclavitud*, sosteniendo que tiene un “*carácter pluriofensivo*”, ya que al someter una persona a dicha condición se violan varios derechos individualmente; algunos en mayor o menor intensidad dependiendo de las circunstancias fácticas específicas de cada caso. No obstante ello, según el razonamiento de la Corte IDH, cuando se trata de la verificación de *una situación de*

22 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados, cit., párrafos 103 a 106. Esta hermenéutica fue utilizada reiteradamente por la Corte IDH: caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párr. 184; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 269; caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (Fondo Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de octubre de 2012, Serie C N° 251, párr. 225; caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de mayo de 2014, Serie C N° 277, párr. 205; caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C N° 293, párr. 215.

23 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados, cit., “...Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (párr. 109).

24 Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318, párr. 306.

25 El detalle de tales características está dado en los párrafos 334 a 342 del caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”, cit.

esclavitud, dichos derechos se subsumen en el artículo 6 de la CADH, que reconoce el derecho a la integridad y libertad personales.

El supuesto de discriminación estructural se inserta en la categoría grupos reconocidos como “expuestos a mayor vulnerabilidad”. En estos grupos se ubican las denominadas “categorías sospechosas”, que tornan necesario adoptar medidas especiales de compensación a fin de evitar la discriminación. En este sentido, la Corte IDH ha dispuesto que “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”²⁶.

En el citado caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”, se declaró responsable al Estado brasileño por infringir el artículo 6.1 de la CADH respecto del colectivo de trabajadores (principalmente varones y una sola mujer) rescatados. Asimismo, se lo declaró responsable por violar las garantías judiciales de debida diligencia y de plazo razonable (artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH), el derecho a la protección judicial (artículo 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH) en perjuicio de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde.

El criterio sostenido en dicho caso, fue reiterado en la sentencia recaída en “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”²⁷, oportunidad en la que el Tribunal supranacional recordó su doctrina judicial en orden que, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la “*posición económica*” de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la CADH. Sostuvo “este Tribunal ha determinado que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. En consecuencia, la eventual restricción de un derecho, con base en cualquiera de las categorías del artículo 1.1 de la Convención, exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso con razones sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, cualquier diferenciación con base en dichas categorías invierte la carga de la prueba, por lo cual corresponderá a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (párr. 278).

Asimismo, citó en apoyo la posición asumida en anteriores pronunciamientos respecto a que “un proceso, para alcanzar sus objetivos, debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia para atender el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación. En particular, la Corte recuerda que si una persona, que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley” (párr. 292).

IV. La justiciabilidad de los derechos laborales

En los meses de agosto y noviembre de 2017 la Corte IDH se expidió sobre la justiciabi-

26 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246, párr. 268

27 Corte IDH, caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 9 de marzo de 2018.

lidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), a raíz del dictado de dos sentencias, que bien pueden calificarse como "históricas" en el continente americano, pues involucran un cambio de la jurisprudencia mantenida en más de 40 años de existencia del órgano judicial y casi 30 años de su competencia contenciosa.

Tales precedentes validaron la efectividad²⁸ de los derechos de la persona trabajadora²⁹, con sustento en el artículo 26 de la CADH.

En el mes de junio de 2020, el Tribunal interamericano resuelve otro caso de los DESCAs³⁰, específicamente, vinculado al incumplimiento del plazo razonable en que debe extenderse un proceso judicial³¹, en procesos donde se debate el derecho a la salud de la persona trabajadora. Nuevamente la Corte IDH estableció la violación del art. 26 de la CADH, resultando en este caso condenado el Estado argentino³².

1. El caso "Lagos del Campo vs. Perú"

El primero de los casos que interesa destacar de la Corte IDH sobre el artículo 26 de la CADH, es "Lagos del Campo vs. Perú"³³. Se declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano con motivo del despido irregular del señor Lagos del Campos de su puesto de trabajo; consideró vulnerados los derechos a la estabilidad laboral (artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16), a la libertad de expresión (artículos 13 y 8 en relación con el artículo 1.1), a la libertad de asociación (artículos 16 y 26 en relación con 1.1, 13 y 8) y el derecho al acceso a la justicia (artículos 8 y 25), todos reconocidos en la CADH.

28 Sobre el tema es posible ver la postura que en la misma línea sostienen, entre otros autores, PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*; Trotta, Madrid, 2007, págs. 111-138. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 19-64. CRUZ PARCERO, Juan A., "Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones y fines", en CRUZ PARCERO, J. A. (dir.), *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, págs. 71-99. BAZÁN, Víctor, "La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales", en: *La Judicialización de los Derechos Humanos*, Ediciones Legales, Lima, 2009, págs. 257-300. BAZÁN, Víctor, "De ciertos problemas y retos que afrontan el Estado constitucional y la protección de los derechos fundamentales en Latinoamérica", *Revista El Derecho Constitucional*, N° 12.856, 17/10/2011, Buenos Aires, 2011, págs. 565/592

29 Para profundizar el tema del carácter programático u operativo de los derechos económicos, sociales y culturales, puede verse: ETCHICHURY, Horacio, *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2013. GIALDINO, Rolando, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004. ARESE, César, *Derechos humanos laborales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

30 En la sentencia el término "DESC" (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) fue reemplazado por "DESCA" (Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales) al considerar pertinente incluir la protección del "derecho ambiental" o "derecho al ambiente". Al efecto, se advirtió la reivindicación que se venía requiriendo desde un sector doctrinario y la sociedad civil, tomándose asimismo en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó una nueva relatoría agregando el término. El organismo se denomina "Relatoría Especial de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales - REDESCA". En función de ello, la Corte IDH justifica la utilización de la nueva terminología para referirse a los derechos sociales.

31 Téngase presente que pocos meses antes al dictado de la sentencia, nuestro país había sido condenado por la violación del plazo razonable; cfr. Corte IDH, caso "Jenkins vs. Argentina" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de noviembre de 2019, Serie C N° 397. El caso se relaciona con la alegada privación arbitraria de la libertad del señor Jenkins desde el 8 de junio de 1994 hasta el 13 de noviembre de 1997, en el marco de una causa penal en la que le fueron imputados los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y asociación ilícita, y de los cuales fue finalmente absuelto. Asimismo, se debatió la duración irrazonable de la acción civil de daños y perjuicios interpuesta por el señor Jenkins tras su absolución. La demanda había sido iniciada en el año 1997, siendo resuelta en el 2008, fecha de la sentencia firme dictada en apelación por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

La Corte IDH, por unanimidad, declaró al Estado argentino responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, al goce de las garantías judiciales -respecto al principio de inocencia e igualdad ante la ley (artículos 7.1, 7.3 7.5, 8.2 y 24 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH) en perjuicio del señor Gabriel Óscar Jenkins. Se condenó al Estado argentino, a reparar el daño producido a Jenkins - sobre la base de medidas rehabilitación y satisfacción -, al pago de indemnizaciones compensatorias -daño emergente, lucro cesante y daño inmaterial, como así también a satisfacer las costas y gastos irrogados.

32 Corte IDH, caso Spoltore vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 9 de junio de 2020, Serie C N° 404. Se condenó al Estado argentino, por mayoría de votos, por violación del derecho a gozar de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que aseguren la salud del trabajador (artículo 26 de la CADH) en relación con el acceso a la justicia (artículos 8.1 y 25.1), y la obligación de respetar y garantizar dichos derechos (artículo 1.1 de la CADH); asimismo, por violación del plazo razonable en el proceso judicial (el juicio había durado poco más de 12 años), artículo 26 en relación con el acceso a la justicia (arts. 8.1 y 25.1) y la obligación de respetar y garantizar dichos derechos (artículo 1.1 de la CADH).

33 Corte IDH, caso Lagos del Campo vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2017, Serie C N° 340. La decisión se adoptó por mayoría de cinco votos y dos votos parcialmente disidentes

El caso se relaciona con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo, ocurrido el 1 de julio de 1989, como consecuencia de las declaraciones realizadas durante una entrevista para la revista "La Razón", cuando era Presidente del Comité Electoral de la empresa donde había trabajado como obrero por más de 13 años. En la entrevista había denunciado que el directorio de la empresa presuntamente habría empleado el "chantaje y la coerción" para llevar a cabo "fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral". Las elecciones se habían realizado el 28 de abril de 1989, las cuales fueron posteriormente anuladas por la autoridad de aplicación convocándose a un nuevo proceso. El 26 de junio de 1998 la empresa formuló cargo en su contra por falta laboral, intentando el trabajador desvirtuar los cargos. El 1 de julio de 1989 la empresa le comunicó la decisión de despedirlo de su empleo, ya que no había logrado desvirtuar los cargos formulados, aplicándosele la figura de "faltamiento grave de palabra" en agravio del empleador. Como consecuencia, Lagos del Campo no pudo asistir a una reunión que él mismo había citado para las nuevas elecciones el 27 de junio de 1989. Tras su despido (1989) el trabajador promovió una demanda laboral, admitida por el juzgado de primera instancia al calificar el despido "improcedente e injustificado", por falta de prueba de la falta grave imputada. La empresa empleadora interpuso un recurso de apelación. En segunda instancia se revocó la sentencia, calificándose el despido como "legal y justificado". Lagos del Campo interpuso diversos recursos, los cuales fueron todos denegados o declarados improcedentes, a resultas de lo cual el trabajador se vio imposibilitado para acceder a los beneficios de seguridad social que dependían de su empleo.

La sentencia recaída en el caso "Lagos del Campos vs. Perú" constituye un aporte valioso para la defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en el SIDH. Mediante una interpretación evolutiva³⁴ la Corte IDH declara por primera vez en los casi cuarenta años de existencia y treinta años de jurisdicción contenciosa, la violación del artículo 26 de la CADH³⁵ en relación con el artículo 1.1, por la vulneración de la estabilidad laboral del señor Lagos del Campo³⁶ (párrafos 153, 154 y 166, y Punto Resolutivo 5).

Apartándose de su jurisprudencia tradicional, otorga un nuevo contenido normativo al artículo 26, interpretado desde el artículo 29, incisos b, c y d, del mismo instrumento convencional. El artículo 26, se sostuvo, no es meramente una norma programática para los Estados Parte de la CADH; es una disposición que impone la obligación de remitirse a la Carta de la OEA para lograr la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en dicha Carta³⁷.

34 Es pertinente recordar que la Corte IDH sostuvo que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114; y caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil",... cit., párr. 245.

35 Téngase presente que la CADH contiene para los DESC, un solo artículo, el 26: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Dicha situación a nivel regional se mantuvo hasta el 17 de noviembre de 1988 en que se suscribió el Protocolo de San Salvador. El 16 de noviembre de 1999, once años después de su adopción, dicho Protocolo entra en vigor, y tiene vigencia para Argentina, desde el año 2003.

36 En la sentencia, en relación con el artículo 1.1, se considera que "[...] frente al despido arbitrario por parte de la empresa [...] el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros". Cfr. Corte IDH, caso "Lagos del Campo vs. Perú", cit., párr. 151.

37 Concretamente, lo dispuesto en los artículos 45, b y c, 46, y 34, g, de los que surge que "el trabajo es un derecho y un deber social" y que debe prestarse con "salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos". Se prevé el derecho de la persona trabajadora a "asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses" y que los Estados deben "armonizar la legislación social" para la protección de tales derechos. Tales provisiones, fueron sustento y argumentación en la sentencia (voto de la mayoría); cfr. Corte IDH, caso "Lagos del Campo vs. Perú",... cit., párr. 143.

Se vigorizaron los *principios de interdependencia e indivisibilidad* entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con respecto a los derechos civiles y políticos³⁸. Lo expresado surge desde la comprensión de los derechos humanos “*entendidos integralmente y de forma conglobada*”, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello³⁹.

El derecho a la *estabilidad laboral* quedó considerado como un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH⁴⁰. Sostuvo el Tribunal Interamericano que “el trabajo es un derecho y un deber social” y que debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”⁴¹. Sin embargo, se ocupó también de señalar que la estabilidad laboral “no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo”, sino que incluye, entre otras medidas, el otorgamiento al trabajador de las debidas garantías de protección a fin de que, en caso de despido “bajo causas justificadas” el empleador acredite las razones suficientes por las que impuso la sanción (el despido); paralelamente el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes deben verificar que las causales imputadas no fueron arbitrarias o contrarias a derecho⁴².

Otro dato relevante de la sentencia lo constituye la determinación de las obligaciones concretas de los Estados en relación con el *derecho al trabajo y la estabilidad laboral*⁴³.

En esta línea, quedaron establecidas las obligaciones asumidas por los Estados traducidas en los siguientes deberes: “a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización [del derecho al trabajo]; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos”⁴⁴.

También por primera vez, la Corte IDH declara violado el artículo 26 de la CADH en clave con el *derecho a la asociación laboral*⁴⁵.

Asimismo, deriva como relevante de la sentencia el trato dispensado a la *violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en con-*

38 Sobre el tema puede verse: ROSSETTI, Andrés, “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un Desafío clave para el derecho y la justicia*, DYKINSON, S.L. Madrid, 2010, pág. 108 y ss. En este esclarecedor trabajo, se señalan varios de los que el autor denomina “mitos” que se sostienen para desvirtuar no sólo la vigencia y efectividad de los derechos sociales sino hasta su propia existencia. Con sustento jurídico y axiológico opone a cada tesis su antítesis, afirmando finalmente a título de síntesis que los derechos sociales son parte del derecho y de los límites que tiene el mismo (ver pág. 124). Asimismo, es valioso el aporte de NOGUEIRA ALCALÁ, Horacio, “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 1, N° 1, Estudios constitucionales, Madrid, 2003, págs. 135-177.

39 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”..., cit., párr.141

40 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”..., cit., párr. 151.

41 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”..., cit., párr.143.

42 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”..., cit., párr. 150

43 Sobre esta temática puede verse, entre varios otros autores, LIVELLARA, Carlos A., *Derechos y Garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

44 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”..., cit., párr. 149.

45 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”..., cit., párrafos 133 a 154.

textos laborales - trabajador/empresa -, destacándose que no existió una necesidad imperante que justificara el despido del señor Lagos del Campo, el cual se produjo debido a sus declaraciones públicas como dirigente laboral. Por ello se consideró restringida su libertad de expresión sin tener en consideración que sus declaraciones se referían esencialmente a cuestiones de interés público, las cuales le correspondían dar en su calidad de representante de los trabajadores y como Presidente del Comité Electoral.

De tal manera, se consolida y amplía la profusa jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión reconocido en el artículo 13 de la CADH, estableciéndose una doctrina judicial de gran importancia al abrirse la posibilidad para que los derechos que no fueron expresamente contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador⁴⁶ sean protegidos directamente mediante la aplicación directa de la CADH.

Resulta valiosa la reflexión efectuada por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su voto concurrente integrando la mayoría⁴⁷ en el que con claridad y contundencia pone de manifiesto que el caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la *progresividad o no regresividad*, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la *legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas*. Pensar, sostiene el magistrado, que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia, añade, no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. “No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular” (párrafo 51 del Voto).

Asimismo, y en posición que se comparte, enfatizó que la cuestión reviste especial importancia en la región latinoamericana, que mantiene altos índices de inequidad, desigualdad, pobreza y exclusión social. La nueva visión de los derechos sociales interamericanos, permitirá un análisis más detallado y comprensivo de los derechos y obligaciones comprometidos en las contiendas donde se debatan este tipo de derechos (párrafo 52 del Voto).

2. El caso “Trabajadores cesados de Petroperú vs. Perú”

El segundo caso emblemático de la Corte IDH sobre el artículo 26 de la CADH, es el de los “Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú”⁴⁸. Se declaró la responsabilidad inter-

46 Artículo 19. Medios de Protección “[...] 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

47 Titulado: “La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana”.

48 Corte IDH, Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2017, Serie C N° 344. La decisión se adoptó por mayoría de cinco votos y dos votos parcialmente disidentes.

La doctrina judicial de este precedente integrada con la sostenido en el leading case “Lagos del Campo vs. Perú”, se consolidó con sentencias dictadas posteriormente; cfr. entre otros, caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de febrero de 2018, Serie C N° 348, párr. 220; caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C N° 349, párr. 100; caso Cuscul Pivalar y otros vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N° 359, párr.73; caso Muelle Flores vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de marzo de 2019, Serie C N° 375, párr. 170; caso Hernández vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 22 de noviembre de 2019, Serie C N° 395, párr. 62; caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUBSUNAT) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de noviembre de 2019, Serie C N° 394, párr. 154, y caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 400, párrafos 194, 201 y 222.

nacional del Estado Peruano⁴⁹ por la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial⁵⁰, así como al derecho al trabajo, en perjuicio de 164 trabajadores del sector público cesanteados (85 trabajadores de la empresa Petróleos del Perú -“Petroperú”, 25 trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos -“Enapu”, 39 trabajadores del Ministerio de Educación -“Minedu”- y 15 trabajadores del Ministerio de Economía y Finanzas -“MEF”-), con motivo de la falta de respuesta judicial adecuada y efectiva ante sus ceses colectivos ocurridos en la década de los noventa, en el marco de diversos procesos de racionalización y evaluación de personal llevados a cabo por las entidades públicas en las que trabajaban.

Los trabajadores de las dos empresas y los dos ministerios habían promovido acciones de amparo solicitando la tutela de sus *derechos al trabajo* y a la *protección contra el despido arbitrario*. Los amparos fueron declarados infundados por los tribunales que conocieron en primera instancia, al considerar que los actos impugnados se habrían realizado con sujeción a la ley. Las sentencias de primera instancia fueron confirmadas. Los trabajadores de Enapu, MEF y Minedu promovieron un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional del Perú, el cual no advirtió violaciones a los derechos constitucionales de las presuntas víctimas confirmando lo resuelto.

En lo que respecta a la alegada violación al *derecho al trabajo*, la Corte IDH reiteró el criterio vertido en el precedente “Lagos del Campo vs. Perú” sobre su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la CADH.

Precisó además que el *derecho al trabajo* incluye el derecho a la garantía de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, derechos que se desarrollan tanto en el ámbito público como en el privado de las relaciones laborales. En base a los hechos acreditados, concluyó que los trabajadores de Petroperú, Enapu, Minedu y MEF no gozaron de acceso a un recurso judicial efectivo para cuestionar la irregularidad de sus ceses, configurándose al igual que en el caso “Lagos del Campo vs. Perú” violación del artículo 26 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento⁵¹.

Se reiteraron los argumentos vertidos en el precedente citado, respecto a la *indivisibilidad e interdependencia* de los DESCAs respecto de los derechos civiles y políticos, la *justiciabilidad directa* de aquéllos, las obligaciones a las que los Estados quedan sujetos como asimismo lo expresado respecto a la naturaleza y alcance de la estabilidad laboral⁵².

Aún frente a la ilegitimidad de los ceses laborales la Corte IDH, con adecuada situación en el contexto espacio temporal, tomó en consideración el transcurso del tiempo (aproximadamente 25 años de las desvinculaciones y la fecha de la sentencia) por lo que la reincorporación o reposición de los trabajadores en sus antiguos cargos o en otros análogos enfrentaría diversos niveles de complejidad y operatividad, se destacó. Esa fue la razón por la que justificó no disponer la reincorporación de las víctimas y sí el pago de

49 Sobre la responsabilidad internacional de los Estados frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas convencionalmente en temas de derechos humanos y su reparación, en el derecho comunitario de la Unión Europea, puede consultarse: MOLINA DEL POZO, Carlos F., “Responsabilidad patrimonial de las administraciones nacionales por incumplimiento del derecho de la integración”, Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, Vol. 6, N° 12, 2018, págs. 31-44.

50 Para mayor profundización de temas vinculados a los que se analizan, resulta de utilidad la consulta del Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: debido proceso; <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/debidoproceso-2017.pdf>.

51 Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú”, cit., párr. 177

52 Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú”, cit., párr. 192

indemnizaciones compensatorias en el marco reparatorio, de modo tal que resultaran suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por las víctimas⁵³.

3. El caso “Spoltore vs. Argentina”

Con base en la doctrina judicial sentada a partir de los casos emblemáticos “Lagos del Campo” y “Trabajadores Cesados de Petroperú”, seguida en sentencias posteriores que consolidaron *ratio decidendi* sentada en los mentados precedentes, el Tribunal supranacional sostuvo que “*el acceso a la justicia es uno de los componentes del derecho a gozar de condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador*” (párr. 96).

Se reiteró el criterio según el cual los derechos laborales⁵⁴ y el derecho a la seguridad social⁵⁵ incluyen la obligación de *disponer de mecanismos efectivos* de reclamo frente a su violación con el fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Lo cual resulta aplicable, a criterio del Tribunal supranacional, al derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador. Teniendo en consideración el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado argentino, debido a la demora excesiva del proceso judicial laboral reconocida por aquél, y dado que no se garantizó al señor Spoltore el acceso a la justicia en búsqueda de una indemnización por una posible enfermedad profesional, la Corte concluyó responsabilizando internacionalmente a nuestro país por la violación del artículo 26 de la CADH, en relación con los artículos 8, 25 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Victorio Spoltore (párr. 102).

V. Reflexiones

Siguiendo el orden de jerarquía de las fuentes establecido en el artículo 75 inciso 22 y concordantes de la CN, corresponde que los jueces y demás operadores jurídicos acudan a dicho marco.

La garantía de la defensa en juicio requiere, entre otras manifestaciones, de la posibilidad cierta de ejercer el derecho a la jurisdicción. De ahí que se enfatiza la necesidad de tomar en consideración las circunstancias donde la situación económica de los contendientes restringe, limita y en muchos casos cercena el acceso a la justicia, como lo son las situaciones nominadas por la misma Corte IDH como de discriminación económica, ante la carencia de medios para asumir la asistencia jurídica y los costos del proceso. En función de ello, corresponde que el Poder Judicial y demás órganos jurisdiccionales, integren las disposiciones normativas de diferente jerarquía con los postulados de la CADH (específicamente: artículos 1, 2, 24 en correlación con los artículos 8, 25 y concordantes).

El contenido de la regulación normativa constitucional, el bloque federal y el que surge de las fuentes de rango inferior, lejos de abrumar a los operadores jurídicos debe conducirlos a considerar el ordenamiento jurídico como sistema, siguiendo el criterio asumido por la CSJN en orden a que el texto constitucional debe entenderse como una unidad, esto es, “como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un

53 Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú”, cit., párr. 231.

54 Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”, cit., párr. 149; caso “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”, cit., párr. 193, y caso “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, cit., párr. 221.

55 Corte IDH, caso “Muelle Flores vs. Perú”, cit., párr. 194, y caso “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú”,...cit., párr. 175.

conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás”. Así como las leyes no pueden interpretarse “sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad”, de igual manera, y con mayor fundamento, corresponde hacerlo con la CN que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a la existentes en tiempos de su sanción”⁵⁶.

El derecho de acceso a la justicia implica que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la CADH.



56 CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de Amparo”, sentencia del 07/12/2010, Fallos: 333:2306

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL COVID 19 COMO CONTINGENCIA EN LA SALUD DEL TRABAJADOR EN LOS PAÍSES LIMÍTROFES DE ARGENTINA.

*ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS.
ACTUALIZACIÓN 2021*

Edder Hernán Piazza¹

Sumario: 1.-Introducción. 2.-Los sistemas de cobertura de contingencias en la salud del trabajador. 3.-La cobertura del Covid 19 según la OIT. 4.-El caso argentino.5.-El caso chileno.- 6.-El caso brasilero. 7.-El caso uruguayo.- 8.-El caso paraguayo.-9.-El caso boliviano.10.-Resumen por país.11.-Conclusión.

Resumen: El presente trabajo conlleva el esfuerzo de explicar el fenómeno del Covid 19 como enfermedad profesional en los distintos países de la región limítrofes a la Argentina. La finalidad esperada es identificar las diferentes técnicas jurídicas utilizadas por las naciones analizadas para llevar adelante la cobertura del flagelo de la pandemia. De esta forma se trata de conocer las consecuencias de cada regulación y su implicancia en la regulación general

Palabras clave: Covid 19 - Enfermedad no listada presuntiva - Enfermedad inculpable - Cobertura restringida - Cobertura amplia - Personal de salud y afines

1. Introducción. Metodología

El Derecho Comparado o comparación jurídica puede entenderse como aquella disciplina jurídica que tiene por objeto el estudio de institutos jurídicos de diversos países con el mismo modelo jurídico. Es una actividad o proceso de conocimiento de dos o más fenómenos jurídicos (históricamente determinados) para verificar que aspectos tiene en común y qué aspectos los diferencian².

¹ Abogado (UNC), Especialista en Derecho Laboral (convenio UNL, UNC y UCC) y en Abogacía del Estado; Secretario Técnico de la Comisión Médico N°5, Córdoba; Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UCC; Secretario de la Sala de Derecho Laboral y de Derecho Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones en Ciencias Jurídicas, Universidad Blas Pascal, publicista

² FERRANTE, Alfredo, "Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", Revista Chilena Vol. 43, N° 2, Santiago, Ago. 2016, publicado vía web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200010

Justamente esta actividad de comparación permite conocer el tratamiento jurídico que ha tenido una determinada situación jurídica en países que, generalmente, comparten similares sistemas jurídicos e idiosincrasia.

En las próximas líneas realizaremos el estudio de los sistemas jurídicos de cobertura de Argentina, Chile, Brasil, Uruguay, Paraguay y Bolivia.

La verificación se realizará en dos aspectos: el primero vinculado con el marco jurídico general de cobertura de contingencias vinculadas a los siniestros laborales como lo son las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo. En una segunda hipótesis verificaremos qué tipo de cobertura tiene dedicado al fenómeno del Covid 19 en cuanto a la afección a la persona que trabaja.

El primer aspecto es necesario para conocer en qué contexto normativo se encuentra inserta la solución jurídica del segundo aspecto. De esta forma se podrá conocer las similitudes o diferencias de cada sistema jurídico a comparar y, en definitiva, hacer una crítica de cada uno de ellos. Por último, agregaremos en este punto la actualización de las últimas reformas legislativa sobre todo ocurridas en Argentina en relación al Covid 19 como enfermedad no listada presuntiva.

2. Los sistemas de cobertura de contingencias en la salud del trabajador

Si analizamos en general a los sistemas de cobertura, por lo menos en Latinoamérica, podemos encontrar tres grandes grupos según quién sea el que otorgue la prestación ante la contingencia: público, privado y mixto.

Así el sistema será público cuando sea el propio Estado de forma directa (o por medio de organismo descentralizados del propio Estado) determine la naturaleza laboral de la contingencia, otorgue la cobertura en prestaciones en especie y dinerarias y resuelva los conflictos que puedan generarse por la divergencia en las calificaciones jurídicas. En este grupo podemos encontrar a Brasil, Paraguay, Bolivia y Uruguay. El Estado actúa como la propia autoridad de aplicación del sistema. A ello debe sumarse que en algunos de ellos (Brasil, Paraguay y Bolivia) la normativa no sólo regula las contingencias laborales vinculadas con los accidentes y enfermedades relacionadas por el hecho u ocasión del trabajo, sino que también legislan sobre todas las contingencias vinculadas con la seguridad social (jubilaciones, pensiones, retiros, enfermedades o accidentes inculpables, invalidez, prestaciones por muerte).

En cambio, en otros se regula sólo sobre la contingencia laborales en la salud del trabajador (Argentina, Chile y Uruguay). El sistema de reparación privada en su forma pura no existe en ninguno de los países estudiados. Este sistema lo podíamos verificar en Argentina con las leyes derogadas 9688 y 24.028³, por ejemplo.

En ellas la cobertura estaba en cabeza del empleador quién podía compartir su riesgo con aseguradoras, pero nunca lo eximían del todo de responsabilidad (vgr: art. 6° de la ley 24.028).

Por último encontramos los sistemas mixtos en donde tanto el Estado y entidades de

³ Estas leyes fueron sustituidas actualmente por la ley 24.557

derecho privado pueden otorgar las prestaciones establecidas por el mismo sistema de cobertura. En este supuesto podemos encasillar a países como Chile y Argentina. El primero puede otorgar las prestaciones del sistema por medio de los organismos estatales de salud o afiliarse el empleador a algunas de las mutualidades habilitadas a tales fines.

Por su parte el sistema previsto en Argentina tiene su complejidad. Para explicar este punto, y a los fines didácticos, podemos inferir lo que sucede en la regularidad de los casos, esto es, cuando todas las hipótesis ideales del sistema establecido por la ley 24.557 se verifican y cuando ello no sucede. Este criterio de comparación nos servirá para explicar el punto.

De esta forma, cuando las hipótesis del sistema concurren un empleador asegurado por una aseguradora de riesgos del trabajo (ART) o autoasegurado (AA) y un trabajador registrado la cobertura será otorgada por una ART que es una sociedad anónima que tiene un doble control estatal.

Por la Superintendencia de Seguros de la Nación (en lo que respecta en su constitución, funcionamiento financiero, y disolución) y, por otro lado, por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en lo que hace al control de las ARTs en el cobertura y otorgamiento de las prestaciones del sistema).

Por el contrario, cuando existe una desviación en el sistema (un empleador no asegurado por una ART o AA, un trabajador no registrado o una ART que se le ha quitado la autorización para funcionar como tal) será el propio Estado el que otorgue las prestaciones del sistema.

De esta forma se verifica que cuando exista un empleador sin aseguramiento y que además sea insolvente para hacer frente las prestaciones del sistema el Estado Nacional, por medio del Fondo de Garantía creado por la misma ley 24.557, deberá solventar dichas prestaciones al trabajador.

Por otro costado, cuando la imposibilidad sea de la aseguradora, el Estado responderá por las prestaciones del sistema por medio del Fondo de Reserva. El primer fondo se encuentra gestionado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y el segundo por la Superintendencia de Seguros de la Nación, ambos son organismos descentralizados del Poder Ejecutivo Nacional.

Antes de ingresar con el estudio normativo por país debemos verificar el marco de referencia que otorgado la OIT en lo que respecta a la cobertura del Covid 19 como enfermedad laboral.

Superada esta instancia continuaremos con el estudio del fenómeno de cada país en su doble enfoque: brevemente en el marco jurídico general de las contingencias laborales y el tratamiento del Covid 19 dentro del sistema de cobertura.

3. La cobertura del Covid 19 según la OIT

La Organización Internacional del Trabajo en un documento⁴ publicado el 29/5/20 estableció algunas pautas mínimas que los países miembros deberían considerar legislar para afrontar la pandemia del Covid 19 en el ámbito laboral.

⁴ "Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de Covid 19" se puede consultar vía web en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf

A continuación los tres puntos más relevantes:

- Si se contrae por exposición en el trabajo, la infección por Covid 19 podría considerarse como un accidente del trabajo o una enfermedad profesional.
- Los trabajadores que se infectan con la Covid 19 debido a su trabajo deberían tener derecho a atención de salud y, en la medida en que estén incapacitados para trabajar, a prestaciones monetarias o una indemnización, según lo establecido en el Convenio núm. 121 (no ratificado por Argentina).
- Los familiares a cargo (cónyuge e hijos) de la persona que muere por la enfermedad de la Covid 19, contraída en el marco de actividades relacionadas con el trabajo, deberían tener derecho a recibir prestaciones monetarias o una indemnización, así como una asignación o prestación funeraria.

4. El caso argentino

4.1 Como lo dijimos más arriba el sistema argentino tiene en el marco legislativo a la ley 24.557⁵ (BO 4/10/95) como centro del sistema de cobertura de las contingencias laborales. Seguidamente enumeraremos sus principales características.

- La ley 24.557 de 1995 regula el régimen de accidentes y enfermedades laborales (pueden ser listadas o no).
- Sólo los trabajadores bajo relación de dependencia tienen cobertura, los que realicen una carga pública, pasantes y becarios. Los autónomos deben ser incorporados por el Poder Ejecutivo y reglamentada dicha incorporación por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).
- La sustitución de salario por baja laboral es al 100% (desde el día 11 de incapacidad laboral temporaria), y puede extenderse hasta dos años como máximo.
- Las prestaciones en especie se otorgan de por vida.
- La indemnización no tienen tope y el cálculo se realiza con una fórmula aritmética.
- Los accidentes pueden ser por el hecho del trabajo, en ocasión de él o en el trayecto.
- Las enfermedades pueden ser profesionales (conforme listado legal) o no listadas.
- La Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) es la autoridad de aplicación del sistema (organismo autárquico del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación).
- La Comisión Médica Jurisdiccional y la Comisión Médica Central, dentro de la SRT, son los organismos encargados de resolver los diferendos entre el trabajador y el prestador del sistema. La instancia administrativa ante la Comisión Médica Jurisdiccional es obligatoria (art. 1, ley 27.348).
- La justicia laboral actúa como revisora de las resoluciones de las CMJ o CMC.
- Las ARTs son las principales obligadas por las prestaciones dinerarias y en especie.
- Las ARTs sustituyen la responsabilidad del empleador por las prestaciones de la LRT.
- El empleador puede ser no asegurado (infringiendo la ley) o autoasegurado (conforme la ley).
- El empleador no asegurado por una ART o autoasegurado responde con su patrimonio por las prestaciones del sistema.

4.2 El tratamiento del Covid- 19 en Argentina

- El decreto de necesidad y urgencia 367/20 (B.O., 14/4/20) calificó al Covid 19 como enfermedad profesional no listada presuntiva.
- Los trabajadores alcanzados por la cobertura serán aquellos que debieron realizar tareas durante algunas de las etapas del aislamiento o distanciamiento.
- Los trabajadores deben cumplir con dos requisitos para que la denuncia sea admitida:

5 Esta norma tiene múltiples decretos reglamentarios y se encuentra complementada por el decreto 1694/09 y las leyes 26.773 y 27.348. Se puede consultar todas las normas complementarias en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=2&id=27971>.

la certificación de la existencia de la enfermedad y la constancia que prestaba servicios, durante el contagio, en algunas de las actividades eximidas.

- Como regla general el trabajador deberá acreditar la relación de causalidad entre la actividad laboral dispensada y el contagio el virus. Pero para ser más precisos, debe acreditar la existencia de la enfermedad, la presencia del agente de riesgos (en este caso el Covid 19) en el lugar de trabajo, la actividad desplegada en la empresa que genere exposición al agente de riesgos y la relación de causalidad entre esos elementos.
- Existen tres hipótesis en las cuales existirá la inversión de la carga de la prueba: 1. Personal de la salud; 2. se constata la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad Covid 19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieron cercanía o posible contacto; 3. o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el artículo 1° del presente.
- La cobertura se extiende hasta que se encuentre vigente el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) o Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (DISPO).
- La ART debe hacerse cargo de la cobertura de LRT. Aquella podrá repetir del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales establecido por decreto 590/97.
- La Comisión Médica Central (órgano de la SRT) será la encargada en todo caso de la determinación del carácter profesional del Covid 19 para el caso concreto. Por su parte la Comisión Médica Jurisdiccional determinará las secuelas incapacitantes.
- Por medio de la resolución SRT 38/20 (B.O., 29/4/20) se reglamentó el trámite administrativo para el reconocimiento por parte de la Comisión Médica Central, para el caso concreto, al Covid 19 como enfermedad no listada. Esta normativa fue cumplimentada por las resoluciones SRT 40/20 (B.O., 29/4/20) y 44/20 (B.O., 15/5/20).
- Por medio de DNU 875/20 (B.O., 7/11/20) se modificó el art.4 del DNU 367/20 y se incluyó como un supuesto de inversión de la carga de la prueba los trabajadores de las fuerzas de seguridad provinciales y nacionales.
- Con el DNU 39/21 (B.O., 22/1/21) se produjo un cambio radical en el sistema. Por medio de este decreto se incluyó en la cobertura del DNU 367/20 a todos los trabajadores dentro de la órbita de la LRT en la medida que hayan prestado tareas fuera de su domicilio particular. Ya no se habló de trabajadores esenciales sino que se extendió a todos los trabajadores. Esta cobertura en principio iba a regir por 90 días.
- En virtud de la modificación por medio de DNU anterior al sistema que se había ideado originariamente la SRT tuvo que adaptar el trámite previsto primigeniamente por medio de la resolución SRT 38/20. A tales fines dictó la resolución SRT 10/21 (B.O., 16/3/21).
- El DNU 266/21 (B.O., 21/4/21) extendió hasta el 31/5/21 la cobertura del DNU 39/21 y luego el DNU 167/21 (11/3/21) extendió la emergencia sanitaria hasta el 31/12/21.
- Por DNU 345/21 (B.O., 28/5/21) se volvió a extender el alcance del DNU 39/21 hasta el 30/6/21. Finalmente, por medio de DNU 413/21 (B.O., 28/6/21) se extendió la cobertura del DNU 39/20 hasta el 31/12/21.

5. El caso chileno

5.1 El sistema chileno de cobertura de accidentes y enfermedades profesionales es muy similar al argentino.

El sistema del país trasandino es mixto. Por un lado, existen las mutualidades (con la mayor afiliación por parte de los empleadores), las empresas de administración delegada (una situación similar al empleador autoasegurado en Argentina) y el servicio público de salud regulada por el Instituto de Previsión Social (IPS). Los empleadores deberán adherir

algunos de estos sistemas según cumplan o no determinados requisitos establecidos por la misma legislación.

El sistema de cobertura de accidentes y enfermedades laborales se encuentra regulado principalmente por la ley 16.744 (B.O., 1/2/68). La autoridad de aplicación del sistema es la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO). Los diferendos son resueltos por un órgano administrativo denominado Comisión Médica de Reclamos y Enfermedades. El sistema abarca de forma obligatoria a los trabajadores bajo relación de dependencia y el Poder Ejecutivo podrá incluir a trabajadores autónomos. Las prestaciones son tanto dinerarias como en especie y los tipos de incapacidades son parciales y totales similar al sistema argentino.

5.2 El tratamiento del Covid 19 por parte de la SUSESO

La Superintendencia de la Seguridad Social estableció una serie de normativas relativas al tratamiento del Covid- 19 como enfermedad profesional. A los fines de reducir el estudio solamente consideraremos tres dictámenes (o resoluciones) de dicho organismo nacional que permiten simplificar la evolución normativa.

a. Dictamen 1013-2020 de la Superintendencia de Seguridad Social (5/3/20).

Resumen

Se estableció que, para que una enfermedad pueda ser calificada como de origen profesional, se requiere que sea causada de manera directa por factores de riesgo presentes en el trabajo.

Se deberá evaluar la existencia de la exposición al riesgo en el trabajo, la que debe ser confirmada a través del estudio de la trazabilidad del contagio de Covid 19, lo cual permitirá establecer si el origen es o no de carácter laboral, según lo establece la ley 16.744.

Se deberá considerar la evolución del contagio entre la población del país, puesto que si la enfermedad se propaga a nivel nacional resultará muy difícil de establecer su relación de causalidad directa con el trabajo.

b. Dictamen 1081-2020 de la Superintendencia de Seguridad Social (11/3/20).

Complementa oficio 1013/2020

Estableció que los trabajadores con caso sospechoso de Covid 19 deben remitirse su caso a Salud Pública para que informe cómo debe continuar. Si se contagia finalmente se debe determinar la trazabilidad y efectivamente por el contrato del caso sospechoso.

En el caso que se determine que el contagio no fue por el contacto con el caso sospechoso o no es posible determinar la trazabilidad, el sistema de riesgos del trabajo al que esté afiliado el trabajador debe pedir el reembolso al sistema de salud común del trabajador.

Si el trabajador por su trabajo estuvo en contacto con un contacto confirmado se debe remitir el caso a la autoridad sanitaria regional para que lo califique o no como contacto estrecho de alto riesgo para que se disponga su seguimiento o aislamiento. Si este organismo determina que debe quedar en aislamiento, se debe pagar el subsidio por incapacidad laboral, salvo que el trabajador pueda teletrabajar o trabajar desde su domicilio.

Si durante el aislamiento o seguimiento se confirma el diagnóstico de Covid 19 para el trabajador se calificará como laboral o común siempre dependiendo de la trazabilidad.

En los casos confirmados se debe dar la cobertura y, en caso contrario, requerir el desembolso al sistema de salud común.

Los casos positivos de Covid- 19 como enfermedad laboral incrementaran la siniestralidad del empleador y su alícuota.

c. Dictamen 1124-2020 de la Superintendencia de Seguridad Social (16/3/2020)

En esa resolución la Superintendencia consideró que atento que el Ministerio de Salud anunció el día 16/3/20 la entrada en fase 4 de la situación de contagio en el país, se determinó que las denuncias de enfermedad (DIEP) no podrán ser calificados como de origen laboral. Lo anterior, tomando en cuenta que en esta etapa podría no tenerse suficiente seguridad respecto a la trazabilidad del contagio, no siendo posible así establecer de manera indubitable la exposición de tipo laboral.

Se aclaró que no obstante lo anterior, en las situaciones en que sí se pudiera establecer dicha trazabilidad como de origen del trabajo, el caso podrá ser calificado como de origen laboral, con la consecuente cobertura de las prestaciones del Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales establecidos.

d. Dictamen 1482-2020 de la Superintendencia de Seguridad Social (27/4/2020)

Se decretó que tratándose de trabajadores que se desempeñen en establecimientos de salud, que sean diagnosticados con Covid 19 o determinados como contactos estrechos, dichos casos deberán ser calificados como de origen laboral por el respectivo organismo administrador o la empresa con administración delegada ,salvo que se demuestre lo contrario.

e. Dictamen 1017-2021 de la Superintendencia de Seguridad Social (23/3/21)

Esta resolución amplió la cobertura a actividades gremiales en el ámbito de la salud. Se entendió que establecida una relación de causalidad directa entre el contagio o la situación de contacto estrecho y el cumplimiento de sus actividades gremiales - mismo estándar de relación causal que requiere una enfermedad para ser calificada como de origen profesional -, procederá otorgar a los dirigentes sindicales o de las asociaciones de funcionarios, según corresponda, la cobertura del Seguro de la Ley N° 16.744, calificándolos, en su caso, como un accidente del trabajo.

Además agregó que la cobertura del Seguro de la Ley N° 16.744, que debe otorgarse a los dirigentes de las asociaciones de funcionarios de los establecimientos de salud del sector público y, en general, a los dirigentes sindicales, por los contagios y situaciones de contacto estrecho que les afecten, deberá otorgárseles previa calificación de los mismos como accidentes del trabajo, según lo dispuesto en el artículo 5° de ese texto legal y en el artículo 9° del citado D.S. N°101.

6. El caso brasilero

Por su parte Brasil tiene un gran sistema de Seguridad Social, en el sentido que todas las contingencias de la salud de la persona, sea trabajador o no, se encuentran centralizada en una normativa única. Esta normativa es la ley 8213 (B.O., 22/7/91). El órgano que actúa como autoridad de aplicación es Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS). Como lo decíamos, aquella norma alcanza a todas las contingencias de la seguridad social incluido a las vinculadas con los accidentes y enfermedades del trabajo.

Allí se establece como género al accidente y como especies a las enfermedades profesionales (en diferentes variantes sobre la forma concreción del daño). Resulta un sistema similar a la ley 9688 Argentina, que clasificaba como contingencias cubiertas a los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales y a las enfermedades accidentes. Alcanza la cobertura a los trabajadores dependientes como a los autónomos. Estos últimos lo deben realizar por adhesión individual.

6.1 Tratamiento del Covid 19 como enfermedad profesional por parte del Poder Ejecutivo y la jurisprudencia del Suprema Tribunal Federal (STF)

El Poder Ejecutivo Nacional dictó la medida provisoria 927/20 (22/3/20) y sus prórrogas. En su art. 20 estableció que el Covid 19 no iba a ser considerado una enfermedad ocupacional (profesional), salvo que se probare el nexo de causalidad. En definitiva, la norma establece que el trabajador debía acreditar la causa eficiente entre la enfermedad y la actividad realizada por el trabajador.

Las medidas provisionales (DNU en Argentina) según el art. 62 de la Constitución Nacional de Brasil pierden su vigencia dentro de los 30 días de publicado, si no es que antes se convierten en ley. El Congreso Nacional brasilero recibió más de 1.080 pedidos de enmiendas- presentados por senadores y diputados- de diferente procedencia normas de la medida provisoria 927/20. No obstante ello no se observa que haya sido convertido en ley. Según las previsiones del art. 62 nombrado con anterioridad dicha norma perdió vigencia.

Sin perjuicio de ello, la norma existió y generó efectos. Uno de los efectos que produjo es que el organismo que administra la Seguridad Social (INSS) tenga la directiva que establece el art. 20 de la medida provisoria referida.

Otra consecuencia es que el Supremo Tribunal Federal, en diversos recursos de amparos presentados sobre diferentes regulaciones de la mentada medida provisoria, se expidió expresamente sobre la consideración del Covid 19 como enfermedad profesional en el marco de una medida cautelar o precautoria.

El STF decidió que lo regulado por el art. 29 resultaba en ocasiones imposible de aplicación práctica y que la acreditación que se pretendida resultaba una "prueba diabólica". De esta forma con la suspensión cautelar del artículo 29, el empleado, en cualquier actividad, puede contraer Covid 19 debido a las condiciones ambientales de trabajo, por tanto, si la empresa no le asegura un ambiente sano, dicha contaminación podrá ser entendida como una enfermedad ocupacional.

En consecuencia, el empleador deberá acreditar que cumplió con las medidas de higiene y seguridad para igualar las cargas probatorias. Esta postura asumida en una medida cautelar si bien es provisoria, pero seguramente importará un importante precedente judicial al momento de tener que ser valorado por las instancias anteriores de grado cuando tengan que someterlo a la decisión de la justicia ordinaria.

El Ministerio de Salud con fecha 1/9/20 dictó la resolución 2309/20 y calificó al Covid 19 como una enfermedad profesional. Esta resolución se encontraba en franca oposición a la medida provisoria dictada por el Poder Ejecutivo por lo que fue derogada al día siguiente sin mayores fundamentos.

6.3 A modo de conclusión, en relación a la situación actual de este país podemos verificar que existen dos tipos de situaciones jurídicas diferentes. Por un lado la administrativa, en cabeza del INSS, donde el Covid 19 continua siendo una enfermedad no listada y pesa en cabeza del trabajador la acreditación del nexo de causalidad. Y en esta línea se enrolan aquellos que consideran que el STF no dijo que el Covid 19 es una enfermedad ocupacional ya que contradice el art.20 de la ley 8213 y la consideran una enfermedad endémica expresamente excluida de cobertura.

Por el otro se encuentran la posición judicial. Atento que el STF ha adelantado su postura en el sentido que existe una inversión de la carga de la prueba y será el empleador el que deba acreditar que realizó todas las diligencias necesarias, de higiene y seguridad, para evitar el contagio de los dependientes.

6.4 Nota técnica SEI número 56376/2020/ME

El 11 de diciembre de 2020, la Secretaría Especial de Seguridad Social y Trabajo publicó la Nota Técnica SEI No. 56376/2020 / ME, con reglas para el análisis de la relación de causalidad entre Covid 19 y el ambiente laboral para el otorgamiento de prestaciones de seguridad social.

Según la Nota, la Covid 19 puede ser considerada una enfermedad profesional dependiendo del contexto en el que se contrajo aplicando, en caso positivo, lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 20 de la Ley N ° 8.213, de 1991, cuando la enfermedad es el resultado de las condiciones especiales en las que se realiza el trabajo y está directamente relacionado con él. También se puede clasificar como accidente de trabajo por equivalente si la enfermedad resulta de la contaminación accidental del empleado por el Covid.

7. El caso uruguayo

7.1 En el caso de Uruguay el sistema de accidentes y enfermedades profesionales se encuentra regulado por la ley 16.074 (17/01/90).

Se establece un seguro obligatorio para las contingencias laborales. Ingresan a la cobertura los trabajadores bajo relación de dependencia salvo los deportistas y actores (art. 3, ley 16.074). Se establece como principal responsable civilmente al empleador por los siniestros ocurridos al trabajador por el hecho o en ocasión del trabajo. No obstante el empleador, para evitar dicha responsabilidad profesional, debe adherir al seguro obligatorio que es proveído por el propio Estado Nacional por medio del Banco de Seguro del Estado (BSE). Este último otorga las prestaciones dinerarias y especie establecido por la ley 16.074.

7.2 Este país ha sido el único en dictar una ley del Congreso Nacional que fije las pautas a seguir en relación al Covid como enfermedad profesional. Así por medio de la ley 19.873 (B.O., 16/4/20) reguló en qué casos la cobertura por el contagio iba a ser considerada como profesional.

Aquí los puntos más relevantes:

- Solo se considerará enfermedad profesional para el personal médico y no médico.
- Se debe acreditar el contacto fehaciente con el virus del Covid 19 en su actividad profesional y de la nómina de paciente por él atendido.
- Al momento de acompañar la denuncia se debe prestar los estudios que determinan

el positivo.

- Percibirá el 100% de su salario durante la baja laboral, pero con un máximo de 45 días de tratamiento y con un tope de 10 salarios mínimos mensuales.
- Se incluye al personal de limpieza y conexo.
- El Covid 19 solo se considerará enfermedad profesional hasta el cese de la emergencia sanitaria.

8. El caso paraguayo

8.1 El Instituto de Previsión Social se encuentra a cargo de la cobertura de las contingencias laborales. Se creó por decreto ley 1850/50. Dicho Instituto se encarga del seguro social en Paraguay. El seguro social cubre los riesgos de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, vejez y muerte de los trabajadores asalariados. El Instituto se encarga de las prestaciones en dinero y en especie. También es quién otorga la jubilación o pensión. Tanto el empleador como el trabajador aportan al sistema. Se prevé las prestaciones en especie y los periodos de incapacidad y la indemnización.

8.2 En relación al Covid 19 se estableció lo siguiente:

- Cuando el trabajador ha sido diagnosticado con el virus y el Gobierno Nacional y/o el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPBS) requieren cuarentena, el empleador deberá cerciorarse de que no existan otros trabajadores, con los que hubiese tenido contacto el personal afectado, que puedan padecer los mismos síntomas, a fin de tomar las medidas preventivas.
- Una vez comunicado el diagnóstico positivo, el trabajador podrá gestionar el subsidio por reposo ante el Instituto de Previsión Social (IPS) en forma digital, evitando la gestión personal.
- El reposo se iniciará a partir del día siguiente al de la incapacidad y durará mientras ésta subsista y el beneficiario continúe sometido a tratamiento por el IPS.
- El empleador deberá comunicar en todos los casos al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) del reposo otorgado.

9. El caso boliviano

9.1 En Bolivia el Código de Seguridad Social (ley 15 de 1956) regula el seguro social que cubre: a) enfermedad; b) maternidad; c) riesgos profesionales; d) invalidez; e) vejez; y f) muerte. También lo prevé la Ley General del Trabajo 1942 (Decreto Supremo). El organismo que actúa como autoridad de aplicación es la Caja Nacional de Salud. Se aplica a todos los trabajadores públicos o privados en lo que se refiere a los riesgos profesionales (accidente y enfermedades profesionales). En relación a las enfermedades profesionales y accidente regula las prestaciones en especie y en dinero, como la indemnización. Si empleador no denuncia la contingencia deberá los gastos correran a cargo suyo.

9.2 En relación al Covid 19 como enfermedad profesional se dictó la resolución biministerial 1/20 (B.O., 13/3/20). A continuación los principales puntos:

- Las personas infectadas por el Coronavirus gozarán de la baja médica correspondiente en sus fuentes laborales por el tiempo que dure la medida establecida por la autoridad de salud que corresponda.
- Los casos sospechosos de haber contraído el Coronavirus gozarán de un permiso excepcional en su fuente laboral por el tiempo que dure la medida de observación y aislamiento establecida por la autoridad de salud que corresponda.

- Para la otorgamiento de la baja médica y del permiso excepcional con goce de haberes, los empleadores del sector público y privado, solo requerirán el certificado médico extendido por los establecimientos de salud autorizados por la autoridad de salud que corresponda.
- El permiso excepcional no será susceptible de descuento u otras medidas de compensación por parte del empleador.

10. Resumen por país

Argentina: enfermedad profesional no listada presuntiva (determinado por DNU presidencial). En la actualidad todos los trabajadores regidos por el ámbito de la Ley 24.557 se encuentran con la posibilidad de que se reconozca al Covid- 19 como enfermedad profesional, en la medida que se den los requisitos formales establecidos por la normativa.

Chile: enfermedad profesional limitado al personal de la salud y aquellas que prueben la relación causalidad directa (determinado por resoluciones de la SUSESO).

Uruguay: sólo cobertura personal de la salud como enfermedad profesional (determinado por ley del Congreso).

Brasil: enfermedad ocupacional sólo si se acredita la relación de causalidad (con fallo en contrario del STF), determinado por medida provisoria del PE. El Ministerio de Seguridad Social y Trabajo realizó un protocolo para saber en cada caso cómo debe acreditarse dicha circunstancia.

Paraguay: se reconoce un subsidio por reposo al trabajador contagiado sin mayores precisiones. Tiene tratamiento de una enfermedad inculpable o no laboral. (Resoluciones del Ministerio de Trabajo).

Bolivia: se reconoce un subsidio por reposo al trabajador contagiado. Tiene tratamiento de una enfermedad inculpable o no laboral. (Resoluciones Biministeriales).

11. Conclusión

1. Las consecuencias médicas del Covid 19 son indefinidas, por eso la dificultad de clasificarla como una enfermedad listada u ocasional de forma expresa y determinada, sino que debe evaluarse cada caso.
2. Las formas de contagios no se encuentran suficientemente determinados. Por eso la exigencia de la acreditación de la relación de causalidad en mayoría de los países estudiados.
3. Los sistemas de cobertura de contingencias laborales de enfermedades profesionales deben procurar su subsistencia y financiamiento.
4. Los Estados buscan restringir, de diferentes formas, la cobertura para evitar un colapso en el sistema de reparación vinculado con la seguridad social estatal o sistemas privados de enfermedades profesionales u ocupacionales.
5. La cobertura de la salud del trabajador se encuentra reconocida en todos los países por el Sistema de Cobertura de salud general, por lo que el trabajador registrado no quedará desamparado.
6. El trabajador tendrá la cobertura por ser persona; lo que variará, en definitiva, será el alcance de la prestación si es que encuadra o no como una enfermedad profesional.
7. Las legislaciones estudiadas cumplen, en su mayoría, con las directivas de la OIT en cuanto al tratamiento como enfermedad ocupacional o del trabajo, con diferentes alcances en su cobertura dependiendo el régimen jurídico general de la Seguridad Social.

8. Argentina es el único país que ha extendido la cobertura a todos los trabajadores, con las implicancias y colapso que eso trae aparejado por la imposibilidad de verificación de la trazabilidad del contagio.



MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN EPOCA DE PANDEMIA EN LA PROVINCIA DE SANTA FE

Mariana Mercedes Otarola¹

Sumario: 1. Introducción; 2. Yori; 3. Melo; 4. Navarro; 5. Leguizamón; 6. G, I.E.; 7. Sindicatos contra Telecom; 8. Conclusión.

Resumen: Se analizará, en el marco de la pandemia, las medidas autosatisfactivas en la Provincia de Santa Fe, las que, a pesar de no encontrarse normada en sus textos procesales, han sido de gran eficiencia y eficacia ante la violación de la normativa de emergencia en materia laboral.

Palabras clave: Medidas autosatisfactivas – Derecho procesal – Covid 19 – Pandemia - Medidas urgentes – Procesos monitorios - Derecho del trabajo

I.- Introducción

Si hay que hablar de medidas autosatisfactivas, debe nombrarse al gran procesalista santafesino, Dr. Jorge Peyrano, quien desde hace años argumentó sobre la idea de que existiera este tipo de pedidos al conceptualizarlas como “un requerimiento 'urgente' formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; no constituye una medida cautelar por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma²”.

Ahora bien, las medidas autosatisfactivas, no están incluidas en los códigos de procedimientos santafesinos, ni en materia civil y comercial, ni en materia laboral, por lo que, su procedencia y procedimiento, queda al libre arbitrio del juez a quien se le inicie tal petición.

Y si se enmarca la cuestión, además, en lo que al fuero del trabajo le compete, Peyrano y Vitantonio, han enseñado que “Una justicia laboral abarrotada de causas, como consecuencia de la insuficiencia endémica de los tribunales del trabajo para dar respuesta a aquella problemática, debe hacernos reflexionar acerca de la insuficiencia del proce-

¹ Abogada Relatora del Juzgado de 1ra. Instancia de Distrito en lo Laboral de la 3ra. Nominación de Rosario, Santa Fe. Especialista en Derecho del Trabajo, UNR. Docente de Posgrado UNR y UNL. Prosecretaria Académica de la AADTSS, Filial Rosario. Miembro de la ANJUT

² PEYRANO, Jorge W., “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en AA.VV., Medidas autosatisfactivas, Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 27; citado en Peyrano, Jorge W. “Lo urgente y lo cautelar: diferencias y coincidencias”, AR/DOC/3760/2018.

dimiento laboral para atender los reclamos del justiciable. Claro que para transitar los nuevos caminos se necesita un desprendimiento de los esquemas clásicos, ortodoxos y tradicionales que, cual pesada carga, agobian nuestro ethos cultural procesal en línea con el contradictorio clásico. Las denominadas medidas autosatisfactivas se enrolan en un esquema de procesos urgentes que permite, dentro del esquema principista del Derecho del Trabajo, delimitar el siguiente contenido: a) Privilegiar una desigualdad evidente de las partes, consecuencia en lo sustancial de la hiposuficiencia del trabajador y en lo procesal del principio de igualdad por compensación. Este esquema contraría el contradictorio clásico ya que no existe una neutralidad frente al proceso. b) La verdad jurídica objetiva, hija dilecta del positivismo clásico, se encuentra absolutamente atenuada; la presentación de una circunstancia de "fuerte probabilidad" aleja al procedimiento contradictorio clásico como garante de la verdad. c) Un mínimo traslado al sujeto pasivo requerido garantiza la obligatoriedad constitucional de ser oído (arg. arts. 18, Const. Nac. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto de San José de Costa Rica]). d) Una resolución inmediata, de respuesta eficaz, sin necesidad de un ordinario posterior en aquellos supuestos donde no se discute una circunstancia de debate "casual-constitutivo" ni de "discrepancias que inciden en la medida del crédito"³.

El derecho laboral por sí mismo no admite demoras; es que los derechos amparados por nuestra materia hacen que el justiciable no pueda esperar por su salario justo, su indemnización legal o su prestación dineraria por causa de un siniestro laboral. Pero tampoco puede dejarse de lado que, en algunas circunscripciones de la Provincia de Santa Fe, la justicia laboral se encuentra colapsada y la premura que debe existir se convierte en una expresión de deseo.

Pero, además, frente a la triste realidad del fuero, desde marzo del 2020, la materia laboral se vio atravesada por un fenómeno mundial como lo es la pandemia originada por el Covid-19 del que cada habitante del planeta se encuentra expuesto. Y fue y es en este marco donde las medidas autosatisfactivas, junto con las acciones de amparo, fueron una de las herramientas utilizadas por los abogados litigantes en momentos cuando la Justicia del Trabajo se encontraba laborando a media máquina, como consecuencia de la realidad circundante, y mientras la Corte santafesina iba organizando el modo en que abruptamente irrumpieron cambios obligatorios y necesarios en la manera de brindar el servicio de justicia, en cada una de las cinco circunscripciones que conformen el mapa judicial santafesino⁴.

La herramienta de la medida autosatisfactiva tuvo protagonismo -junto con el amparo frente a la normativa excepcional emanada del Poder Ejecutivo dictada por el hecho de la pandemia.

El 1 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia.

A través del decreto 260/2020 (B.O.,12/03/2020) se prolongó la emergencia sanitaria en nuestro país haciéndose eco de lo que ocurría en el planeta. Mediante el art. 12 -Actuación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en la emergencia sanitaria: El

3 PEYRANO, Jorge W. – VITANTONIO, Nicolás J. R., "De nuevo sobre las denominadas "Medidas autosatisfactivas"; Cita: RC D 3877/2012; Tomo: 2007 2 Procedimiento Laboral– II; Revista de Derecho Laboral.

4 1. Santa Fe; 2. Rosario; 3. Venado Tuerto; 4. Reconquista; 5. Rafaela

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social establecerá las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del artículo 7° del presente decreto, durante el plazo que establezca la autoridad sanitaria. También podrán establecerse regímenes especiales de licencias de acuerdo con las recomendaciones sanitarias⁵.

Mediante el decreto N°297/2020 (B.O., 20/03/2020) se ordenó el aislamiento social, preventivo y obligatorio o ASPO y en tal marco se dictó, en lo que en materia laboral se trata, el decreto 329/2020.

Este decreto 329/2020 (B.O., 31/03/2020) ordenó la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de (60) días contados a partir de la fecha de publicación del decreto. No obstante, hubo sucesivos decretos prorrogando dicha manda y, en oportunidad de escribir estas líneas, la prohibición se ha llevado hasta diciembre del año 2021⁶.

Frente a la prohibición de despidos y como dijera supra, encontrándose el fuero laboral tratando de *aggiornarse* a nuevas herramientas de trabajo que permitiera la no presencia de abogados y empleados en los tribunales, los juzgados de guardia en materia laboral comenzaron a recibir peticiones urgentes en los cuales se había violentado la prohibición de despedir, en su mayoría. Y en algunos casos se hizo uso de la medida autosatisfactiva.

II.- Yori

Una de las primeras medidas autosatisfactivas que fueron dictadas y publicadas fue el caso “Yori, Melisa vs. Adecco Argentina SA s. Medidas Cautelares y Preparatorias” cuyo origen fue el Juzgado Laboral de la 4ta. Nominación de la ciudad de Santa Fe, insertado el 28 de abril de 2020⁷.

En el caso, Melisa Yori, quien había ingresado a trabajar para la demandada el 27 de enero de 2020 como directora de sucursal, relató que desde el 16 de marzo de 2020 y

5 ARTÍCULO 7°.- AISLAMIENTO OBLIGATORIO. ACCIONES PREVENTIVAS:

1. Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:

a) Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera “caso sospechoso” a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.

b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID – 19.

c) Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.

d) Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

Con el fin de controlar la transmisión del COVID- 19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas

6 Decreto N° 487/2020 B.O. 19/5/2020; Decreto N° 624/2020 B.O. 29/7/2020; Decreto N° 761/2020 B.O. 24/9/2020; Decreto N° 891/2020 B.O. 16/11/2020; Decreto N° 39/2021 B.O. 23/01/2021; Decreto N° 266/2021 B.O. 22/4/2021 -se proroga hasta el 31 de mayo de 2021-; Decreto N° 345/2021 B.O. 28/5/2021; Decreto N° 413/2021 B.O. 28/6/2021 se proroga hasta el 31 de diciembre de 2021.

7 Publicado en Rubinzal Online: RC J 1820/2020.

como política de prevención, se cerraron todas las sucursales que la demandada tenía en el país, y la actora comenzó a prestar sus labores bajo la modalidad de “*home office*”. Además destacó que como su actividad se encontraba vinculada con RRHH y servicios empresariales no se encontraba en el marco de las excepciones que continuarían prestando servicios por esencialidad.

En dicho marco el 14 de abril de 2020, y luego de la sanción del decreto 329/2020, la empresa le remitió correspondencia en la que se le notificó su despido en los términos del art.92 bis LCT, la que fue rechazada por Yori; no obstante, consumada la extinción tuvo que recurrir a la justicia y lo hizo a través de una medida autosatisfactiva.

En el decisorio la jueza consideró lo dicho por la actora en cuanto que “la realidad nos demuestra que lo que ha dado en conceptualizarse como el ámbito procesal ‘de excepción’ -dentro del que involucramos los métodos urgentes para las tutelas procesales ‘diferenciadas’, la tutela ‘material efectiva’, los novedosos esquemas cautelares y las medidas autosatisfactivas- se encasilla, en los tiempos que corren, en un encuadre de normalidad, que es indiscutible que, si las circunstancias lo imponen, puede postergarse la etapa de debate o réplica o contradicción, priorizando temporalmente la satisfacción material de un derecho en vías de reconocimiento judicial”. En ese marco de excepcionalidad debía ser atendida la urgencia de la trabajadora que había quedado sin su fuente laboral.

No puede obviarse que el contrato en cuestión se encontraba en periodo de prueba y frente a la normativa de fondo usual, que podría dar lugar al despido sin causa, la misma ha de contraponerse con la excepcionalidad de la situación y la falta de distingos emanados del decreto 329/2020. Es así que, como conocemos en el derecho, un sector de decisiones optó por considerar que al no haber distinción, y entendiendo que el espíritu del decreto se basaba en prohibir los despidos sea en el marco que sea, procedía también en casos como en el de Yori donde fue despedida invocándose el periodo de prueba.

En ese contexto la jueza consideró que del intercambio telegráfico se desprendía la alta probabilidad de certeza en las afirmaciones efectuadas por la actora y valoró respecto a qué norma debía darse preminencia: si al derecho reconocido en el art. 92 bis, LCT o la garantía establecida por el decreto 329/2020.

Un pasaje del impecable decisorio indica en opinión compartida que “el decreto 329/2020, viene a imponer -por el plazo de 60 días- una especie de “estabilidad propia”, al prohibir tajantemente los despidos sin causa”.

Asimismo, la jueza valoró la vía elegida por Yori y dijo que la medida cumplía con los requisitos desarrollados por la doctrina a los fines de que proceda: verosimilitud del derecho, peligro en la demora e irreparabilidad del daño y expresó que, una vez reinstalada, el empleador contaba con los recursos procesales a fin de revisar la orden judicial pero no hacerlo “la pérdida de trabajo se torna irreversible y el daño irreparable”.

Como consecuencia, se hizo lugar a la medida autosatisfactiva de reinstalación y se ordenó a la empleadora que se reincorpore a la actora a los dos días de notificada la sentencia en las mismas condiciones en las que se encontraba la trabajadora antes de ser despedida, así como también se condenó al pago de los salarios caídos desde la fecha en que había sido despedida.

A la par dispuso que la medida duraría por sesenta días o el plazo mayor en que dure la situación de emergencia prevista en el decreto 329/2020. Se solicitó que se prestara caución juratoria a modo de fianza y a fin de asegurar el cumplimiento se dispuso la aplicación de astreintes a razón de \$ 2.000 por cada día de incumplimiento.

De este caso se puede observar que la jueza valorando la petición como medida cautelar, sin traslado previo, ordenó la medida sin más dando cumplimiento a su concepto en cuanto a la petición y su satisfacción en un mismo acto procesal.

III.- Melo⁸

En el caso de Melo también se dio en el marco de un despido sin causa por extinción del periodo de prueba; de tal modo la actora solicitó su reincorporación inmediata a su empleo y abono de salarios caídos con fundamento en el DNU 329/2020.

En dicho caso la jueza rosarina, Patricia Otegui, ordenó el traslado de la peticionado a la demandada, quien compareció, y expresó, en lo sustancial que “técnicamente” no era un despido sino una rescisión de contrato de trabajo en periodo de prueba conforme el art. 92 bis, LCT el que no fue derogado un suspendido.

La magistrada efectuó consideraciones sobre la congruencia constitucional del DNU 329/20 la que no fue objetada y su coherencia con la Constitución Nacional, como la emergencia dictada por el Estado Nacional; seguidamente valoró la fuerte probabilidad de que el derecho material sea atendible, así como el peligro en la demora.

Además, para sellar su decisión, la jueza explicó de modo contundente que “el art. 92 bis LCT (cfr. redacción ley 25.877 -art. 2 -) receptó la teoría monista, según la cual el “periodo de prueba” constituye el tramo inicial del contrato tipo de tiempo indeterminado” por lo que no estaría frente a un contrato preliminar sino un periodo dentro del contrato de trabajo.

Finalmente agregó que las medidas autosatisfactivas constituyen soluciones jurisdiccionales autónomas por cuanto importan una satisfacción definitiva de los requerimientos del postulante: “lo que en el caso implicará la declaración de nulidad de despido y consiguiente reinstalación de la actora a su puesto de trabajo”.

De tal modo la Dra. Otegui hizo lugar a la medida solicitada, declaró nulo el despido, ordenó a la demandada a que en el término de dos días de notificada la sentencia se procediera a la reincorporación de la trabajadora y al pago de los salarios caídos, bajo apercibimiento de la aplicación de medidas conminatorias pecuniarias (art. 804, CCN). Es así pues, que en el caso, la falta de normativa respecto a las medidas autosatisfactivas, conlleva a decidir el traslado de la petición a la contraria, y valorar también la prueba documental como lo expuesto por la empleadora condenada.

IV.- Navarro⁹

En el marco de este pedido de medida autosatisfactiva, Navarro relató que había ingresado a trabajar para la demandada el 18 de diciembre de 2018 realizando tareas de cajera en un establecimiento dedicado a la actividad de verdulería. Indicó que el 27 de abril

8 Juzg. Laboral N° 6 de Rosario, Santa Fe, “Melo, Macarena Soledad vs Geriátrico Años Felices S.R.L. s. Acción de Nulidad de cosa juzgada”, 26 de abril de 2020; Rubinzal Online, 413/2020, RC J 2617/20

9 Juzg. Lab. Venado Tuerto, Santa Fe, “Navarro, Ailén Nerea vs. Sava, Sofia s. Medida Autosatisfactiva”, 11 de mayo de 2020; Rubinzal Online; RC J 2112/20.

de 2020 -con emergencia pública ya decretada en todo el país- se le informó que no le iban a otorgar tareas y ese mismo día recibió un telegrama por el cual le anunciaron que prescindían de sus servicios desde la fecha, poniendo a disposición las indemnizaciones y haberes correspondientes.

El despido efectuado fue rechazado por Navarro mediante telegrama, impugnó a aquél e intimó a su reintegro bajo apercibimiento de solicitar judicialmente su reinstalación. La empleadora, entonces, le negó el reintegro y pretendió modificar la causa de su despido por un despido con causa por lo que Navarro, inició la medida ante los tribunales provinciales en la ciudad de Venado Tuerto.

El magistrado inició sus considerandos de un modo contundente y digno de citar por todos los magistrados del fuero laboral: “liminariamente principio sosteniendo que los jueces tienen un papel predominante en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral. El juez es gestor de paz y equidad. No es el juez de la ley sino de la Constitución Nacional y de las normas supralegales. La función del juez no es hacer ciencia del derecho como base en especulaciones abstractas sino hacer jurisprudencia, usar de la prudencia en la realización efectiva el derecho: no se puede renunciar conscientemente al deber moral de administrar justicia. Como sostiene Fernández Moore, no sirven los jueces de agua (incolores, inodoros e insípidos)”.

Lógicamente que el Dr. Verna, hizo lugar a la medida autosatisfactiva, y tuvo en cuenta que “la falta de texto legal expreso no puede ser óbice para despachar la misma, en modo que se ha sostenido que la operatividad de las medidas de tal laya deriva del poder cautelar general que le asiste al juez”.

Es así que consideró, entre otros, que, dentro del contexto social reinante, donde el móvil tenido en miras por la normativa ejecutiva no fue otro que la protección de la salud de todos los habitantes del país, el DNU 329/20 amparó de modo transitorio las relaciones laborales “dotándolas de estabilidad propia”.

El magistrado consideró en el marco de la causa a decisión que la pretendida variación de la causa intentada por la patronal se da de bruce con la teoría recepticia, así como con el art. 243, LCT por lo que la segunda carta de la demandada no debía ser tenida en cuenta. De tal modo declaró nulo el despido y ordenó la reinstalación de la actora de manera inmediata en su puesto de cajera, con más el pago de salarios caídos hasta su reinstalación.

Por ultimo el juzgador, conforme la vía solicitada, argumentó por qué entendía reunidos todos los requisitos para su procedencia.

A la par, citó a la Dra. Claudia Cava, quien fuera en vida una notable y generosa relatora laboral de la Corte santafesina, y quien dijera “creemos que el despacho de medidas autosatisfactivas cuando fuera menester -pese a la ausencia de texto legal expreso, pero en base a las atribuciones implícitas- contribuye a afianzar la justicia. Específicamente, entendemos que cuando la solución pueda alcanzarse a través de una acción de amparo y una medida cautelar no necesitamos entrar en debates acerca de la procedencia o no de las medidas autosatisfactivas. Sí debemos sincerarnos respecto de la verdadera naturaleza de cada institución, y cuidarnos de no contribuir a la hipertrofia del amparo por

saturación del mismo. Pensamos que el trámite que postulamos para las medidas autosatisfactivas -proceso monitorio- brinda ventajas sobre otros procesos que requieren previa sustanciación. Estimamos por tanto que -en la eventualidad de ser receptadas- las medidas en estudio podrían constituir un procedimiento judicial más idóneo” a los fines de la tutela urgente de derechos¹⁰.

Para concluir el Dr. Verna dijo en su resolución que “en estos tiempos que corren, de pandemia, el régimen jurídico debe procurar como su fin último la protección de la persona humana, con especial consideración de la persona que trabaja”.

Las consideraciones vertidas en cita y de puño del magistrado ilustran la decisión así como la preponderancia otorgada de modo excepcional a la salud por sobre todas las cosas.

La medida se otorgó sin contracautela.

V.- Leguizamón¹¹

El decreto N° 266/2021 (B.O., 22/4/2021), prorrogó la prohibición de despido; pero en su art.5, expresó que la prohibición que se trataba no contemplaba “a quienes se encuentren comprendidos o comprendidas en el régimen legal de trabajo para el personal de la industria de la construcción de la Ley N° 22.250”.

No obstante, con anterioridad a tal decreto, y del análisis de la primigenia norma en el entendimiento que no estipulaba distinciones, ni modalidades, ni de Estatutos Profesionales, Leguizamón entabló una medida autosatisfactiva y/o de tutela anticipada contra la empresa que lo había despedido con invocación de causa falsa e insustancial, carente de motivación válida.

El trabajador contó que el inició a prestar tareas para la demandada el 16 de agosto de 2016, que la relación laboral se extinguió el 27 de mayo de 2020, que se desempeñaba como personal de mantenimiento mecánico especializado de los equipos y/o maquinarias pesadas que utiliza la empresa de modo habitual en la ejecución de distintas obras. Leguizamón manifestó que en oportunidad de su despido se desempeñaba en una obra ejecutada en la República Oriental del Uruguay, en una empresa subcontratada por la empresa accionada. El motivo del despido fue la finalización de la causa que motivó su contratación.

En el marco de las facultades de la magistrada frente a la medida sin reflejo normado, designó una audiencia conforme los arts. 19 y 21, 1er. pfo, del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de aplicación supletoria conforme la normativa procesal laboral santafesina. Además, intervino la Sra. Fiscal. Oídas las partes sin que se arribara a un avenimiento se dictó resolución en la cual se valoró la vía elegida, la documental arribada, la antigüedad del actor en su tarea, y que la extinción se llevó a cabo luego de la sanción del decreto 329/2020. Es así que la magistrada entendió que “el contexto de emergencia sanitaria y social pone un manto de protección a este tipo de actos de la patronal sin hacer distinción alguno”. Se apreció, además, el peligro en la demora y la urgencia en la reinstalación al trabajo de Leguizamón.

10 “Cava, Claudia “Medida autosatisfactiva y amparo”, en Medidas Autosatisfactivas, Ateneo de Estudios Procesales, Director Jorge W. Peyrano, p. 591, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, citado en el fallo en comentario.

11 Juzg. Laboral Nro. 3, Rosario, Santa Fe; “Leguizamón, Gerardo Fabian c/ Milicic SA s/ Medidas cautelares y preparatorias”, sent. Nro. 654 del 17 de julio de 2020.

La Dra. María Silvia Albertti declaró la nulidad del despido, ordenó la reinstalación del trabajador, bajo apercibimiento de astreintes (\$5.000, por cada día de retardo) y ordenó el pago de los salarios caídos desde la comunicación del despido hasta su reintegro.

La resolución fue impugnada tanto por recurso de revocatoria con apelación en subsidio. Al resolver, la magistrada puso de resalto que la medida autosatisfactiva “es una herramienta que auxilia a la normativa de forma cuando se trata de cuestiones que no merecen respuestas que se traduzcan en improbables e imposibles por el paso del tiempo, sino que deben ser efectivas y rápidas”. Se cuestionó la constitucionalidad del DNU 329/2020 lo que fue contemplado en cuanto que “no sólo se ha seguido con las normas constitucionales respecto a los decretos de necesidad y urgencia sino que, además, ha de primar el marco de excepcionalidad de las cuestiones referidas a los trabajadores, que descansa en el art.14 bis de la CN y las consecuencias que genera el mantenimiento de los vínculos laborales, a los fines de no dejar en peores condiciones a la parte más débil de la relación laboral en el contexto de emergencia sanitaria, que el derecho laboral trata de proteger”.

Lo decidido fue confirmado por la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, de Rosario, mediante Acuerdo Nro. 2, del 2 de febrero de 2021¹².

VI.- G.I.E.¹³

La actora promovió medida autosatisfactiva contra la empresa demandada tendiente al otorgamiento de la licencia dispuesta en el art. 3, resolución Nro. 207/2020 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

La actora relató que era empleada desde el 18 de julio de 2016, que era madre de una niña de 6 años quien concurría al primer grado en una escuela de su localidad, que el cuidado personal de la menor estaba a su cargo, y que, en el marco de la pandemia, se suspendieron las clases presenciales el 15 de marzo de 2020 mediante resolución nro. 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación. La trabajadora relató que a mediados de abril la empresa retomó sus actividades y que ella por temor a perder la fuente de trabajo no hizo uso de aquella licencia, siendo cuidada la niña por una vecina.

Contó que el 13 de agosto de 2020 sufrió un accidente de trabajo de la que fue dada de alta el 31 de agosto de 2020 y, a la par, la persona que cuidaba a su hija le comunicó que ya no podría hacerlo por lo que, el 27 de agosto de 2020, le comunicó a su empleadora que haría uso del derecho de dispensa de asistencia a prestar tareas conforme la resolución 207/2020. No obstante, el 3 de septiembre de 2020 la empleadora le manifestó que la normativa no resultaba aplicable a la provincia de Santa Fe y que por lo tanto la dispensa de la asistencia al lugar de trabajo resultaba improcedente.

Es así que la trabajadora inició la medida autosatisfactiva, de tal modo el Juez valoró la realidad de lo manifestado a través de la documental arribada. Destacó y apreció los extremos de excepción que sustentan el DNU mas aún cuando se encontraba en pugna la educación y Derechos del Niño.

El magistrado indicó que no sólo se encontraba vigente el DNU 260/2020 y siguientes sino

¹² Cita en base de datos de Camara, pagina del Poder Judicial de Santa Fe, cita 114/21.

¹³ Juzg. Lab. Nro 2, Rafaela, Santa Fe; “E, G.I. vs. Juan Condrac SA s. Medida autosatisfactiva”, 8 de octubre de 2020; Rubinzal Online; RC J 7086/20.

las adhesiones provinciales como el nro. 4454/2020, 927/2020 y concordantes, vigentes en materia laboral, así como la resolución 207/2020 del 16 de marzo de 2020 y su prórroga.

De tal modo se decidió hacer lugar a la medida y se intimó a la empleadora a fin de que, en el plazo de 24 h de notificado el decisorio, se abone los salarios impagos a la actora posteriores al vencimiento de su licencia por contingencia del trabajo, y que hasta que se dicte resolución que disponga lo contrario y/o se reanudasen las actividades presenciales escolares, deberá considerar justificada la inasistencia a cumplir con sus obligaciones laborales como progenitora a cargo de su hija menor de edad cuya presencia en el hogar resulta indispensable para el cuidado de la niña, le mantuvo el derecho a la retribución, bajo apercibimiento de aplicar astreintes que se estimaron en \$ 4.000 diarios.

VII.- SINDICATOS contra TELECOM¹⁴

El pedido de medida autosatisfactiva en este caso se enmarcaba en que se ordene a la accionada a reintegrar a los trabajadores representados por SITRATTEL que adhirieron a la medida de acción directa decretada por FATTEL -Federación Argentina de Trabajadores de las Telecomunicaciones- y como sindicatos integrantes de esa Federación, las sumas de dinero descontadas de sus haberes por supuestas “ausencias injustificadas” de los días 20, 21, 22, 23 y 24 de marzo de 2020; a la par solicitaron, subsidiariamente, que se dicte una medida de no innovar a fin de que se ordene a la empresa que se suspenda cualquier descuento derivado de aquellas ausencias referidas hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión.

Sucintamente lo planteado por los sindicatos radicaba en que, del 20 al 24 de marzo de 2020, cuando la cuarentena nacional se iniciaba mediante DNU 297/2020 emitido el 20 de marzo de 2020 y a raíz de establecerse un listado de trabajadores que eran “indispensables” y por ende, excluidos del aislamiento obligatorio, se ordenó que aquellos que debían salir de sus hogares debían hacerlo con el mayor cuidado posible.

Es así que los sindicatos indicaron que en esos días la empresa demandada enviaba a sus trabajadores a trabajar sin ningún tipo de medidas de prevención, por lo que FATTEL decidió una medida de acción directa en aquellas zonas donde no se cumplieran las medidas de seguridad e higiene conforme el contexto reinante. De tal modo contaron que el 25 de marzo de 2020 se proveyeron los elementos requeridos, y se reintegraron los trabajadores, pero dichos días fueron descontados de sus haberes sin explicación cuando la empresa había violado el art. 75, LCT.

De la demanda se desprendía que no todos los trabajadores representados se encontraban solicitando la medida, pero, a falta de individualización, la jueza solicitó que se acompañara la nómina de trabajadores afectados.

En el marco de la medida y a tenor de lo pedido, la magistrada consideró que debía correrse traslado de lo solicitado.

La medida autosatisfactiva fue rechazada.

En primer lugar, porque, en principio, no se había cumplido con el art. 22, decreto 467/88,

¹⁴ Juzg. Laboral, 3ra. Nominación, Rosario, Santa Fe, “Sindicato de los trabajadores de las Telecomunicaciones de Rosario (SITRATTEL) y otros s/ TELECOM ARGENTINA SA s/ Medidas cautelares y preparatorias”, sent. Nro. 1301 del 29 de octubre de 2020, inédita.

reglamentario del art.31, ley 23.551, que dispone que “para representar intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela” en cuanto se trate de conflictos individuales o pluriindividuales de trabajadores. De tal modo se entendió necesaria la ratificación de todos los actores al planteo efectuado por los sindicatos, toda vez que no se planteó la inconstitucionalidad del art. 31 citado, si bien podría resolverse con ratificación posteriores en el marco del art. 16,CPL -ley 13840- santafesino¹⁵.

Pero, además, contrariamente a lo analizado en todos los casos anteriores, en éste no se daban los requisitos de la medida autosatisfactiva. Se examinó si “el reclamo de, como máximo cinco días de tareas, ameritaba la elección de la presente vía elegida y aquí es donde cabe analizar los requisitos de cualquier medida cautelar como enseña la doctrina procesalista: a) apariencia del derecho invocado; b) peligro en la demora; c) contracautela; d) irreparabilidad del perjuicio, o, a decir de Peyrano, ...la fuerte verosimilitud del derecho alegado y, no resulte menester en el caso recurrir a un amplio debate y prueba completa”

Si bien la magistrada tuvo en consideración que, en principio, se habría incumplido con el deber de seguridad del art. 75, LCT y que se llevó a cabo el derecho incluido de retención de tareas, de lo dicho por las partes se entendió que se precisaba de un debate y prueba diferente al que podría darse frente a la vía solicitada.

Además, en cuanto al peligro en la demora, se concibió que no se había probado toda vez que los contratos laborales de los trabajadores afectados continuaron sin que tuviera repercusiones en sus salarios, salvo los días del mes de marzo que afectados que llegaban a cinco.

VIII.-Conclusión

La medida autosatisfactiva no se encuentra contemplada en la normativa procesal santafesina, pero ello no resulta un obstáculo para que sea introducida su petición frente a casos que ameritan de una resolución rápida y urgente.

No contar con norma trae como aparejada la libertad en las facultades de los magistrados de darle el marco procesal que estimen conveniente a los fines de salvaguardar el derecho de defensa de la contraria o, en otros casos, entender que de lo dicho por el solicitante puede dictarse de modo inmediato una resolución que se dicte sin intervención de la contraria.

A la ráfaga de causas en el fuero laboral, se sumó la pandemia que hizo a paso lento los procedimientos judiciales.

La medida autosatisfactiva fue y es una herramienta más que necesaria y efectiva que los abogados laboristas deben tener en cuenta cuando, en tanta normativa excepcional dictada por el Poder Ejecutivo y adheridos por la provincia, frente a la afección mundial a la salud, las decisiones y normativas hoy vigentes, ponen en primer lugar aquellos derechos fundamentales que deben ser resguardados hoy más que nunca.

15 ARTÍCULO 16.- Urgencia.- En casos de urgencia, la personería podrá invocarse y acreditarse conforme lo establecido en el Código Procesal Civil y Comercial.

Los actos de representación se entenderán convalidados mediante la ratificación personal por el representado o el otorgamiento de apoderamiento a quien lo hubiera invocado dentro del plazo que el juez determine.

Pero tampoco puede olvidarse que ante una medida autosatisfactiva de un derecho violentado ha de encontrarse con un magistrado laboral que, como dijera el Dr.Verna, tienen un papel predominante en la dinámica de las relaciones laborales y en la política laboral siendo el juez gestor de paz y equidad. Premisa más que importante para que se arraigue en cada uno de los corazones de los sentenciadores laborales.

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS DICTADAS EN PANDEMIA EN LA PROVINCIA DE CORDOBA

María Teresa Marconetto¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Las medidas autosatisfactivas: 1.- Definición. 2.- Diferencia con otras medidas. 3.- Requisitos. 4.- Fundamento normativo. 5.- Trámite. III.- Derecho tutelado invocado: 1.- Derecho al empleo: i) Análisis constitucional del DNU 329/20 y sus prórrogas. ii) Casos claros alcanzados por el DNU 329/20. iii) Casos no tan claros donde se discute el alcance del DNU 329/20. 2.- Derecho a la remuneración. IV.- Conclusión

Resumen: Las medidas autosatisfactivas han sido la herramienta más utilizada durante la pandemia, en la Provincia de Córdoba, para reclamar los derechos de trabajadores/as. Se ha generado así una rica doctrina judicial en la materia, definiendo su concepto, requisitos, fundamento y trámite. Los principales derechos reclamados han sido, el derecho al empleo y al cobro del salario. Existen casos claros en donde se aplicaron los DNU de emergencia ordenando la ineficacia del despido. Otros casos no tan claros, han dividido a la jurisprudencia como los despidos dentro del periodo de prueba y en el régimen de la construcción. Estas medidas se han consolidado como la acción pretoriana más eficaz en tiempos de pandemia.

Palabras clave: Medidas autosatisfactivas. Pandemia. Jurisprudencia. Córdoba

I. -Introducción.

La legislación procesal en la Provincia de Córdoba no regula las medidas autosatisfactivas.

Sin embargo siempre ha sido un instrumento que los/as operadores/as jurídicos/as han utilizado ante determinadas situaciones, que requieren urgencia en su tratamiento.

En el fuero laboral de la Provincia, antes del 2020, se pueden encontrar algunos antecedentes jurisprudenciales. Pero con la declaración de pandemia Covid-19 realizada por la Organización Mundial de la Salud y las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional para evitar su propagación, las medidas autosatisfactivas se han convertido en la principal herramienta a la que acudieron los/as trabajadores/as en reclamo por sus derechos. De esta manera se ha generado una rica doctrina judicial en la materia, que analizaremos seguidamente.

¹ Abogada (UNC); Especialista en Derecho Laboral (convenio UNL, UNC y UCC), abogada litigante

II.- Las medidas autosatisfactivas

1.- Definición

Los tribunales son coincidentes al momento de definir la medida autosatisfactiva como una acción autónoma, no cautelar y urgente, que exige el dictado de una solución jurisdiccional definitiva y expedita, para hacer efectivos derechos sustanciales.

Es una construcción pretoriana utilizada cuando el procedimiento ordinario resulta ineficiente para dar una respuesta, a situaciones de extrema urgencia. Estas acciones ponen el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional, en supuestos donde la demora de los carriles procesales comunes llevaría a la pérdida del derecho o a la irreparabilidad del daño causado². Exigen el dictado de respuestas jurisdiccionales inmediatas, inclusive a veces, a expensas de la garantía de defensa en juicio³. Se la define también como una providencia dictada en un proceso autónomo, *inaudita parte*, que requiere un interés tutelable manifiesto, y la necesidad de que exista un amparo inmediato imprescindible⁴.

El fin perseguido por la medida autosatisfactiva se agota en sí mismo, sin requerir una sentencia en juicio de conocimiento posterior, para la satisfacción del interés comprometido.

Requiere que el accionante interponga una pretensión principal, no accesoria o conexas a otra, y la resolución del conflicto será definitiva. Su procedencia debe analizarse en forma restrictiva, porque conlleva una solicitud de adelanto de jurisdicción. Se admiten en casos, donde la lesión al interés o al derecho subjetivo es tan evidente que, a simple vista demuestre que no será necesario acudir a un proceso de conocimiento.

El fundamento de estas peticiones autosatisfactivas reside en la extrema urgencia y, esencialmente, en el peligro de las personas -sus derechos y garantías fundamentales- por la amenaza de sufrir un daño inminente. Se justifican en la existencia de un peligro o potencialidad de perjuicio, que requiere que los tribunales actúen preventivamente, evitando la realización de un acto contrario a derecho y la producción del daño⁵.

2.- Diferencia con otras medidas

La jurisprudencia también se ocupa de distinguir las características de las medidas autosatisfactivas, que las diferencian de otras acciones urgentes, tales como la cautelares o anticipatorias.

Se sostiene que tanto la tutela anticipada o despacho interino de fondo, como la autosatisfactiva tienen en común una solicitud de adelanto de jurisdicción⁶. Pero las medidas autosatisfactivas no encuadran en la actividad jurisdiccional asegurativa sino en la decisoria o dirimente.

Si bien comparten con las cautelares la circunstancia de ser resueltas *inaudita parte*, y

2 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2°, "Batalla Maximiliano Alexander C/ Chexa S.A. Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9362031", auto N° 166 del 20/10/20.

3 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 4° Nom., "Z., M. E. C/ Chexa S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9281522", sentencia N° 43 del 26/06/20.

4 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9° Nom., "González Rodrigo Felipe C/ Pleyade S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9287780", sentencia N° 50 del 25/06/20.

5 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nom., "Zampetti Allende, Rubén Darío C/ JBG Group S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9197978", sentencia N° 43 del 19/05/20.

6 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9° Nom., "Toledo Diego Martín del Valle C/ Boetto y Buttigliengo S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9306528", sentencia N° 48 del 07/07/20.

con las anticipatorias la de basarse en la cuasi certeza del derecho, su objeto es el dictado de una sentencia que resuelve el conflicto⁷. Por ello, esa apariencia de buen derecho reclamable en el terreno de la autosatisfactiva debe ser mayor a la exigida en una tutela anticipada de urgencia o medida cautelar, porque el proceso se agota en sí mismo y no es susceptible más que de una revisión por vía recursiva⁸.

3.- Requisitos

La jurisprudencia es coincidente en señalar que los requisitos para su procedencia son: -conurrencia de una situación de urgencia impostergable, en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios⁹; existencia de peligro en la demora y probabilidad de acaecimiento de un daño irreparable¹⁰; interés tutelable manifiesto y la necesidad de que exista una tutela inmediata imprescindible.¹¹

-fuerte probabilidad de que el derecho reclamado sea atendible; verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditada al inicio del proceso o, en su caso, de sumaria comprobación, sin que requiera amplio debate y compleja prueba¹²; fuerte probabilidad de existencia del derecho en cabeza del peticionante y el sustento en prueba documental¹³;

-contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.¹⁴ Se justifica en la necesidad de garantizar la cobertura de los daños y perjuicios, que el despacho de la medida pudiere ocasionar. Las situaciones que plantean estas hipótesis registran la máxima tensión entre el valor eficacia y el valor igualdad de las partes. La balanza se inclina a favor del primero, porque la urgencia es extrema, la restricción del contradictorio es inevitable y la calidad de los derechos afectados es evidente¹⁵.

4.- Fundamento normativo

Este tipo de medidas no se encuentran aún receptadas formalmente en las normas procesales específicas del fuero laboral en la Provincia de Córdoba; por ello los tribunales encuentran su justificación normativa en:

- 1) el Bloque Convencional incorporado con la reforma constitucional del año 1994, principalmente el Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde prevén la necesidad de que los estados brinden una tutela judicial efectiva de los derechos de sus conciudadanos/as;
- 2) en la Constitución Nacional: art. 14 derecho a peticionar a las autoridades, art. 19 ningún/a habitante será privado/a de lo que la ley no prohíbe; y por derivación del derecho receptado en el art.43, acción expedita y rápida de amparo¹⁶;

7 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nom., "García, Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Medida autosatisfactiva", Expte. 9263226", sentencia N°34 del 18/06/2020.

8 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., "Lario, Rocio Stefania C/ Pléyade S.A - Medida autosatisfactiva", Expte. 9318657", sentencia N°48 del 06/07/2020.

9 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., idem

10 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nom., idem.

11 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 4° Nom., idem.

12 Juz. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., idem.

13 Cámara del Trabajo Sala 2°, idem.

14 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nom., idem.

15 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nom., idem. 17 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 4° Nom., idem.

16 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nom., "Mangini, Jéssica Natalia C/ Box Custodia Archivos S.A - Medida autosatisfactiva", Expte. 9360050",

3) en la Constitución Provincial: art. 19 inc. 9 derecho a acceder a la jurisdicción; 4) en el Código Civil y Comercial de la Nación art. 3, establece el deber de los/as jueces/zas de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción, mediante una decisión razonablemente fundada; y 5) algunos tribunales citan el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba art. 484 que regula las medidas cautelares no enumeradas¹⁷; ello pese a aclarar que la medida autosatisfactiva no constituye una cautelar pero comparten la pretensión de innovar de manera urgente sobre situaciones fácticas y jurídicas existentes al tiempo del reclamo.

5.- Trámite

Al tratarse de un proceso urgente y autónomo, la mayoría de los tribunales lo han tramitado *in audita parte*, difiriendo la bilateralidad al momento de una eventual instancia recursiva. De esta forma interpuesta la acción, ofrecida la prueba y adjuntada la documental, el/la juzgador/a dictó resolución.

Sin embargo, en reiteradas situaciones, los tribunales han adelantado la bilateralidad previo a resolver el conflicto. De esta manera se han corrido vistas a la parte demandada una vez interpuesta la medida¹⁸; o se les ha dado el trámite de los incidentes previsto en el art.31 de la ley 7987. En otras situaciones se han fijado audiencias para aclarar puntos dudosos o procurar avenimientos o transacciones, en los términos del art. 58 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba¹⁹.

La contracautela ha sido exigida en la mayoría de los casos y fijada en dos o tres fianzas personales.

Se ha garantizado la revisión en doble instancia con la procedencia del recurso de apelación, en los términos del art.94 de la ley 7987, con fundamento en que la resolución impugnada causa un gravamen irreparable.

III.- Derecho tutelado invocado

La mayoría de las medidas autosatisfactivas interpuestas en pandemia en la Provincia de Córdoba han tenido por objeto reclamar la garantía del derecho al empleo y al cobro de haberes.

1.- Derecho al empleo

Desde la declaración del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio con motivo de la pandemia Covid-19, la gran mayoría de las medidas interpuestas han petitionado la declaración de nulidad del despido y la reinstalación al puesto de trabajo.

La normativa invocada ha sido el DNU 329/2020 y sus prórrogas²⁰, que prohibió los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

La jurisprudencia sostuvo que el DNU 329/20 elevó al estatus jurídico de acto con objeto ilícito al despido incausado, y al causado en fuerza mayor o falta o disminución de trabajo.

sentencia N°105 del 22/10/20.

17 Cámara del Trabajo Sala 3, "Cejas, Evelyn Dayana C/ Senae SA - Medida autosatisfactiva" Expte. 9274940", auto N° 155 del 21/09/20.

18 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nom., "Corvalán, Nicolás Agustín C/ Intersys S.R.L. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9266733", sentencia N° 53 del 02/07/2020; Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nom., idem.

19 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., "Castro Arguello, María Ximena C/ Cemo S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9240519, sentencia N° 51 del 25/06/20.

20 DNU 487/2020, 624/2020, 761/2020, 891/2020, 39/2021, 266/2021, 413/2021.

De producirse uno de esos actos de objeto ilícito, es sancionado con la ineficacia²¹.

El Poder Ejecutivo Nacional incrementó el nivel de tutela a los/as trabajadores/as frente al despido arbitrario, elevando el umbral de protección desde la instancia del “acto ilícito válido que genera el deber de indemnizar”, a la instancia de “acto inválido”. Esta prohibición de despedir, en los supuestos referidos, conlleva la antijuricidad de tal rescisión, le resta toda eficacia y provoca la restitución del estado de cosas anterior al distracto. Se trata de un régimen de excepción al sistema de estabilidad impropia, que apunta a evitar situaciones disvaliosas²².

El decreto debe ser valorado juntamente con todo el paquete normativo dictado por el PEN, como las referidas a la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Su objetivo es preservar el empleo como una política de estado, que implica la postergación de otros derechos del/a empleador/a, como es el de dirección y organización, y la decisión de extinguir el contrato de trabajo²³.

i) Análisis constitucional del DNU 329/20 y sus prórrogas

La normativa de emergencia ha sido objeto de impugnaciones constitucionales y en algunos casos el tribunal ha realizado el control de constitucionalidad de oficio. En todos los casos ha superado dicho control siendo declarada su constitucionalidad. Se aclara que aún no se ha expedido el Tribunal Superior de la Provincia al respecto.

Los tribunales son coincidentes en señalar que el decreto ha cumplido con los requisitos formales, al haber sido suscripto en Acuerdo General de Ministros. Se cumplió con los recaudos previstos por el art.99 inc.3° de la Constitución Nacional, la materia legislada no trata sobre cuestiones excluidas por dicho precepto (penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos). Se lo ha comunicado a la Comisión Bilateral Permanente, en cumplimiento de la ley 26.122, la que dictaminó en favor de este decreto, entre otros de necesidad y urgencia firmados en el marco de la emergencia sanitaria.

En cuanto a los requisitos sustanciales se verifican las circunstancias de excepcionalidad requeridas, de público conocimiento, y que han sido explicitadas en el propio considerando del decreto. Se valora que la declaración de aislamiento social preventivo obligatorio provocó un duro impacto sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios. En este contexto se dictaron medidas para ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia. Y se valora que era necesario tutelar en forma directa a los/as trabajadores/as, asegurándoles sus puestos de trabajo. Se verifica el recaudo de necesidad, atento la norma ha sido dictada para hacer frente a una grave emergencia, que trasciende lo económico y compromete la subsistencia de las personas. Dichas condiciones habilitaron la delegación legislativa excepcional prevista por el art. 76 de la C.N. La urgencia invocada se justifica en la imposibilidad de someter la norma al trámite ordinario de sanción de las leyes, atento la situación requería una solución legislativa inmediata. Se destaca que es una medida transitoria, al haberse determinado una

21 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., “Lario, Rocío Stefania c/ Pléyade S.A – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9318657”, sentencia N°48 del 06/07/2020.

22 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9° Nom., “González Rodrigo Felipe C/ Pléyade S.A. - Medida autosatisfactiva”, Expte. N° 9287780”, sentencia N° 50 del 25/06/20.

23 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nom., “Peretti, Agustina C/ JBG Corp S.A. - Medida autosatisfactiva”, Expte. 9197977, sentencia N° 33 del 19/05/20.

duración primigenia de sesenta días de la medida, prorrogada posteriormente por lapsos de tiempo similares, cumpliéndose de esta manera la temporalidad. Se evalúa la razonabilidad de la medida analizando las condiciones socioeconómicas reales que nos involucran como sociedad y la necesidad de tomar decisiones basadas en equidad y justicia social. Se considera cumplida la proporcionalidad que debe tener la medida, y para ello se valora la necesidad de garantizar las fuentes de trabajo dentro del marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social que sufre el país.

ii) Casos claros alcanzados por el DNU 329/20

En aquellos despidos en donde se invocó expresamente una de las causales previstas en el decreto, o no se invocó ninguna causal, no presentaron diferencias interpretativas ni mayores discusiones.

- **Despidos por fuerza mayor:** el/la juzgador/a verificó la acreditación del vínculo laboral, el despido fundado en dicha causal dentro del período de protección del decreto y la coyuntura de peligro, para considerar cumplidos los presupuestos necesarios para su despacho favorable. Se resolvió admitir la medida autosatisfactiva, declarar nulo el distracto, ordenar la reinstalación del/a trabajador/a despedido/a, bajo apercibimiento de aplicar astreintes y con más el pago de los salarios caídos²⁴.

- **Despidos sin invocación de causa:** se verificó el extremo fáctico contemplado en la norma, y su acaecimiento dentro del periodo de protección. Se admitió la medida, declarando la ineficacia del despido, manteniéndose vigente la relación laboral existente y sus condiciones²⁵.

iii) Casos no tan claros donde se discute el alcance del DNU 329/20

Se han presentado numerosos supuestos, en donde se discute si quedan incluidos dentro de la prohibición de despedir establecida por el decreto. La jurisprudencia se encuentra dividida en muchos de estos casos, con posturas contrapuestas.

- **Despidos con invocación de causa:** no han sido pocas las medidas autosatisfactivas intentadas, para declarar la nulidad de despidos con invocación de causa. La jurisprudencia mayoritaria se ha inclinado por no admitir esta vía urgente y expedita para el tratamiento de la valoración de la injuria.

Los fundamentos principales para rechazar la medida han sido considerar la literalidad de la norma de urgencia, que expresamente determina la prohibición para el despido sin invocación de causa o fundado en determinadas causales. La norma de emergencia debe ser de aplicación restrictiva y taxativa, al ser limitativa de un estado de derecho previo vigente²⁶.

Se sostuvo que la acción no cumple con la cuasicerteza del derecho invocado para su procedencia, atento las cuestiones de hecho se encuentran expresamente controverti-

24 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10º Nom., "Zampetti Allende, Rubén Darío C/ JBG Group S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9197978", sentencia N° 43 del 19/05/20 y "Peretti, Agustina C/ JBG Corp S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9197977, sentencia N° 33 del 19/05/20.

25 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8º Nom., "Sánchez, Candela Amalia C/ Lapenta S.R.L. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9257133", sentencia N° 40 del 05/06/2020.

26 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 10ª, "Pereyra, Ivan Nahuel C/ Villafuel S.A. Medidas cautelares", Expte. N° 9519658", auto N° 10 del 12/02/2021.

das. Ello genera la exigencia de una instancia de debate y prueba, que excede el acotado margen que habilita la medida autosatisfactiva.²⁷ También se ha entendido que la valoración de la injuria invocada, importaría arrogarse una competencia que la ley procesal no asigna al/a Juez/a de Conciliación²⁸. Se valoró que no existe el peligro de un daño irreparable, atento el/la trabajador/a tiene la posibilidad de iniciar una acción ordinaria, en la que pueda debatirse ampliamente sobre la cuestión, pudiendo requerir como medida anticipada su reinstalación cautelar y el pago de haberes.

En algunos casos, con el dictado del primer decreto se rechazó la vía autosatisfactiva intentada ordinariando el proceso. Se admitió la demanda en los términos del art.3 inc. 1° de la ley 7987 otorgando un plazo a la parte actora para readecuarse²⁹.

Existe un antecedente jurisprudencial³⁰ en el cual se admitió una medida autosatisfactiva, declarando la nulidad del despido con invocación de causa en los términos de los art. 242 y 244, LCT. Entre los fundamentos se sostuvo que, respecto a la causal de abandono de trabajo, no se cumplió con el plazo de intimación previa que debe formular la empleadora, concluyendo que el despido resulta a todas luces precipitado y prematuro. Luego de ello, valoró cada una de las injurias invocadas en el despido, concluyendo que no pueden constituir causal como para habilitar la extinción del vínculo laboral. Entendió que, cuanto mucho, alguna de las causales pudo dar lugar al ejercicio de la facultad disciplinaria de la empresa, pero nunca pudo justificar la máxima sanción del despido. Concluyó que la prohibición, establecida en el decreto, alcanza a los casos de despido sin causa, lo que comprende al despido con invocación de causa inverosímil, carente de sustento o manifiestamente falsa. Sostuvo que las condiciones de emergencia sanitaria exigían a la empleadora conducirse con una mayor prudencia y reflexión, antes de adoptar decisiones drásticas.

- Despidos dentro del periodo de prueba:

La jurisprudencia de la Provincia de Córdoba se encuentra dividida respecto a la aplicación del DNU 329/2021 y sus prórrogas a los despidos producidos dentro del período de prueba. El Tribunal Superior de Justicia aún no se ha expedido al respecto.

Cabe destacar que la discusión ha quedado zanjada con el dictado del DNU 266/2021 de fecha 21/04/2021 (y luego del DNU 413/21) que prorrogó la prohibición de despedir sin causa o con causa en fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. En su art.5 expresamente establece que no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad al 13 de diciembre de 2019, fecha de entrada en vigencia del DNU 34/19.

Lo posición jurisprudencial que admite la prohibición de despedir dentro del periodo de prueba se fundamenta en que el vencimiento de dicho período no es una causal objetiva de extinción del contrato de trabajo, atento que no estamos frente a una modalidad de contratación autónoma y temporal. Existe un solo contrato de trabajo compuesto por una primera etapa, en la cual la garantía de estabilidad se encuentra debilitada.³¹

27 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 6°, "Díaz, Alejandra C/ Villafuel S.A. Medidas cautelares", Expte. N° 9519656", auto N° 202 del 09/12/2020, y "López, Ariel Alejandro c/ Villafuel S.A.- Medidas cautelares", Expte. N° 9519655", auto N° 234 del 21/12/2020.

28 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., "Castro Arguello, María Ximena c/ Cemo S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9240519, sentencia N° 51 del 25/06/20.

29 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 7° Nom., "Cáceres Ana Laura c/ LA HOLANDESA S.R.L., proveído de fecha 28/10/20.

30 Juzg. de 1° Inst. CyC y Conciliación de 1° Nom. Oficina Única de Conciliación de Bell Ville, "L., L. E. c/ G. e H. S.A. - Medida autosatisfactiva", sentencia N° 49 del 10/11/20.

31 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 1° Nom., "Lario, Rocio Stefania C/ Pleyade S.A - Medida autosatisfactiva", Expte. 9318657", sentencia N°48 del

La decisión de extinguir el contrato de trabajo, que se encuentra a prueba, sin invocación de una injuria en los términos del art. 242 de la LCT o de otro motivo legal de extinción contractual, configura un “despido sin justa causa”, aunque, por expresa disposición legal, no resulte indemnizable. El hecho de que la ley dispense al empleador de la necesidad de invocar causa para disolver el vínculo sin obligaciones indemnizatorias -con excepción del preaviso - no implica que la decisión en ese sentido deba ser considerada con justa causa³².

Esta jurisprudencia sostiene que el DNU 329/20, en cuanto prohíbe temporalmente los despidos sin justa causa, no efectúa distinción alguna, por lo que no corresponde hacerlas en su aplicación. Ateniéndose a la literalidad de la norma -primer criterio de interpretación de la ley- se concluye que la intención del legislador de emergencia ha sido garantizar la continuidad de la relación laboral, sin distinguir entre periodos debilitados o fortalecidos de una relación laboral.³³

Se entiende que la finalidad del DNU 329/20 radica en asegurar al/a trabajador/a su puesto de trabajo y el consiguiente salario, en la situación de emergencia sanitaria y económica imperante, evitando la pérdida del empleo, independientemente del estadio en que este contrato de trabajo por tiempo indeterminado se encuentre³⁴. El/la trabajador/a que ha sido despedido/a mientras su relación se hallaba a prueba es igualmente colocado/a en la situación de vulnerabilidad, que se ha querido evitar al disponerse la veda en cuestión. Una interpretación distinta tornaría a la norma en irrazonable y violatoria del principio de igualdad, en tanto importaría marginar a quienes se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad. El propósito fue, precisamente, tutelar a todo el universo de trabajadores dependientes en un contexto de emergencia social.³⁵

Establecen que los DNU involucrados tienen la triple condición de ser normas de emergencia, posteriores en el tiempo y más favorables al/a trabajador/a. Desplazan a la LCT en determinados efectos del contrato, tal como la facultad de rescindirlo dentro del período de prueba. Y si alguna duda existiera, la solución debería ser idéntica, en virtud de la regla contenida en el segundo párrafo del art.9 de la LCT, en cuanto a que aquella debería resolverse a favor del/a trabajador/a.³⁶

Por último, señalan que el legislador de emergencia ha optado por dar preminencia al derecho constitucional a trabajar, salvaguardando el puesto de trabajo, y no es potestad de los tribunales apartarse del texto de las leyes, salvo que ellas entren en abierta contradicción con la Constitución, extremo que no se verifica. La evaluación política y el criterio de razonabilidad de la tutela dispensada a las personas trabajadoras, en la norma de

06/07/2020. – Cámara del Trabajo Sala 2ª, “Batalla, Maximiliano Alexander C/ Chexa S.A. – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9362031, Auto N° 166 Del 20/10/2020. – Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 3ª, “Cejas, Evelyn Dayana C/ Senae SA - Medida autosatisfactiva”, Expte. 9274940, auto N° 155 del 21/09/2020.

32 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 4º Nom., “Z., M. E. C/ Chexa S.A. - Medida autosatisfactiva”, Expte. 9281522, sentencia N° 43 del 26/06/20.

33 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 6º Nom., “Cejas, Evelyn Dayana C/ Senae SA - Medida autosatisfactiva”, Expte. 9274940, sentencia N° 46 del 11/06/20, y “Sonzini, Nahuel Antonio c/ Anjor SA- Medida autosatisfactiva”, Expte.N° 9279099, sentencia N° 51 del 16/06/20. Ambos fallos confirmados por la Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 3ª.

34 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8º Nom., “Corvalán, Nicolas Agustin C/ Intersys S.R.L – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9266733, sentencia N° 53 del 02/07/2020. Confirmado por la Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2ª y “Lencina Yesica Débora C/ Chexa S.A. -Medida autosatisfactiva”, Expte. 9361894”, sentencia N° 64 del 12/08/20.

35 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2ª, “Batalla, Maximiliano Alexander C/ Chexa S.A. – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9362031, auto N° 166 del 20/10/2020.

36 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9º Nom., “González Rodrigo Felipe C/ Pleyade S.A. - Medida autosatisfactiva” -Expte. N° 9287780”, sentencia N° 50 del 25/06/20.

emergencia, es facultad de la autoridad legislativa, solo sometida al control de constitucionalidad, si hubiere mediado violación de derechos fundamentales.³⁷

Uno de los antecedentes jurisprudenciales, además de los fundamentos referidos supra, resuelve el caso con perspectiva de género. Considera las condiciones personales de la actora, en tanto es sostén de hogar, madre de una menor de edad y cursando un embarazo, lo que la ubica en una situación de vulnerabilidad en los términos del art. 9 de la Convención de Belem do Pará. Por ello es sujeto de especial tutela constitucional. Aplica los principios fijados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, tales como impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar. Invoca la ley provincial 10.401 tendiente a fortalecer el marco procesal vigente, para asegurar a las víctimas de violencia por cuestiones de género, una protección integral en instancias administrativas y jurisdiccionales. Concluye que la protección de la mujer en contra de cualquier tipo de discriminación laboral, debe ser una principal preocupación de los tribunales del trabajo.³⁸

La otra posición jurisprudencial entiende que la prohibición de despedir, prevista en el DNU 329/20 y sus prórrogas, no alcanza a la desvinculación producida en el periodo de prueba. En estos casos los tribunales han rechazado *in limine* las medidas autosatisfactivas intentadas, admitiendo la vía ordinaria para discutir la cuestión.

Entre los fundamentos sostienen que concluir que el DNU 329/20 se aplica a los períodos de prueba sería alterar la esencia misma de dicho periodo, transformando una relación a prueba en un contrato por tiempo indeterminado por medio de un decreto.³⁹ Entienden que la norma de emergencia es de interpretación restrictiva y taxativa por su propia naturaleza de norma de excepción, limitativa de un estado de derecho previo vigente.⁴⁰ Sostienen que no se advierte la verosimilitud del derecho invocado, necesaria para la procedencia de la medida autosatisfactiva, al no estar frente a una situación de hecho que otorgue cuasi certeza y permita resolver el pleito en forma anticipada.⁴¹

Algunos antecedentes alineados a esta postura van más allá y sostienen que no estamos ante un despido sin causa, sino que se trata de una extinción del vínculo por cumplimiento del fin u objeto del periodo de prueba, o también la llaman una “extinción contractual no arbitraria”.⁴²

- Despidos en el Régimen de la Construcción

La jurisprudencia de la Provincia de Córdoba se encuentra dividida respecto a la aplicación del DNU 329/20, y sus prórrogas, al Estatuto del Empleado de la Construcción. El Tribunal Superior de Justicia aún no se ha expedido al respecto. Cabe destacar que con la entrada en vigencia del DNU 266/21 de fecha 21/04/2021 (y luego DNU 413/21) que

37 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2ª, “Ferreyra, Maico Elías C/ Chexa Sa – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9361893, auto N° 135 del 27/11/2020, y “Corvalán, Nicolás Agustín C/ Intersys SRL – Medida autosatisfactiva - Cuerpo de apelación”, Expte. N° 9406180, auto N° 210 del 09/12/20.

38 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 4° Nom., idem.

39 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 7° Nom., “Batalla, Maximiliano Alexander C/ Chexa S.A. – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9362031, decretos del 27/07/20 y 04/08/20. Revocados por la Cámara del Trabajo Sala 2°.

40 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 3° Nom., “Ferreyra, Maico Elías C/ Chexa Sa – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9361893”, decreto del 14/08/20. Revocado por la Cámara del Trabajo Sala 2°.

41 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 5° Nom., “Ruartes, Lucas Ezequiel C/ Chexa S.A. – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9361895”, decreto del 29/07/20.

42 Cámara del Trabajo Sala 10°, “Ruartes, Lucas Ezequiel C/ Chexa S.A. – Medida autosatisfactiva”, Expte. 9361895”, auto N° 207 del 10/09/2020.

prorrogara la prohibición de despedir sin causa y con invocación de fuerza mayor y falta o disminución de trabajo, la discusión queda resuelta. El art.5 deja expresamente exceptuados, de dicha prohibición, a quienes se encuentran comprendidos en el régimen legal de trabajo para el personal de la industria de la construcción de la ley 22.250.

Los principales fundamentos para admitir las medidas autosatisfactivas y declarar la nulidad o ineficacia del despido del personal de la construcción se basan en que la redacción de la norma es clara, no consagra excepciones de ningún tipo, por lo que no es posible interpretar que algún colectivo de trabajadores/as se encuentra excluido de su ámbito de aplicación. Ello se sigue además de la clara intención del legislador de tutelar en forma directa a las personas que trabajan, asegurándoles sus fuentes de trabajo.⁴³

Si la norma no diferencia el universo de dependientes a los que se protege con esa veda, no cabe realizar distingo alguno.⁴⁴ Debe tenerse en cuenta en el análisis, el sentido teleológico de las normas de emergencia, en cuanto tienden a paliar los efectos nocivos de la pandemia en el plano laboral, procurando la protección del empleo en estas especiales circunstancias. Frente a este escenario, los presupuestos axiomáticos y axiológicos de nuestra disciplina jurídica se acrecientan, entre ellos el principio protectorio y su rol fundamental para la interpretación y aplicación del derecho. Por lo tanto, de dos interpretaciones posibles, se impone la de mantener el contrato durante el periodo de prohibición aún en la hipótesis de un trabajador de la industria de la construcción, siendo aplicable la regla de interpretación imperativa que consagra el art. 9 LCT.⁴⁵

Se entiende que la ley 22.250 importa una norma de carácter general, aplicable para todos los casos o situaciones ocurridas en tiempos normales. En la actual coyuntura extraordinaria, los DNU involucrados tienen plena vigencia, y son calificados como especiales, posteriores y más favorables al/a trabajador/a frente a la ley 22.250, a la que desplaza en determinados efectos del contrato, tal como la facultad de rescindirlo sin invocación de causa⁴⁶. La desocupación, en cualquier contexto social, es crítica. Pero en el marco de una pandemia, con caída del empleo a niveles récords y posibilidades casi nulas de reinserción, se presenta con un especial dramatismo. La pérdida del trabajo remunerado implica un grave daño evidenciable en sí mismo, que no requiere de demostración, salvo que se alegue y acredite que el trabajador pudo suplir rápidamente el puesto perdido. El pago del fondo de cese laboral constituye sin dudas un aporte para sobrellevar temporariamente la crisis, pero de ninguna manera compensa el mantenimiento del cargo efectivo, que conlleva no solamente previsibilidad salarial sino también cobertura de enfermedad inculpable, obra social personal y del grupo familiar y la continuidad de capitalización del ya referido fondo de cese para su disponibilidad, cuando la relación se extinga a futuro legítimamente⁴⁷.

El argumento sobre el cual no aplica la prohibición del DNU porque el trabajador cobró

43 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 5º Nom., "Mainini, Alberto Mauricio C/ Boetto Y Buttigliengo S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9266777, sentencia N° 37 del 25/06/20. Revocado por la Cámara del Trabajo Sala 6º.

44 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2º, "Toledo, Diego Martin Del Valle C/ Boetto y Buttigliengo S.A. Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9306528", auto N° 8 del 12/02/21.

45 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9º Nom., "Toledo, Diego Martin Del Valle C/ Boetto Y Buttigliengo S.A. Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9306528, sentencia N° 48 del 07/07/20. Confirmado por la Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2º.

46 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9º Nom, ídem.

47 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1º, "Villarroel, Sebastián Enrique C/ Boetto y Buttigliengo S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9249861, auto N° 110 del 28/08/20, voto del Dr. Giletta.

el fondo de cese laboral no es de recibo, atento bastaría el pago de la indemnización –en cualquier régimen- para neutralizar la prohibición de la normativa de emergencia; y esa no ha sido la voluntad del legislador⁴⁸.

El régimen laboral de la industria de la construcción reemplaza el sistema de indemnizaciones por despido, a través de la constitución de un fondo para ser entregado al trabajador a la finalización de la obra. Pero la naturaleza distinta del fondo de desempleo, en relación con la indemnización por despido de la LCT, no desplaza la aplicación del DNU, porque precisamente la finalidad de este es asegurar el salario y no la indemnización. No resulta relevante que los trabajadores de la construcción no tengan acceso a una ‘indemnización’ frente al despido sin justa causa para excluirlos del ámbito tutelar del DNU 329/20, porque no está aquí en juego la indemnización del daño sino evitar que éste se produzca, que son dos fines diversos: uno reparatorio y el otro preventivo⁴⁹.

Se sostiene que una cosa es el motivo del despido y otra es la respuesta o consecuencia que la norma proporciona a esa conducta. Si bien es cierto que en la ley 22.250 la respuesta normativa es indiferente al motivo extintivo, esa indiferencia no suprime la causa; solamente iguala las consecuencias.⁵⁰ Cuando la extinción es formalizada de modo unilateral por la demandada, sin expresar causa, caracteriza como despido sin justa causa, aunque la norma autorice el acto sin una consecuencia indemnizatoria⁵¹.

El régimen establecido en la ley 22.250 no es hermético, ya que no contiene regulación de todos los extremos propios de una relación de trabajo y sus institutos. La LCT es plenamente operativa como norma base, en lo que no es objeto de regulación específica, al igual que en otros estatutos profesionales. También existe normativa que regulan situaciones específicas que atraviesan todos los sistemas indemnizatorios y estatutos especiales, como la ley 23.551 sobre el despido antisindical, o la ley 23.592 sobre el despido discriminatorio. En estos supuestos, garantías constitucionales de libertad sindical y no discriminación, superan las diferencias regulatorias y universalizan a los/as trabajadores para su defensa homogénea. Aunque el estatuto de la construcción admite el despido sin justa causa sin consecuencias diversas a las de una renuncia, por imperio de garantías superiores, no es tolerado y se rompe el esquema imponiéndose la recomposición del daño con la reinstalación del trabajador. Ante determinadas circunstancias o situaciones de excepción que requieren una tutela más intensa, los límites del sistema de la ley 22.250 ceden. La norma de emergencia prohíbe el despido injustificado y el justificado en razones económicas o fuerza mayor, como decisión unilateral del empleador, figuras que son aplicables al régimen general y a todos los estatutos especiales, independientemente de los alcances, interpretaciones y efectos propios de cada caso⁵².

En este contexto de emergencia sanitaria y económica, las políticas de Estado son las que definen las prioridades. En una dicotomía entre la protección del empleo y el poder de dirección y organización de la empresa se ha optado por lo primero, aunque con apoyos

48 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nom., “García, Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Medida autosatisfactiva”, Expte. 9263226, sentencia N°34 18/06/2020. Confirmado por la Cámara del Trabajo Sala 1°.

49 Cámara del Trabajo Sala 1°, “García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto Y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de Apelación - EXPTE. 9361637”, Auto N° 149 del 20/08/20. Voto del Dr. Giletta.

50 Cámara del Trabajo Sala 1°, idem.

51 Cámara del Trabajo Sala 2°, idem.

52 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1°, idem.

económicos, fiscales y financieros al sector productivo.⁵³ La evaluación política y el criterio de razonabilidad de la tutela dispensada a las personas trabajadoras, en la norma de emergencia, es facultad de la autoridad legislativa, solo sometida al control de constitucionalidad, si hubiere mediado violación de derechos fundamentales⁵⁴.

Los principales fundamentos para rechazar las medidas autosatisfactivas, sosteniendo que el DNU 329/20 no aplica al personal encuadrado en el estatuto de la Construcción, son los siguientes:

Se considera que el sistema normativo de la ley 22.250 es hermético, en virtud de su art. 35 que asigna a las disposiciones del régimen, el carácter de normativa de orden público y excluye la aplicación de la LCT. El núcleo central de este régimen especial reside en la ausencia de vocación de permanencia del vínculo. Cualquiera de las partes se encuentra habilitada a denunciar el contrato de trabajo, sin necesidad de invocar causa alguna. Se pone el acento en la transitoriedad de la ocupación del trabajador, diferente a la situación de mayor estabilidad que se les otorga al resto de los dependientes en otros ordenamientos laborales⁵⁵.

El fondo de cese laboral, regulado en el artículo 15 de la ley 22.250, tiene la función de formar o constituir un capital, que el trabajador percibirá una vez culminado su ligamen, independientemente del motivo de la extinción. Este fondo no tiene naturaleza indemnizatoria, ya que no repara ningún daño. Se trata de una prestación fundada en la necesidad de procurar al/a trabajador/a de la construcción, que cesa en su vínculo laboral, una protección mientras dure su desempleo. Por el contrario, en la LCT el despido incausado provoca un daño, por vulneración de un derecho legal, que debe ser resarcido. Sin perjuicio de la particular naturaleza jurídica del fondo de cese laboral, lo determinante es que se percibe cualquiera sea el motivo de la extinción del vínculo habido. El artículo 15 de la ley 22.250 expresamente dispone que el sistema reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la ley de contrato de trabajo. De ello se sigue que en el estatuto bajo análisis no hay ni preaviso ni despido, sino que lo que acontece es la extinción o finalización del vínculo⁵⁶.

Se sostiene que los/as empleados/as de la construcción tienen su propio régimen, a los fines de atender la contingencia social del desempleo, contemplado en la ley 25.371, distinto al del/a dependiente común. Y según lo establecido en la ley 26.494 tienen un régimen jubilatorio diferencial propio. Por ello se deriva que en este caso, la ley distingue, lo que obliga a los/as operadores/as del derecho del trabajo a distinguir. La distinción está planteada en la generación de un sistema diferente, donde no existe estabilidad, ni relativa ni absoluta, o ni propia ni impropia⁵⁷.

En algún caso se entendió que al tener la parte actora a disposición el fondo de cese laboral (que ascendía a 3 salarios), no se constata la existencia o inminencia de un grave

53 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1°, ídem.

54 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 2°, ídem.

55 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 2ª Nominación de Río Cuarto, autos: "Arias, Francisco Esteban c/ Tecma SRL- Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9290279; Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1, "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto Y Carlos Trujillo SRL – UTE - Cuerpo de Apelación", Expte. 9361637", auto N° 149 del 20/08/20, voto del Dr. Rolón.

56 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1, "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL – UTE - Cuerpo de Apelación – Expte. 9361637", auto N° 149 del 20/08/20, voto del Dr. Rolón.

57 Cámara del Trabajo Sala 6°, "Mainini, Alberto Mauricio C/ Boetto y Buttigliengo SA - Medida autosatisfactiva - Cuerpo de apelación", Exp. N° 9351909 y su relacionado N° 9266777, auto N° 98 del 21/08/20.

peligro, ni la concurrencia de daño⁵⁸. Se sostuvo que ningún gravamen concreto y real expuso el presentante, de entidad suficiente, más que la mención de la pérdida del empleo formal en el marco de una situación de pandemia.⁵⁹

- Reclamos impugnando la modalidad contractual registrada

Se han presentado medidas autosatisfactivas solicitando la declaración de nulidad del despido, impugnando la modalidad contractual registrada (contrato de trabajo a plazo fijo o contrato de trabajo eventual) y reclamando la conversión en un contrato por tiempo indeterminado.

En algunos casos se rechazó la admisión de la acción como medida autosatisfactiva, y se la admitió como un proceso ordinario, emplazando a la parte actora a readecuar la demanda a esos fines.

En general estos reclamos han sido rechazados con fundamento en que la situación fáctica planteada atenta contra la intensísima verosimilitud del derecho, que se requiere en esta excepcionalísima vía, al no estar frente a una situación de hecho que otorgue cuasi certeza sobre ese derecho esgrimido y permita resolver el pleito en forma anticipada. Sostuvieron que era necesario una mayor amplitud de prueba y debate, propia del proceso ordinario.⁶⁰

2.- Derecho a la remuneración

Se han interpuesto medidas autosatisfactivas reclamando el pago total o parcial de haberes. De acuerdo a la mayor o menor claridad de la situación fáctica planteada han sido las respuestas brindadas por los tribunales.

Se admitió la medida autosatisfactiva que reclamaba el pago de los haberes mensuales de la actora. Se consideró que el/la trabajador/a se encontraba dentro del grupo de riesgo previsto en el art. 7 del DNU 260/20, y por ello suspendido su deber de asistencia a su lugar de trabajo con goce íntegro de sus haberes en virtud de la Resolución N° 202/20 del Ministerio de Trabajo de la Nación y sus prórrogas.

Se hizo lugar a la autosatisfactiva que reclamaba el pago de los haberes descontados, por la imposibilidad del/a trabajador/a de ir a trabajar por la huelga del transporte interurbano. Se valoró la emergencia económica, social y sanitaria existente, en donde los/as que están eximidos/as de asistir a laborar por encontrarse dentro del denominado "grupo de riesgo" tienen derecho al goce íntegro de su salario, con más razón aquellos/as que ponen a disposición su fuerza de trabajo, pero no logran concurrir a trabajar por cuestiones ajenas a su voluntad. Arribar a una solución en contrario implicaría aceptar que el/la trabajador/a, frente a la imposibilidad material sobreviniente, ajena a su voluntad, de asistencia al trabajo a través del transporte público, que era su medio habitual utilizado, deba procurarse en forma exclusiva, los medios para su comparendo, lo que

58 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nom. "Villarroel, Sebastián Enrique C/ Boetto Y Butigliengo SA-Medida autosatisfactiva", Expte. 9249861", sentencia N°39 de 16/06/20. Revocado por la Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1° por mayoría.

59 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 1°, "Villarroel, Sebastián Enrique C/ Boetto y Butigliengo S.A. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9249861, auto N° 110 del 28/08/20, voto del Dr. Rolón.

60 Juzg. de Conciliación y Trabajo de 7° Nom., "Sequeira, Alberto C/ Balestrini Roberto, Balestrini Carlos Y Balestrini Pablo SH - Medida autosatisfactiva". Expte. 9325234, decreto del 13/07/20; Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nom., "Andrade, Hernán Ezequiel C/ Consultores de Empresas - División Industrial S.R.L. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9322669, sentencia N° 52 del 04/08/20; Juzg. de Conciliación y Trabajo de San Francisco, "Moya, Víctor Manuel C/ ZF Argentina S.A. Y Otro - Ordinario - Despido", Expte. N° 9290387", sentencia N° 56 del 09/10/20.

luce irrazonable ante el sujeto de preferente tutela, sobre el que pesa una obligación de indemnidad; potenciada en la especial situación de pandemia.

Sustenta su resolutorio en el principio protectorio, la regla *in dubio* pro operario, razones de equidad y justicia social, en la particular, excepcional y extrema situación de emergencia.⁶¹

Se admite la medida autosatisfactiva que reclamaba el pago de diferencia de haberes. El Tribunal tuvo en consideración que se acreditó la prestación irregular del servicio de transporte por parte de las empresas demandadas, por causas ajenas a la voluntad de los/as trabajadores/as, anteriores y posteriores a la pandemia y la existencia de deuda salarial mantenida con los/as dependientes. Consideró que la retención de tareas que pudo haber efectuado la actora por deuda salarial, sea en forma personal o derivado de una decisión colectiva, encuentra plena justificación en los términos de los arts. 1031 y 1032 del CCyC, de aplicación subsidiaria.⁶²

Se rechazó la medida autosatisfactiva que reclamaba diferencias salariales por un acuerdo de suspensión firmado por la UOM en los términos del art.223 bis LCT. El juez tuvo en cuenta el convenio suscripto, que expresamente establecía que en caso de incumplimiento patronal se entenderá automáticamente extinguido y sin efecto. Por lo que, si el trabajador cuestiona el modo de liquidar los haberes en correspondencia a lo estipulado en el convenio de suspensión, la pretensión en base a tales disposiciones quedaría sin sustento. Además los descuentos realizados por el empleador no lucen prima facie injustificados. Ante tales circunstancias, y existiendo discusión sobre el asunto, de acuerdo a lo expuesto por la demandada, la vía procesal elegida no resulta adecuada para encausar las pretensiones. Tampoco se registra una situación de urgencia, toda vez que lo reclamado puede canalizarse adecuadamente por la vía ordinaria prevista⁶³.

Se rechaza la medida autosatisfactiva que reclamaba el pago de los haberes del actor, descontados por la imposibilidad de ir a trabajar por el paro del transporte interurbano. Se entendió que no surgía de modo indiscutible que la empleadora esté obligada a proveer las alternativas propuestas por la actora, con lo cual no existe verosimilitud en el derecho rayano a la certeza. Concluyó que sobre ambas partes pesan los deberes de colaboración, solidaridad y buena fe.

IV.- Conclusión

Con la llegada de la pandemia Covid-19 y las medidas de emergencia dictadas para evitar su propagación, las medidas autosatisfactivas se han consolidado como un remedio judicial expeditivo y efectivo, para resolver situaciones de extrema urgencia, en donde el proceso ordinario aparece como insuficiente.

Ante situaciones de extrema gravedad como es la pérdida de la fuente de trabajo, en un

61 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 6°, "D. N., G. A. C/ CYRE S.A. Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9399640 y su principal. N° 9265455, sentencia N° 142 del 16/09/20.

62 Cámara Única del Trabajo, Córdoba, Sala 6°, "Ponce, Alicia Graciela C/ Autobuses Santa Fe S.R.L. y Empresa Recreo S.R.L. UTE- Medidas cautelares", Expte. N° 9393258", auto N° 155 del 20/10/20.

63 Juzg. de Conciliación y del Trabajo de 10° Nom., "Mondino, Ezequiel Matias C/ Venturi Hermanos S.A.C.I.F. - Medida autosatisfactiva", Expte. 9492076", sentencia N° 106 del 23/10/20; Juzg. de Conciliación y del Trabajo de 8° Nom., "D. N., G. A. C/ CYRE S.A. Medida autosatisfactiva", Expte. N° 9265455", sentencia N°58 del 07/07/2020. Revocado por la Cámara Única del Trabajo Sala 6°.

contexto de emergencia sanitaria, económica, ocupacional y financiera, resulta indispensable que los/as jueces/zas laborales brinden respuestas inmediatas, que eviten el daño irreparable que se causaría de esperar los prolongados plazos de un proceso ordinario.

La actividad judicial laboral en la Provincia de Córdoba durante la pandemia ha sido intensa, en cuanto a la atención de situaciones urgentes de clara violación de derechos laborales, garantizando la efectividad del derecho al empleo y al cobro del salario. Cabe destacarlo, como contracara de un contexto donde los juicios ordinarios acarrearán una demora de demasiados años para obtener sentencia, y que la pandemia no ha hecho más que agravar.

De esta manera, en esta grave crisis ocupacional, esta acción pretoriana se ha convertido en la principal herramienta utilizada por los/as operadores/as jurídicos/as para garantizar una protección efectiva al sujeto de preferente tutela: la persona que trabaja.



PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL URUGUAY 2021

Graciela Giuzio¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El modelo vigente. Valoraciones contrapuestas. 3. Cambios al modelo. 3.1. Los porqués de una modificación anunciada. 3.2. Las observaciones de los órganos de control de la OIT al modelo de negociación colectiva uruguayo. Consideraciones generales. 3.3. Inventario de las observaciones. 3.4. Cuestionamientos. 4. La flexibilización del mecanismo de des-cuelgue. 5. Conclusiones.

Resumen: Los órganos de control de la Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, vienen realizando desde 2009 a la fecha observaciones al modelo de negociación colectiva uruguayo, sosteniendo que el mismo no se adecua en varios aspectos a lo establecido por los CIT 98 y 154, ratificados ambos por nuestro país.

Por otra parte, a partir de las elecciones nacionales de 2019, Luis Lacalle Pou se transformó en el nuevo presidente de Uruguay, al triunfar una coalición de centroderecha encabezada por el Partido Nacional -uno de los partidos políticos tradicionales- luego de 15 años ininterrumpidos de gobierno del Frente Amplio (izquierda). Los factores señalados ofician de dinamizadores de una serie de cambios en la negociación colectiva vernácula que están procesándose en estos momentos. Sus perspectivas, contenidos y desafíos constituyen el eje del trabajo que presentamos.

Palabras clave: Negociación colectiva. Intervención estatal. Consejos de salarios. Observaciones de la OIT. Descentralización negocial

I.- Introducción

Previo al abordaje del tema enunciado, comenzamos en aras de una mejor comprensión del tema, por una sintética descripción de las principales características del entramado normativo nacional, y de su aplicación en la práctica puesto que constituyen los pilares que sostienen la arquitectura del modelo de negociación colectiva hoy vigente, y el cual se pretende modificar.

¹ Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho- Universidad de la República, Montevideo- Uruguay..

Destacamos las siguientes señas de identidad del modelo:

A. Una producción normativa escasa, acorde con la tradición de abstencionismo estatal en sede de derecho colectivo, sesgo que ha singularizado a Uruguay respecto de casi toda América Latina. La citada legislación además de ser limitada en cantidad, también era “austera” en contenidos, puesto que se había circunscrito hasta 2009, fecha de promulgación de la ley 18.566 hoy vigente, a regular solo aspectos puntuales de la negociación colectiva.

B. La prácticamente ausencia de reglamentación en la materia, históricamente se suplió por la aplicación de la ley 10.449 de Consejos de Salarios promulgada en noviembre de 1943. Ello es enunciado claramente por Oscar Ermida Uriarte cuando califica a la citada ley como la verdadera y hasta ese momento única legislación de promoción, soporte o apoyo a la negociación colectiva en el Uruguay. Asimismo el autor, refiriéndose a las interrupciones en el funcionamiento de estos organismos (producidas desde 1968 a 1984 primero, y de 1992 a 2004 después) expresa “... *Retirado el soporte, cayó la negociación y con ella, la sindicalización, el nivel salarial, etc.*”². Por su parte Hugo Barretto señala especialmente la importancia para la promoción y dinamismo de la negociación colectiva, de la ampliación de las competencias de los Consejos de salarios. En efecto estos organismos pasan tempranamente a negociar condiciones de trabajo, además de los salarios mínimos por categoría, que era su competencia básica.³ Por último cabe citar las esclarecedoras expresiones de Helios Sarthou respecto del verdadero rol que juegan los Consejos de salarios, las cuales además, ponen en cuestión la tan mentada como tradicional, caracterización del modelo de relaciones colectivas uruguayo como abstencionista, en lo que al ámbito de la negociación colectiva corresponde. Dice Sarthou: *La ley 10.449 constituyó desde su aprobación una regulación típicamente intervencionista del Estado en la regulación del mercado del salario del trabajo subordinado y cumple con el deber reglamentario que emanaba de la constitucionalización social impulsada por el art. 54 de la Constitución de 1934*.”⁴ En línea similar años después Hugo Barretto se referirá a cómo van emergiendo aristas que habían permanecido ocultas, y concretamente señala que “*el pregonado modelo autonomista no era tan autonomista como parecía a los ojos de los actores y académicos.*”⁵

2. El modelo vigente. Valoraciones contrapuestas

Es recién con la promulgación de la ley 18.566 en 2009, que se establece una regulación sistemática e integral de la negociación colectiva en el sector privado.

La ley 18.566 institucionaliza el Consejo Superior Tripartito e introduce modificaciones a la ley 10.449 de 1943, las que muy brevemente refieren a: la convocatoria de los consejos de salarios (el Estado deja de tener la discrecionalidad de convocarlos o no de que gozaba en el anterior sistema); recoge la costumbre de actualizar las remuneraciones y de incorporar a la negociación otras condiciones de trabajo; consagra reglas de apoyo y fomento a la negociación colectiva que refieren a los sujetos para negociar y celebrar convenios colectivos, los niveles y articulación, así como respecto a los efectos y vigencia.⁶

2 ERMIDA URIARTE, Oscar, El protagonismo de los consejos de salarios en el sistema laboral uruguayo, en rev. der. Lab., t. LI, N° 229, pág. 27.

3 BARRETTO GHIONE, Hugo, “Tensiones en el modelo de negociación colectiva en Uruguay” La reforma laboral progresista, las resistencias de los empleadores, y el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical. <http://www.relats.org/documentos/DERECHOBarretto3.pdf>. pag.2. Consultado el 2/5/2021.

4 SARTHOU, Helios. Rasgos principales del régimen de los Consejos de Salarios creados por la ley 10.449. en Los Consejos de Salarios: una mirada actual AA.VV. Cuadernos de Fundación. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N o 7. FCU, Montevideo, 2004. 1ª ed., p. 46.

5 BARRETTO GHIONE, HUGO, “Tensiones...” p. 6.

6 ZAPIRAIN, Héctor. ¿El modelo Uruguayo de Negociación colectiva debe cambiar? XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Esta norma no desplaza a los Consejos de Salarios sino que los integra al sistema de negociación colectiva. La citada ley formaliza el fruto de una larga práctica que con interrupciones se desarrolla desde hace más de 70 años: la convivencia y complementariedad entre la negociación colectiva bipartita (típica o pura) y la negociación colectiva tripartita (trabajadores, empleadores y gobierno).

El modelo de negociación colectiva uruguaya se integra por la negociación tripartita que tiene lugar en el ámbito de los consejos de salarios y es por rama de actividad; y la bipartita que se lleva a cabo en los niveles que las propias partes fijen libremente.⁷ La ley 18.566 ha sido objeto de visiones y valoraciones encontradas.

En una visión - que comparten autores como Oscar Ermida Uriarte⁸, Hugo Barretto⁹, Nelson Loustanou y Héctor Zapirain entre otros, coinciden en que se trata en todo caso de una intervención de sostén o promocional que reconoce ampliamente la libertad de negociar. A vía de ejemplo Zapirain expresa: “... aquí la legislación tiene como finalidad primordial oficiar de soporte o apoyo; brindando reglas tendientes a estimular y fomentar la negociación colectiva”. Asimismo califica al modelo en que se ingresa, de “*regulación moderada*” fuertemente inspirado en los Convenios y Recomendaciones de la OIT.¹⁰

En similar sentido se pronuncia Hugo Barretto, quien lo denomina de “*intervencionismo amortiguado*”¹¹. Nelson Loustanou por su parte califica al modelo como “de promoción o promocional”¹². Por último Álvaro Rodríguez Azcúe, expresa que: “*Las modificaciones que introduce esta norma a la ley n° 10.449, adecuan el texto a la práctica y son positivas por cuanto tienen la vocación de asegurar la subsistencia del método de los Consejos de Salarios, más allá de la voluntad política del gobierno de turno*”¹³.

En la vereda opuesta se sitúan autores como Eduardo Ameglio quien sostiene que la ley 18.566 consagra un modelo de negociación intervenido “...donde el rol del poder ejecutivo de turno es preponderante en un grado tal, que lesiona la autonomía colectiva de los sujetos”, afirmando a continuación que “*esta ley no consagra un derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria como lo reconocen los Convenios Internacionales de Trabajo Núm., 98 y 154*”¹⁴.

Por último, y para terminar estas consideraciones de tipo general, recordamos la existencia desde larga data en nuestro país, de un intenso y extenso debate no laudado aún, que enfrenta intervencionismo con abstencionismo en el mundo de las relaciones laborales. Este debate, ubica de un lado a aquellos que se alinean en las perspectivas

.En Homenaje al Centenario de la OIT. 11 y 12 de octubre de 2019. Las Brujas, Canelones. FCU/AUDTSS. pág. 394

7 ZAPIRAIN Héctor, ob. cit., pág. 394.

8 ERMIDA URIARTE, Oscar. Intervención y autonomía en el derecho colectivo del trabajo. En XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU 2010. Montevideo. pág. 15 y 16.

9 BARRETTO GHIONE, Hugo. Innovación y tradición en la ley 18.566. Un corrimiento de las fronteras del intervencionismo. rev. der. Lab., t.LII Núm. 235, pag 488 y 489.

10 ZAPIRAIN, Héctor. “De la abstención a la regulación heterónoma. Apuntes sobre la ley de negociación colectiva en el sector privado. revista. der. Lab., t. LII Núm. 235, pág. 646.

11 BARRETTO GHIONE, Hugo. Innovación y tradición en la ley 18.566...” ob. cit. pág. 477

12 LOUSTANOU, Nelson. Algunas reflexiones sobre la caracterización del Derecho del trabajo colectivo uruguayo. revista Derecho Laboral, No 236. Octubre-diciembre 2009. pág. 837.

13 RODRÍGUEZ AZCÚE, Álvaro, Los métodos de fijación del salario en el Uruguay y los particularismos del Derecho del Trabajo. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 31, 2011, pp. 247-260. Universidad de la República. Montevideo, Uruguay. pág. 256.

14 AMEGLIO, Eduardo. La intervención del Estado en la Negociación colectiva XXI JORNADAS URUGUAYAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MALDONADO, 27 Y 28 DE NOVIEMBRE DE 2010, pág. 68 y ss.

más liberales, de flexibilización o más claramente de desregulación laboral, y que en su mérito se oponen a la negociación de condiciones de trabajo (sobre todo en lo salarial) especialmente en los términos que plantea la ley 18.566. Ello constituye una reedición de los cuestionamientos que acompañaron a la implantación de los consejos de salarios desde 1943. Sus sostenedores pugnan por volver a un esquema descentralizado, de negociación por empresa.

En el otro lado están quienes defienden resueltamente la configuración del modelo actual. En tanto representativa de esta posición citamos las siguientes expresiones de Héctor Zapirain: *“... el sistema de negociación colectiva instaurado por la Ley 18.566, en cuanto moderniza y complementa el régimen de los Consejos de Salarios, profundiza y consolida las prácticas democráticas que han sido una seña de identidad de Uruguay.”*¹⁵ Agregando el autor citado: *Se trata de un modelo de negociación que (...) respeta y garantiza la plena efectividad de los principios y derechos fundamentales en materia de libertad sindical y negociación colectiva; en particular los Convenios Internacionales del Trabajo números 87, 98 y 154, y la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998.*

Tal como señalan economistas como Gabriel Burdín, la perspectiva denominada liberal, no es la de un sistema libre y desregulado, sino en realidad la de un sistema regulado por los empleadores.¹⁶ Este modelo liberal puede implantarse a través de un tratamiento normativo del fenómeno colectivo al estilo de muchos Estados latinoamericanos, esto es retaceando por medio de una regulación minuciosa y detallista las posibilidades de goce de la libertad sindical; pero también ello es posible con otro método, el de la abstención estatal. En efecto el análisis del derecho comparado y la evolución histórica de la negociación colectiva en nuestro país dan cuenta de que no siempre el abstencionismo legislativo y la autonomía a ultranza, se traducen en un modelo de relaciones colectivas sanas y equilibradas.

Éste ha sido el caso de Uruguay, donde cada vez que el Estado no convocó a los Consejos de salarios, tuvo como resultado inmediato un severo efecto de descentralización (negociación por empresa) y al mismo tiempo de importante retracción de la negociación colectiva, la que disminuyó a niveles cuasi paupérrimos. Así la cobertura de trabajadores alcanzados por dicha negociación pasa del 90% en el periodo 85-90 a cifras en el entorno del 12% entre 1992 y 2004. Una de las consecuencias graves: por lo menos el 80% de los salarios se negociaron a nivel individual, donde la correlación de fuerzas favorece abrumadoramente al empleador y el resultado fue la caída del salario real¹⁷.

Otro efecto fue la aparición y paulatina acentuación en el número de acuerdos cuya finalidad fue de adaptación, flexibilización o desregulación de beneficios y derechos previstos, no sólo por otras convenciones colectivas sino también por las propias normas estatales; y la imposibilidad lisa y llana de negociar en varios sectores de trabajadores. De modo que en conclusión, la abstención estatal en materia de negociación colectiva

15 ZAPIRAIN, Héctor. Trece razones por las cuales defendemos los Consejos de Salarios. En el periódico “La diaria” del 12 de octubre de 2019. <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2019/10/trece-razones-por-las-cuales-defendemos-los-con>. Consultado el 23/5/2021.

16 DE AGOSTO, German. Gabriel Burdín Pandemia, automatización y nuevas demandas redistributivas y de aseguramiento social. Periódico “La diaria” del 5 de abril de 2021. <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2021/4/gabriel-burdin-pandemia-automatizacion-y-nuevas-demandas-redistributivas-y-de-aseguramiento-social/>. Consultado el 6/5/2021.

17 En la respuesta del gobierno a las Observaciones a Uruguay respecto del cumplimiento del CIT 98 por los órganos de control de la OIT. Discusión: 2019, Publicación: 108ª reunión CIT (2019) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:4000374, Consultado 13/5/2021.

no ha sido neutral, sino que constituyó en definitiva una forma de incidencia a favor del enfoque liberal de la cuestión, que promueve la negociación descentralizada y que en los hechos ha significado, un sistema de regulación donde tienen una posición de preeminencia desproporcionada los empresarios.

3. Cambios al modelo.

3.1. Los porqués de una modificación anunciada.

El actual modelo de negociación colectiva será modificado próximamente. Dos de los partidos integrantes de la coalición ahora gobernante: el Partido Nacional y el Partido Colorado¹⁸, en sus respectivos programas de gobierno, así lo habían dejado en claro. Esto ha sido ratificado luego del 1o de marzo de 2020, fecha de asunción del nuevo gobierno.

Las futuras modificaciones se relacionan con:

A. Las observaciones que los órganos de control de la OIT le hicieran a Uruguay respecto de la ley 18.566 a partir de 2009 y hasta la fecha. (Caso Núm. 2699). En los pronunciamientos de los citados órganos se afirma que ciertos aspectos de la norma serían violatorios de los CIT 98 y 154 de negociación colectiva.

B. El triunfo en las elecciones pasadas de una coalición de centroderecha encabezada por el Partido Nacional después de tres gobiernos nacionales consecutivos (de 2005 a 2020) en que gobernara el Frente Amplio (izquierda).

La cuestión a develar es cuán profundos serán estos cambios y en cuanto afectarán el actual modelo.

3.2. Las observaciones de los órganos de control de la OIT al modelo de negociación colectiva uruguayo. Consideraciones generales.

El principal y más prestigioso insumo de los cambios que se anuncian está constituido por los ya citados pronunciamientos del Comité de libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), a propósito del modelo de negociación colectiva vigente. Estos organismos solicitan que se modifiquen ciertos aspectos de la ley 18.566 para adecuarla a lo dispuesto por los convenios 98 y 154.

Da cuenta de la importancia de dicho insumo, el hecho de que el propio Ministro de Trabajo, Pablo Mieres en las primeras semanas de marzo de 2020 informó que *“se trabaja en la elaboración de las modificaciones a la Ley de Negociación Colectiva para responder a la observación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Hay un equipo de técnicos trabajando al respecto”*.¹⁹

Los cambios requeridos a la citada norma, tienen su origen en la queja presentada por el sector empresarial en 2009.

En la misma se denunciaba en grandes líneas, la lesión al derecho de negociar libre y voluntariamente por la normativa vigente. Los puntos objetados por dicho sector se re-

¹⁸ El otro integrante de la referida coalición, Cabildo Abierto, no abordó el tema.

¹⁹ Periódico “La República”, 11 de marzo de 2020, <https://www.republica.com.uy/mieres-vamos-a-jerarquizar-el-consejo-superior-tripartito-id756210/>. Consultado el 3/6/2021.

cogen en lo sustancial por los pronunciamientos tanto del Comité de Libertad Sindical, como de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

La OIT posee en los términos de Hugo Barretto esa especie de “aura y prestigio” de “tercer derecho” que tiene como resultado, según expresa dicho autor, que se recurra frecuentemente a él *“...como espejo para contrastar las realidades jurídicas nacionales y aún para emplear como término de ponderación axiológico. Y (...) constituye el principal punto de vista externo al sistema, ya que el resto de las visiones pueden calificarse de internas como son las de juristas, operadores, jueces, interlocutores sociales, partidos políticos, etc., que se encuentran imbuidos o insertos en el medio y por tanto, sin suficiente distanciamiento.”*²⁰

Lo expresado -con lo cual coincidimos-no resulta sin embargo suficiente para validar y justificar automáticamente y sin más análisis, la modificación del ordenamiento jurídico, en aras de cumplir con las adecuaciones que requiere la OIT. Por el contrario, se estima indispensable el análisis crítico de los dictámenes de los organismos de control del citado organismo internacional respecto a nuestro país.

Se trata de hacer en definitiva “la crítica de la crítica” de las observaciones de la OIT tal como muy acertadamente expresa Hugo Barretto. Entendemos por nuestra parte, que dicho examen no debería prescindir de ciertos factores que ofician de contexto y que, en cierta manera, explican los referidos pronunciamientos. En definitiva, se trata de integrar al análisis, las circunstancias y el marco en que los mismos se producen.

Pensamos que ello hace posible calibrar en mejor forma su real pertinencia.

En relación al contexto, puede decirse que el caso uruguayo parece confirmar el proceso de “conservadurización” que se viene operando en la jurisprudencia del Comité de libertad sindical según señalan algunos prestigiosos autores uruguayos. En efecto dicha advertencia ha sido realizada tanto por Héctor-Hugo Barbagelata²¹ como Oscar Ermida Uriarte²² en la primera década del siglo XXI. Según los autores citados este proceso resulta perceptible a poco de comparar la 4ª con la 5ª edición de “La libertad sindical” (recopilación de las decisiones del referido órgano).

Oscar Ermida Uriarte aborda en detalle esta situación en la “Crítica a la libertad sindical”. En dicha obra, si bien comienza con un elogio al papel cumplido por la OIT en el reconocimiento y desarrollo de la libertad sindical en el mundo- tanto en lo teórico como en la realidad práctica- procede luego a analizar sus insuficiencias, falencias o aspectos negativos, *“... en busca de diagnósticos que permitan hacer un juicio de su actualidad y de perspectivas de mejoramiento.”*²³

Anota posteriormente Ermida que se registra una evolución conservadora en la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical, lo cual no constituye a juicio del autor, un hecho aislado, sino que se ubica en un contexto más amplio de debilitamiento del organismo.

20 BARRETTO GHIONE, Hugo, Crítica a los pronunciamientos de la OIT sobre la ley de negociación colectiva en Uruguay. Las observaciones de la OIT sobre el modelo de negociación colectiva: tensiones, inconsistencias y márgenes del cambio. La realidad y el resto de las cosas /<http://hugobarrettoighione.blogspot.com/2019/10/>. Consultado el 17/5/2021.

21 BARBAGELATA Héctor-Hugo. A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad sindical de la OIT Rev. Der. Lab. núm. 238 pág. 230

22 ERMIDA URIARTE, Oscar. Crítica de la libertad sindical. Derecho PUCP, N° 68, 2012 / ISSN 0251-3420. Pag.45. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825/2754>.

23 ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...”, ob. cit., p. 38.

Indica dentro de las principales manifestaciones de ello: el enlentecimiento del ritmo de aprobación de los convenios; la preferencia por las recomendaciones; la revisión peyorativa de algunos convenios; entre otros signos.²⁴ Las manifestaciones más notorias del cambio, en lo que al Comité de Libertad sindical refiere, se patentizan, en el tema de la huelga en los servicios esenciales.

Destaca Ermida entre otros argumentos que sustentan su tesis que:

En la 5ª Edición de la recopilación de decisiones del Comité de libertad sindical se agrega una categoría de actividades en las cuales dicho Comité permite la limitación de la huelga como si fueran servicios esenciales: los «servicios públicos de importancia trascendental», expresando que por esta vía, el Comité viene a admitir restricciones al ejercicio del derecho de huelga en actividades en que antes las rechazaba. Concluye en que ello implica, un crecimiento desmedido de las hipótesis de tolerancia a la limitación del derecho fundamental de huelga.²⁵

También se percibe en los últimos años según el autor referido, una mayor propensión a admitir quejas de los empleadores por violación de su libertad sindical. Años atrás no era frecuente que los empresarios presentaran quejas al Comité de Libertad Sindical, y a su vez este organismo desestimó las pocas que le llegaron.²⁶

Destaca asimismo que en la actualidad puede advertirse una suerte de campaña de la Organización Internacional de Empleadores (OIE), para presentar reclamaciones y presionar por obtener pronunciamientos favorables, en una estrategia tendiente a reafirmar la bilateralidad de la libertad sindical (con miras a compensar la idea de que el empleador es el natural infractor de la libertad sindical) apareciendo, al menos a veces, como lesionado, y a debilitar la posición de los trabajadores. El Comité ha mostrado cierta complacencia ante esta ofensiva patronal.²⁷

Obsérvese que el caso de Uruguay es justamente uno de aquellos donde la queja se presenta con el apoyo y firma de la OIE.

Van en similar sentido las reflexiones de Héctor-Hugo Barbagelata quien señala que *“un ligero repaso de lo que el CLS ha ido estableciendo desde su instalación respecto a sus fines y cometidos es suficiente (...) para confirmar que dicho Comité- -como no podía ser de otro modo- entendió que se le había confiado específicamente la misión de velar por la incolumidad de la libertad sindical de las organizaciones y de sus trabajadores. (...) Todo lo demás, debía ser visto como accesorio y así lo fue.”*²⁸

En función de tales antecedentes el citado autor señala entre otros aspectos criticables, *que no parece razonable que el CLS, pueda objetar la legislación de un país orientada a la protección de los trabajadores y sus organizaciones, por no contar con el beneplácito de las organizaciones de los empleadores...* tal como lo hace el Informe 3560 del Comité de liber-

24 ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...”, ob.cit.,p. 42 y ss.

25 Se ha calificado por el Comité de Libertad Sindical de «servicios públicos de importancia trascendental» al transporte colectivo urbano de pasajeros, metros y subterráneos, la del transporte ferroviario, la del transporte de mercancías, la del correo, la educación, los servicios de sanidad animal, los bancos, los transportes y los sectores del petróleo entre otros. Ver: La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición. Ginebra, OIT, 2006.

26 ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...”, ob. cit., p.45 y ss.

27 ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...”, ob. cit.,p.45 y ss.

28 BARBAGELATA Héctor-Hugo, “A propósito de un reciente informe...”, ob. cit., p. 233 y ss.

tad sindical (Caso No 2699)²⁹

Las consideraciones realizadas por los autores referidos supra aconsejan al menos cierta cautela en la apreciación de la pertinencia de los pronunciamientos de la OIT, respecto a la ley 18.566.

Ello se ve refrendado por algunas inconsistencias en que incurre el discurso de la OIT respecto del caso uruguayo. Por ejemplo, curiosamente, en forma simultánea a la producción del informe del Comité de Libertad Sindical que aconseja sean reconsideradas algunas leyes sobre negociación colectiva de Uruguay porque ellas violan los CIT 98 y 154, se estaban difundiendo por las agencias internacionales de noticias, expresiones del entonces Director General de la OIT Sr. Juan Somavía, quien calificaba como modélicas a las relaciones de trabajo que se desarrollan en nuestro país, y puesto énfasis en el tripartismo que es una característica de los Consejos de salarios³⁰.

Asimismo se advierte tanto en las conclusiones, del Comité de libertad sindical como del CEARC disyuntivas de difícil resolución, inconsistencias y confusiones que no resultan clarificadoras ni ayudan para la resolución de los temas de la controversia y que van a marcar el debate en el curso de los años siguientes³¹.

3.3. Inventario de las observaciones

Los temas- que en criterio coincidente con el sector empleador- la OIT estima que deberían ser objeto de revisión, refieren a: el establecimiento de una adecuada protección ante la eventual violación del deber de confidencialidad³²; la potestad del Consejo Superior Tripartito en relación a los niveles de negociación³³; la negociación de las condiciones de trabajo en los Consejos de salarios³⁴; la determinación de los sujetos de la negociación; el registro y publicación de los convenios colectivos y la ultractividad de dichos documentos³⁵.

Se agrega a estos cuestionamientos (2019) el referido a la competencia de los Consejos de salarios, en materia de ajustes a las remuneraciones que estén por encima de los mínimos por categoría.

3.4. Cuestionamientos

A. Protección adecuada para el caso de violación del deber de confidencialidad.

Cabe tener presente que en realidad el informe del CLS no impone una solución concreta, sino que se limita establecer que las partes en la negociación serán responsables de eventuales violaciones al principio de reserva.

Es del caso destacar que este punto es respuesta al reclamo de los empleadores en el sentido de que las organizaciones de trabajadores tengan personería jurídica, requisito

29 BARBAGELATA Héctor-Hugo, "A propósito de un reciente informe...", ob. cit., p. 234 y ss.

30 BARBAGELATA Héctor-Hugo, "A propósito de un reciente informe...", ob. cit., p. 229.

31 BARRETO GHIONE, Hugo. Las observaciones de la OIT sobre el modelo de la negociación colectiva. Tensiones... XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En Homenaje al Centenario de la OIT 11 y 12 de octubre de 2019. Las Brujas. Canelones. FCU/AUDTSS, p. 342 y ss.

32 Este punto tiene relación con el reclamo de los empleadores de que las organizaciones de trabajadores gocen de personería jurídica de modo que pueda atribuírseles responsabilidad en caso de infracción al citado deber de confidencialidad. En relación a ello cabe tener presente que la legislación nacional tiene previstas las vías civiles y/o penales para demandar a los infractores.

33 En definitiva para salvar este cuestionamiento habría que suprimir la posibilidad de que el Consejo Superior Tripartito pueda llegar a determinar el nivel de negociación inferior.

34 Parece haber una confusión en los pronunciamientos, puesto que las condiciones de trabajo, aún las que dan lugar a una resolución del consejo de salarios, son establecidas en forma consensuada por trabajadores y empleadores, esto es sin intervención del Estado.

35 BARRETO GHIONE, Hugo, Las observaciones de la OIT sobre el modelo de la negociación colectiva..., ob. cit., p. 342 y ss.

que indican como necesario para la atribución de responsabilidad en caso de infracción al citado deber de confidencialidad. En relación a ello corresponde aclarar que la carencia de personería jurídica no obsta a que puedan ser demandados los infractores a través de las vías civiles y/o penales que prevé la legislación nacional.

Por tanto no resulta necesario -ni conveniente- innovar en el tema.

Ello porque además, y ello es lo más preocupante, se abre la puerta a la reglamentación sindical.

Confirma lo antedicho la proliferación en los últimos meses de proyectos, la mayoría claramente lesivos de la libertad sindical. Estos proyectos lejos de promover la actividad gremial tal como mandata la Constitución uruguaya en el art. 57³⁶, pretenden controlarla. Ello surge claramente no solo del propio articulado, sino también de la exposición de motivos. En efecto se señala como factor legitimante en algunos casos: que las huelgas traen perjuicios desproporcionados a las empresas. O en otros, se demuestra preocupación por el destino de las cuotas sindicales (curiosamente esta "preocupación" proviene de los empleadores y no de los propios interesados)³⁷. Estas características han llevado a Jorge Seré a denominarlos "proyectos de encuadre sindical"³⁸

Los principios *pro homine* y de progresividad de las normas sobre derechos humanos parecen ser letra muerta para varios de los legisladores autores de los proyectos referidos.

Una práctica respetuosa tanto de las normas internacionales como de las disposiciones constitucionales; y que además funciona aceitadamente desde hace más de 80 años, pretende dejarse de lado a través de una batería de regulaciones, que en su gran mayoría lesionan y/o restringen el goce de la libertad sindical.

Constituye una señal de identidad la abstención del Estado uruguayo respecto a la constitución y funcionamiento de los sindicatos.

A ello no es ajena la resistencia del movimiento sindical a toda injerencia del Estado. Ello es reflejo de sus raíces anarquistas, pero también de la experiencia nefasta por lo ocurrido en la dictadura cívico-militar (1973 a 1984 inclusive) que incurrió en prácticas tales como la disolución de sindicatos; persecución a los militantes e incluso la "desaparición" de varios de éstos.³⁹ Asimismo la primera y única vez que se reglamentó la vida sindical, fue en la mentada dictadura, por una serie de normas que fueron anuladas tan pronto como se retorna a la democracia.⁴⁰ Ello lleva a que el régimen sindical sea de casi nula regulación por normas nacionales⁴¹ y presente peculiaridades que lo diferencian netamente del resto de América Latina.

Respecto del tema que nos convoca cabe señalar que no resulta necesario que los sindicatos uruguayos se registren u obtengan personería jurídica para su actuación en las

36 Art. 57 de la Constitución: "La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica..."

37 SERÉ, Jorge, Reflexiones sobre organizaciones sindicales y personería jurídica, Rev. Derecho Laboral núm. 281. 2021, p. 70 y ss.

38 SERÉ, Jorge, "Reflexiones sobre organizaciones sindicales...", ob. cit., p.70.

39 Se cuentan entre los desaparecidos por la dictadura: Gerardo Cuesta, dirigente histórico del movimiento obrero uruguayo, fundador de la CNT (Convención Nacional de Trabajadores) - hoy PIT-CNT-, y León Duarte, Secretario General del Sindicato de Funksa y miembro fundador de la CNT.

40 Las normas a que se hace referencia fueron los decretos-leyes: 15.137 denominada De Las Asociaciones Profesionales 15.328 y 15.385 (Convenios Colectivos), 15.530 (Huelga), 15.587 (Fuero Sindical). Dichas normas fueron anuladas por la ley 15.738 de 14/2/1985 (denominada de Convalidación).

41 La norma vigente en esa materia está constituida por los CIT 87 y 98 ratificados ambos por ley 12.030.

relaciones laborales (negociación colectiva, ejercicio del derecho de huelga, etc.). Se entiende que es inherente a las organizaciones sindicales la personería gremial. Dicha personería consiste en la capacidad que -de pleno derecho y sin que sea necesaria intervención alguna del Estado- tienen los sindicatos para asumir la representación de los trabajadores en la reivindicación de sus intereses comunes⁴².

Dicha personería fue extendida incluso a algunos aspectos procesales con la ley 17.940 del 10/01/2006 de fuero sindical. La personería jurídica solo es necesaria actualmente para el caso de adquisición de bienes.

El sustento legal de la personería gremial puede encontrarse en el art. 2 del CIT 87.⁴³

Tal como se señalara *supra*, se encuentran generalmente en los proyectos presentados al Parlamento, disposiciones claramente violatorias tanto del art. 57 de la Constitución, como del CIT 87. Ejemplo de ello: implementación del voto secreto y obligatorio en las actividades gremiales, tanto para la elección de autoridades como las asambleas; exigencia de determinadas mayorías especiales para la validez de las decisiones de dichas Asambleas; el deber de rendición de cuentas por parte de la directiva sindical; obligatoriedad de la obtención de la personería jurídica, etc.

Uno de los puntos comunes a todos los proyectos, es la creación de un Registro Nacional Sindical donde deben inscribirse obligatoriamente todos los sindicatos para obtener la personería jurídica o hacerlo luego de obtenida. Lo que difiere son las consecuencias que trae consigo la no inscripción.⁴⁴

La abundancia de proyectos sobre esta temática en los últimos tiempos parece reflejar el resurgimiento de una vieja aspiración de ciertos sectores respecto a reglamentar la actividad sindical.

Así ya en 1933 luego del golpe de Estado de Terra se anuncia dicha reglamentación, la que finalmente no se llevó a la práctica pero que da comienzo a un enfrentamiento que se extiende hasta hoy, entre quienes proponen la reglamentación del sindicato y de la acción sindical y el movimiento sindical que defiende la autonomía y la autarquía sindical.

Como colofón de lo reseñado nos limitaremos a citar a Américo Plá Rodríguez por su total vigencia.

Expresa dicho autor que la experiencia enseña que la reglamentación de una libertad no suele ser reclamada, impulsada o consagrada por los partidarios de tal libertad, sino por los que se oponen a ella o desconfían de ella. A través de la reglamentación buscan restringirla. Pasa a renglón seguido a advertirnos que *"...Quienes públicamente han planteado el tema de la reglamentación sindical no han sido los obreros sino los empresarios y los sectores que pueden considerarse de derecha dentro de la sociedad. No es difícil comprender la desconfianza de los partidarios de la libertad."*⁴⁵

42 SERÉ, Jorge. "Reflexiones sobre organizaciones sindicales...",ob. cit.

43 RASO DELGUE, Juan; CASTELLO, Alejandro, Derecho del trabajo. T.IV. Derecho Colectivo del Trabajo, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2/2021,p.146.

44 SERÉ, Jorge, "Reflexiones sobre organizaciones sindicales...",ob. cit.,p. 71.

45 PLÁ RODRIGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral. Derecho Colectivo, Tomo IV, Vol.1, Editorial IDEA, Montevideo 1999, p.21.

Lo cierto es que los hechos confirmaron lamentablemente los temores y desconfianzas, porque fue rápidamente, al mes del golpe de estado, el 1° de agosto de 1973, que se dictó una reglamentación sindical por el Decreto 622/973, fuertemente limitativa y represiva. La misma implicaba la reglamentación de la vida gremial con severas restricciones, trabas y limitaciones del derecho de huelga.

Luego cuando en 1981 el gobierno de facto se vio obligado por las presiones internacionales a dictar una ley (15.137) que permitiera funcionar a las organizaciones sindicales, la misma fue como ya indicáramos, también extremadamente restrictiva. Ello explica, como señalaba Plá Rodríguez, la profunda resistencia del movimiento sindical a cualquier forma de reglamentación sindical, ya que las mismas fueron en el pasado sinónimo de limitaciones y represiones.

B. La potestad del Consejo Superior Tripartito en relación a los niveles de negociación

Cabe anotar respecto de este punto, que desde 2019 hay un proyecto de ley elaborado durante el anterior gobierno por el cual se suprime dicha posibilidad, con lo cual quedaría saldada esta observación.

C. Los sujetos de la negociación

Se presenta aquí una situación similar a la anterior. El proyecto de ley de 2019 modificaría la ley 18.566, eliminando la parte de la norma que atribuye, en ausencia de presencia sindical en la empresa, la capacidad negociadora a los sindicatos de nivel superior. De tal forma, cuando no exista un sindicato a nivel de empresa, la negociación podría hacerse mediante representantes del personal (puede ser un comité de empresa o comisión paritaria que funcione en la misma o por representantes electos por mayorías calificadas siempre y cuando ofrezcan garantías de independencia).

Esta práctica es acorde con la Recomendación N° 91 pero absolutamente excepcional en el caso uruguayo, que al menos desde 1985 nunca puso en ejecución ese procedimiento.⁴⁶

De todas maneras, con la modificación indicada se cumple con la observación de la OIT.

D. Acuerdos sobre condiciones de trabajo, celebrados por los delegados de los trabajadores y empleadores en los Consejos de salarios.

En esta cuestión parece haber una confusión en los pronunciamientos al exigir que todo convenio colectivo sobre fijación de condiciones de empleo, sea el fruto de un acuerdo entre las partes, puesto que las condiciones de trabajo aun las que dan lugar a una resolución del consejo, son establecidas en forma consensuada por trabajadores y empleadores, esto es sin intervención del Estado.

Corresponde señalar asimismo que la norma que agrega como competencia de los Consejos de salarios la fijación de condiciones de trabajo, se limita a incorporar una práctica largamente establecida y data de 1988. En efecto la citada ampliación de competencias se establece por el art. 83 de la ley 16.002, sin que hubiera sido objeto de críticas por el sector empleador en los años transcurridos.

46 BARRETTO GHIONE, Hugo. "Tensiones en el Modelo de Negociación Colectiva..."; ob. cit. <http://www.relats.org/documentos/DERECHOBarretto3.pdf>.

E. Injerencia en la libre negociación (ultraactividad).

Se cuestiona aquí que la normativa prevea la prolongación obligatoria de los convenios colectivos hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya.

Anota Barbagelata respecto de esta conclusión, que la misma pasa por alto el hecho de que el artículo de la referida ley no sólo se encabeza por la afirmación de que la vigencia de tales instrumentos se define “de común acuerdo”, sino que además el párrafo final deja librada al acuerdo de partes la decisión sobre la prolongación obligatoria hasta nuevo acuerdo.⁴⁷

Advierte el autor citado que la ultraactividad es una necesidad del sistema de relaciones laborales, puesto que el mismo es incompatible con el retroceso de los beneficios ya alcanzados⁴⁸.

Indudablemente Barbagelata considera a este dispositivo como un instrumento hábil para el cumplimiento del principio de progresividad que informa al derecho del trabajo y que ha sido consagrado entre otros instrumentos por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

En línea similar se pronuncia Jorge Rosenbaum expresando que la ultraactividad es un mecanismo concreto que ha adoptado el legislador con el fin de que los avances logrados por el convenio colectivo (...) más favorables que las que imponen los mínimos legales representen efectivamente un mejoramiento sostenible de sus condiciones económicas y sociales.⁴⁹

También este punto quedaría saldado en el proyecto de ley de 2019 ya citado, en tanto el mismo deroga la ultraactividad de los convenios colectivos. Ello tendría por resultado que los mismos no se renovarían automáticamente si en ellos no se estableció un “pacto en contrario”.

F. Efectos del registro y publicación de los convenios colectivos

El proyecto de ley reiteradamente referido propone su modificación, estableciendo que el registro y publicación de los convenios colectivos no constituyen un requisito de homologación, autorización o aprobación por el Poder Ejecutivo con lo que se atiende a la recomendación del CLS.

G. Intervención del Poder Ejecutivo en la fijación de porcentajes de aumento salarial para remuneraciones que se encuentren por encima de los mínimos del laudo.

Corresponde consignar que en ninguno de los informes de la CEARC que se suceden en 2009, 2011, 2012, 2013 y 2016, se había establecido la incompatibilidad de la intervención del Poder Ejecutivo en la fijación de porcentajes de aumento salarial para remuneraciones que se encuentren por encima de los mínimos del laudo.

Sin embargo la situación cambia en 2018, donde la CEARC expresa en informe de 2018,

47 BARBAGELATA Héctor-Hugo, “A propósito de un reciente informe...”, ob. cit., p. 241.

48 BARBAGELATA Héctor-Hugo, “A propósito de un reciente informe...”, ob. cit., p. 243.

49 ROSENBAUM, Jorge, “La ultraactividad del convenio colectivo: una relectura desde el principio de progresividad”, rev. Der. Lab. Núm. 250, p. 286.

publicado en 2019 que: *“lamenta⁵⁰ observar, sin embargo, que las propuestas normativas del Gobierno siguen sin plantear modificaciones y esclarecimientos acerca de la competencia de los Consejos de Salarios, órganos de composición tripartita, en materia de ajustes a las remuneraciones que estén por encima de los mínimos por categoría y de condiciones de trabajo”*.⁵¹

En primer lugar señalar que parece un tanto excesivo la utilización del término “lamentar” (que es fuerte en el lenguaje oitiano) respecto de la superación de una objeción que hasta ese momento (y a pesar de la sucesión de informes durante 8 años) no se había planteado. Efectivamente este punto fue en respuesta a un nuevo cuestionamiento realizado por los empleadores al que se da respuesta afirmativa en 2019.

La modificación que se requiere implica la reducción de las atribuciones de los Consejos de salarios a la fijación del salario mínimo; por lo que deberían negociarse bipartitamente las actualizaciones. Parecería no ser de recibo el cuestionamiento respecto de una práctica consuetudinaria en nuestro sistema de relaciones laborales desde casi la adopción misma de la ley de Consejos de salarios, en noviembre de 1943, la cual nunca - y han pasado más de 70 años- había sido cuestionada por el sector empleador.

Este requerimiento de la CEARC implicaría reducir los Consejos de salarios a mero ámbito de fijación de mínimos. Ello tiene por consecuencia que las actualizaciones deban negociarse o por contrato individual o por convenio colectivo bipartito. Y dada la dificultad de sostener, salvo en contados sectores, la negociación colectiva por rama de actividad fuera de los citados Consejos, la negociación tendrá lugar en la mayoría de los casos a nivel de empresa, o peor aún por contrato individual. En ambos casos la correlación de fuerzas favorece en forma desmedida a los empresarios.

La consecuencia: enlentecimiento, cuando no directamente la no actualización de los salarios por largos períodos, con lo cual las remuneraciones se acercarían cada vez más a los mínimos. En definitiva, pérdida de salario real.

4. La flexibilización del mecanismo de descuelgue.

El otro tema en el cual se anuncian novedades es respecto del mecanismo de “descuelgue de los Consejos de Salarios”. Ésta es una cuestión que no responde a las observaciones de la OIT pero que tiene su antecedente en el programa del Partido Nacional de cara a las elecciones de 2019, donde se anunciaba la creación de procedimientos dotados de todas las garantías y requisitos aplicables, para acceder al mecanismo de descuelgue conforme a la normativa de negociación colectiva vigente. Ya en el gobierno el ministro de Trabajo, Dr. Pablo Mieres, se ha referido más de una vez a la flexibilización del mecanismo de descuelgue.

El descuelgue constituye un mecanismo mediante el cual una empresa es eximida de cumplir el convenio firmado en los Consejos de Salarios. Para ello debe contarse con el acuerdo tripartito, caso contrario queda jurídicamente inhabilitada si no ha mediado una salvaguarda expresa general en el ámbito de este último (es decir, cuando se negocia y vota el laudo respectivo). En la práctica actual, para acogerse a esta excepción, la empresa debe cumplir con ciertos requisitos y en particular aportar la información que demuestre una situación económica comprometida

50 Subrayado nuestro.

51 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:4000374. Consultado 2/5/2021.

Su flexibilización puede pasar por cambios en el *quorum* de la autorización, esto es suprimiendo el ahora necesario acuerdo de las tres partes, para habilitar la mayoría simple. En este caso se resolvería el descuelgue sólo con los votos de los representantes del Poder Ejecutivo y de los empresarios. También, de acuerdo con algunos planteos anunciados previamente, la flexibilización puede consistir en extender el número de beneficiarias del «descuelgue», atendiendo no ya a empresas puntuales sino a áreas geográficas o subsectores. Obviamente es posible también que la modificación sume los dos aspectos enunciados.

Ante este panorama de cambios en los descuelgues nos preguntamos en primer lugar, hasta dónde resulta pertinente la flexibilización de un instrumento ya poco regulado. En efecto en la actualidad no existen procedimientos técnicos para acordar un descuelgue. Faltan parámetros claros a utilizar para la determinación respecto de si una empresa o sector se encuentra realmente en grave riesgo, lo que genera inseguridad e incorpora algún grado de arbitrariedad en la aplicación del mecanismo. Entonces parece que el camino a recorrer debería ser exactamente el inverso, estableciendo un conjunto de indicadores y mediciones que habiliten a una empresa a requerir una atención especial.⁵²

En segundo lugar, corresponde advertir que la efectivización de los cambios enunciados llevaría a un incremento importante del grupo de entidades habilitadas para alejarse de las condiciones de trabajo y salarios generadas a partir de la negociación colectiva.⁵³

En definitiva, creemos aplicable a este escenario la advertencia de Wilfredo Sanguinetti respecto al mecanismo de descuelgue instaurado en España. Expresa este autor que dichos mecanismos sirven como herramientas o instrumentos de una estrategia empresarial de “paulatino vaciamiento de la función de regulación homogénea de condiciones de trabajo que cumple el convenio colectivo de eficacia erga omnes”, encaminada a hacerla perecer en manos de “la fragmentación y dispersión”⁵⁴.

La flexibilización del descuelgue que se está proponiendo, opera como instrumento de descentralización en lo salarial, complementando un proceso de vaciamiento en los hechos, de la negociación colectiva por sector de actividad en favor de la descentralizada (por empresa) el cual se opera a través de la sustracción a la competencia de los Consejos de salarios de los ajustes salariales y de la posibilidad de incorporar condiciones de trabajo. El efecto de estos cambios es prácticamente el mismo que el que provocaba el dejar de convocar a estos organismos. Pero como ahora esta posibilidad fue suprimida por la ley 18.566 y no se está dispuesto a pagar el costo político que implicaría el finiquitar los Consejos de salarios, se opta por reducirlos al mínimo posible.

5. Conclusiones.

Varios de los cambios en el horizonte implican, a nuestro criterio, un franco retroceso en el modelo de relaciones colectivas de trabajo.

Está en camino un proceso de esterilización del sistema actual de negociación colectiva, conducente a recuperar el régimen de preeminencia de la negociación por empresa que se desarrollara por última vez en los 90.

52 AEBU Editorial “Descolgado” <http://www.aebu.org.uy/index.php/noticias/14934>. Consultado el 20/5/2021.

53 AEBU Editorial “Descolgado”, ob.cit.

54 SANGUINETTI, Wilfredo, SISTEMA DE EMPRESA Y “DESCUELQUE” CONVENCIONAL [sistema-de-empresa-y-descuelgue-convencional-wsanguinetti](http://www.aebu.org.uy/index.php/noticias/14934). Consultado el 24/5/2021.

Si dicho proceso se lleva efectivamente a cabo, teniendo en cuenta las dificultades de negociar por rama de actividad sin el apoyo de los Consejos de salarios en Uruguay, país de PYMES y de microempresas, se avizora una disminución severa en la cantidad de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva (salvo en lo que a salario mínimo refiere).

Es muy posible que ella quede reducida nuevamente a sectores fuertes tales como la Banca; la Construcción; Salud y Transporte.

Otra de las consecuencias extremadamente probables es el cambio en la función de los convenios colectivos, sobre todo en aquellos sectores débiles, donde la descentralización negocial – particularmente en tiempos de crisis como los que vivimos hoy- los transforma de instrumentos de mejoramiento de las condiciones de trabajo en mecanismos de flexibilización y desregulación.

Lo enunciado, constituye un factor significativo de debilitamiento del movimiento sindical, el cual no es sostenible únicamente por afinidades ideológicas. Cuando los sindicatos son pueden negociar o lo hacen sin conseguir beneficios palpables, pierden afiliaciones. Y este debilitamiento sindical en nuestro criterio, es querido por algunos sectores.

Bibliografía.

- AEBU Editorial “Descolgado” .<http://www.aebu.org.uy/index.php/noticias/14934>. Consultado el 20/5/2021.
- AMEGLIO, Eduardo. La intervención del Estado en la Negociación colectiva. XXI JORNADAS URUGUAYAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MALDONADO, 27 Y 28 DE NOVIEMBRE DE 2010.
- BARBAGELATA Héctor-Hugo. A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad sindical de la OIT. Rev. Der. Lab. núm. 238 pág. 230
- BARRETTO GHIONE, Hugo .Crítica a los pronunciamientos de la OIT sobre la ley de negociación colectiva en Uruguay. Las observaciones de la OIT sobre el modelo de negociación colectiva: tensiones, inconsistencias y márgenes del cambio. La realidad y el resto de las cosas. /<http://hugobarrettoghione.blogspot.com/2019/10/>. Consultado el 17/5/2021.
- BARRETTO GHIONE, Hugo, “Tensiones en el modelo de negociación colectiva en Uruguay” <http://www.relats.org/documentos/DERECHOBarretto3.pdf>. pag.2
- BARRETTO GHIONE, Hugo. Innovación y tradición en la ley 18.566. Un corrimiento de las fronteras del intervencionismo. rev. der. Lab., t.LII Núm. 235, pág. 488 y 489.
- DE AGOSTO, German. Gabriel Burdin. Pandemia, automatización y nuevas demandas redistributivas y de aseguramiento social. Periódico “La diaria” del 5 de abril de 2021. <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2021/4/gabriel-burdin-pandemia-automatizacion-y-nuevas-demandas-redistributivas-y-de-aseguramiento-social/>. Consultado el 6/5/2021.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, “El protagonismo de los consejos de salarios en el sistema laboral uruguayo”, en rev. der. Lab., t. LI, N° 229, pág. 27.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. Crítica de la libertad sindical. Derecho PUCP, N° 68, 2012 /

ISSN 0251-3420. Pag.45. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825/2754>. Consultado el 2/5/2021.

- ERMIDA URIARTE, Oscar. Intervención y autonomía en el derecho colectivo del trabajo. En XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU 2010. Montevideo. pág. 15 y 16.
- LOUSTANOU, Nelson. Algunas reflexiones sobre la caracterización del Derecho del trabajo colectivo uruguayo. revista Derecho Laboral, No 236. Octubre-diciembre 2009. pág. 837.
- OIT. Observaciones a Uruguay respecto del cumplimiento del CIT 98 por los órganos de control de la OIT. Discusión: 2019, Publicación: 108ª reunión CIT (2019) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:4000374, Consultado 13/5/2021.
- OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición. Ginebra: OIT, 2006.
- RASO DELGUE, Juan. CASTELLO, Alejandro. Derecho del trabajo. T.IV. Derecho Colectivo del Trabajo. FCU. 1ª Edición. Montevideo 2/2021. pág.146.
- RODRÍGUEZ AZCÚE, Álvaro. Los métodos de fijación del salario en el Uruguay y los particularismos del Derecho del Trabajo. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 31, 2011, pág. 247-260. Universidad de la República. Montevideo, Uruguay. pág. 256.
- ROSENBAUM, Jorge. La ultra actividad del convenio colectivo: una relectura desde el principio de progresividad .rev. Der. Lab. Núm. 250 pág. 286.
- SANGUINETTI, Wilfredo, Sistema de empresa y “descuelgue” convencional. sistema-de-empresa-y-descuelgue-convencional-wsanguineti. Consultado el 24/5/2021
- SARTHOU, Helios. Rasgos principales del régimen de los Consejos de Salarios creados por la ley 10.449. En Los Consejos de Salarios: una mirada actual. AA.VV. Cuadernos de Fundación. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social No 7. FCU, Montevideo, 2004. 1ª ed. pág. 46.
- SERÉ, Jorge. Reflexiones sobre organizaciones sindicales y personería jurídica. Rev. Derecho laboral núm. 281. 2021 pág. 70 y ss.
- ZAPIRAIN, Héctor. ¿El modelo Uruguayo de Negociación colectiva debe cambiar? XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social .En Homenaje al Centenario de la OIT. 11 y 12 de octubre de 2019. Las Brujas, Canelones. FCU/AUDTSS. pág. 394
- ZAPIRAIN, Héctor. De la abstención a la regulación heterónoma. Apuntes sobre la ley de negociación colectiva en el sector privado. revista. der. Lab., t. LII Núm. 235, pág. 646.
- ZAPIRAIN, Héctor. Trece razones por las cuales defendemos los Consejos de Salarios. En el periódico “La diaria” del 12 de octubre de 2019. <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2019/10/trece-razones-por-las-cuales-defendemos-los-con>. Consultado el 23/5/2021

LIQUIDACIÓN DE LAS ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO.

NORMATIVA Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN CÓRDOBA

**Silvia Kiatkovski¹, Nicolás Francisco Niewolski Cesca²,
Guillermo José Cerda López³**

Sumario: I. El fondo de reserva. II. Financiamiento del fondo de reserva. III. ¿A partir de cuándo debe responder el fondo de reserva? IV. La gerenciadora. V. ¿Quién resulta obligado al pago frente al trabajador en los procesos judiciales contra una ART liquidada? VI. La resolución 396/2020. VII. Intereses. VIII. Los intereses en la jurisprudencia de la provincia de Córdoba. IX. Las costas ¿Forman parte de los conceptos integrativos de la eventual condena? X. Costas: Evolución de la jurisprudencia del TSJ y de la CUT de Córdoba (2015/2021). XI. ¿Y ahora qué? Los criterios de la Cámara del trabajo luego del dictado de “Monzón” y “Rosales” por el TSJ. La liquidación de ART Liderar. XII. El TSJ y la inconstitucionalidad del decreto 1022/17. XIII. Cámara del Trabajo de Córdoba. XIV. Conclusiones.

Resumen: 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 del 7 de junio de 2021, a la que fuéramos generosamente invitados por los Dres. Ricardo Francisco Seco y Edder Hernán Piazza. El fondo de reserva fue creado por la ley 24.557 para afrontar con sus recursos las prestaciones impagas de una ART en liquidación. Su reglamentación ha generado múltiples conflictos interpretativos que se traslucen en la jurisprudencia. Se abordarán en el presente, a partir de la jurisprudencia cordobesa, los criterios a la hora de determinar el obligado al pago y el alcance de las prestaciones. Asimismo, se reseñarán los criterios jurisprudenciales tanto de la Cámara Única del Trabajo como del TSJ, con relación a los intereses aplicables cuando interviene el fondo; así como los precedentes vinculados a las costas de los procesos judiciales contra una ART liquidada desde el año 2015 a la actualidad, con especial consideración al decreto 1022/17.

Palabras clave: ART liquidada. Fondo de reserva. Gerenciadora. Costas. Intereses

1 Abogada (UNC), Especialista en Derecho del Trabajo (UNC - UCC - UNL), Prosecretaria del Juzgado de Conciliación y del Trabajo de Octava Nominación de Córdoba.

2 Abogado (UNC), Magíster en Derecho Empresarial (U. Austral), Maestrando en Administración de Empresas (U. Siglo XXI).

3 Abogado (UNC), Magíster en Derecho y Argumentación (UNC), Especialista en Derecho del Trabajo (UNC-UCC-UNL), Prosecretario en la Secretaría Laboral del TSJ de Córdoba.

I.- El fondo de reserva

La ley 24.557 (LRT) regula dos fondos especiales: el fondo de garantía y el fondo de reserva (FdR). Ambos buscan resguardar situaciones de insolvencia que se presentan en el ámbito de aplicación de esta ley. Resulta necesario diferenciarlos:

El art. 29 de la LRT establece que en caso de insolvencia patrimonial del empleador no asegurado o autoasegurado, demostrada sumariamente dicha insolvencia, será el fondo de garantía, a cargo de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) el que deberá responder.

El art. 34 de la LRT dispone la creación del FdR a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) que tiene como función abonar o contratar las prestaciones a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo (ART) que ésta dejara de abonar como consecuencia de su liquidación.

La norma deja claro que las prestaciones cubiertas son las que están a cargo de la ART liquidada. En consecuencia, no se incluyen en la cobertura del FdR obligaciones con sustento en un régimen de responsabilidad distinto a la LRT como las que tienen su fundamento en el derecho común.

En los procesos judiciales en contra de una ART liquidada, el trabajador damnificado -o sus derechohabientes- podrá hacerse de las sumas reclamadas, en caso de resultar acogidas, sin necesidad de comparecer judicialmente al proceso liquidatorio de la ART, ni de reclamar directamente a su empleador.

En la causa "Bravo"⁴, el Dr. Giletta expresó que: *"...La situación de liquidación de la Aseguradora... no tiene como respuesta normativa la apertura de la responsabilidad directa del empleador (aspecto claramente opinable desde el marco constitucional), sino que se dispone que las prestaciones serán asumidas por el fondo de reserva administrado por la SSN, sin ninguna restricción, subsistiendo entonces la indemnidad patrimonial de los empleadores que estaban asegurados por la compañía liquidada"*.

De este modo, el sistema reparatorio mantiene la responsabilidad fuera del ámbito patrimonial del empleador.

II. Financiamiento del fondo de reserva

El financiamiento del FdR surge del art. 34 de la ley de riesgos del trabajo que tiene dos vertientes principales: a) una porción de las primas que abonan las empresas a las ART, y b) el remanente del patrimonio de las aseguradoras liquidadas.

El decreto 1022/17 elevó el porcentaje de las primas recaudadas por las aseguradoras que debe ser transferido al fondo, el que pasó del 8 por mil al 15 por mil.

En cuanto al patrimonio remanente de las aseguradoras liquidadas, al asumir el FdR los principales pasivos que pudiera haber tenido la entidad en liquidación, los fondos restantes, luego de agotado el proceso liquidatorio, constituye la segunda fuente de financiamiento en importancia.

⁴ CUT, Córdoba, Sala 1°, sent. N° 238, 25/08/2017, "Bravo c/ Interacción ART", Dr. Ricardo Agustín Giletta.

El dinero aportado al FdR puede ser invertido en depósitos a plazo fijo en entidades financieras autorizadas para funcionar por el BCRA; asimismo puede ser utilizado para la compra de títulos de deuda, y eventualmente, para efectuar adelantos transitorios al fondo de garantía.

En cuanto a los egresos que debe afrontar el FdR, el principal lo constituyen las “prestaciones dinerarias” que deba afrontar la aseguradora liquidada. Asimismo, se abordará en el presente trabajo los accesorios constituidos por las costas y los intereses.

Según los últimos datos disponibles, correspondientes al ejercicio 2019, el patrimonio del FdR ascendía a \$ 11.070.333.735,62⁵ habiendo crecido en dicho período en \$ 4.766.517.412,15.

Analizados los estados contables se aprecia que durante dicho período la ratio ingresos/egresos fue de 5,64; es decir que por cada peso que abonó el fondo recibió \$ 5,64.



Ilustración 1 Datos obtenidos en base a balances oficiales publicados por la SSN en su web oficial.

Se aprecia que el estado financiero del FdR presenta índices de solvencia y liquidez robustos. En efecto, luego de la sanción de resolución conjunta SRT 233/2004 y SSN 29.773/2004 en adelante res. con. y del decreto 1022/17, los egresos del FdR se han visto sustancialmente reducidos en relación a los ingresos.

III. ¿A partir de cuándo debe responder el fondo de reserva?

La cobertura del fondo creado por el mencionado art. 34 de la LRT recién opera con la liquidación judicial de la ART (art. 1, resolución 28.117/2001 de la SSN). Esto trae el inconveniente de que en el lapso de tiempo que transcurre entre que se inicia el proceso de liquidación de la ART en la fase administrativa (con la revocación de la autorización para funcionar por parte de la SSN y SRT y la apertura del proceso liquidatorio) y el momento

⁵ Ver <https://www.argentina.gob.ar/transparencia-activa-superintendencia-de-seguros-de-la-nacion/fondo-de-reserva>.

en que se abre la liquidación judicial (una vez firme dicha decisión administrativa que es recurrible ante la Cámara Nacional en lo Comercial) no se cuenta con la cobertura del FDR.

IV. La gerenciadora

Una vez abierta la liquidación judicial de la ART, las prestaciones que la LRT pone a cargo del fondo de reserva no son otorgadas directamente por la SSN sino que las brinda una ART contratada como gerenciadora. En la resolución 28.117/2001 se justifica la conveniencia de dicha contratación porque *“la estructura de esta Superintendencia como ente administrativo de control no se condice con las necesidades y/o urgencias de los casos que deben ser atendidos por el citado fondo”*.

Dicha resolución 28.117/2001 aprueba el reglamento para la intervención del fondo de reserva de la LRT (art. 34, LRT) en el otorgamiento de las prestaciones por medio de una ART contratada.⁶

V. ¿Quién resulta obligado al pago frente al trabajador en los procesos judiciales contra una ART liquidada?

Hemos visto que ante la liquidación de la ART existe un FdR que administra la SSN para afrontar con sus recursos las prestaciones impagas frente al trabajador. Y también vimos que la reglamentación introdujo un nuevo sujeto que no estaba previsto en la ley: la gerenciadora.

A continuación, vamos a analizar en la jurisprudencia provincial quien resulta obligado al pago frente al trabajador en los casos de liquidación de la ART contratada. En primer lugar, se expone el criterio de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia (TSJ); y, en segundo lugar, el de las Cámaras del Trabajo.

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia

Las primeras ART liquidadas fueron Luz ART SA y Responsabilidad Patronal ART SA. Algunos tribunales resolvían condenar a la aseguradora liquidada. Recurridas estas sentencias, en el año 2015, el TSJ dictó una serie de fallos donde determinó que la obligada al pago frente al trabajador era *“Prevención ART SA como mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación que es administradora del fondo de reserva del art. 34, inc. 1º, de la LRT”*.

En *“Soria”* el máximo tribunal afirmó: *“decretada la liquidación de la accionada “Luz A.R.T. SA” y, en consecuencia, su imposibilidad de contratar al amparo del régimen de la ley N° 24.557 no debió ser condenada. Cesó en su actividad el 29/09/06 por Res. N° 31.355 y la Superintendencia la despojó de la correspondiente autorización por Res. N° 1214/06 del 24/11/06.*

En tales condiciones, la ley de riesgos del trabajo crea un fondo de reserva (art. 34), administrado por la S.R.T., delegando su participación en las causas en “Prevención ART SA” la que tomó intervención en autos. Corresponde que el capital, los intereses indicados y las costas deberán ser abonados por “Prevención ART SA” como mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación que es administradora del fondo de reserva del art. 34 inc. 1º LRT.”

⁶ En el art. 4 establece que *“la ART Contratada deberá brindar las prestaciones conforme las pautas establecidas en la normativa de Riesgos del Trabajo vigente, quedando sometida a la supervisión de los dos entes de contralor del Sistema de Riesgos del Trabajo: SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION y SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO, en orden a sus respectivas facultades. La ART Contratada está obligada a dar cumplimiento a todas las normativas que se refieren al control de oportunidad y calidad de prestaciones en especie emanadas de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO.*

⁷ TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 2, 18/02/2015, *“Soria c/ Luz ART SA”*.

Exactamente el mismo criterio utiliza el TSJ en “*Alvarez*”⁸, entre otros.

En el año 2019 el TSJ mantuvo el mismo criterio respecto de la obligada al pago, en causas en las que, frente a la liquidación de ART Interacción SA, se había condenado a la Prevención ART SA (gerenciadora) y ésta cuestionaba el título en que fue condenada.

En “*Rosales*”⁹, Prevención ART SA recurre en casación alegando que la perdedora en el pleito es “ART Interacción SA” y atento su liquidación, debió ordenarse el pago a la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) como administradora del FdR del art. 34 LRT. Manifiesta que Prevención ART SA es simplemente la representante de la SSN, pero no es ni administradora ni gerenciadora -como erróneamente expresa el veredicto- pues no tiene siquiera facultad para abonar y luego ejercitar acción de reembolso. Y agrega que si Prevención debiera cumplir una condena y después requerir el reembolso y eventualmente el FdR careciera de recursos, su mandante no tendría posibilidad de recuperar lo invertido.

En “*Rosales*”, el TSJ considera que el recurso es formalmente inadmisibile. *“En cuanto a la condena en su contra, el tribunal entendió que, ante la liquidación de la demandada -ART Interacción SA- y conforme al plexo jurídico atinente a la operatividad del fondo de reserva, debía condenarse a “Prevención ART SA” en su condición de representante y gerenciadora designada por la SSN, como administradora de las prestaciones de dicho fondo -sin perjuicio de las acciones de repetición. Frente a ello, no se advierte la importancia dirimente del planteo si, al comparecer y tras explicar el procedimiento que sigue a la liquidación de una aseguradora, invoca la resolución de la SSN N° 39910/16 y aclara que dispuso la contratación de Prevención ART SA -precisamente- como “gerenciadora” del otorgamiento de las prestaciones a cargo del FDR, agregando que se extiende a los reclamos judiciales y prejudiciales. Luego, más allá de los términos empleados por el a quo y de la forma de efectivizar los beneficios respecto de los cuales no hay discusión que recaen en el FDR -sea con bienes propios y luego acción de reembolso o directamente con recursos del FDR-, no surge que la obligación que se le impuso sea en una calidad distinta a la que la interesada invocó al pedir participación a mérito de la cual se le acordó”.*

Este criterio es sostenido por el alto cuerpo en reiterados pronunciamientos dictados con posterioridad.

B. Jurisprudencia de las Cámaras del Trabajo

En los procesos judiciales contra una ART liquidada, no se observa un criterio unificado al resolver quién resulta obligado al pago. Analizando en las resoluciones de distintos tribunales a quién se condena, podemos hacer la siguiente clasificación a los fines de una mejor exposición:

1. Condena al Estado Nacional

En “*Moriconi*”¹⁰ el Dr. Salomón, Vocal de la Cámara del Trabajo de Villa María, condena al Estado Nacional de la República Argentina (art. 35, CN), identificado en la entidad administrativa “Superintendencia de Seguros de la Nación” (en su carácter de administradora del fondo de reserva – LRT) al ser legalmente responsable de las acreencias debidas por la hoy liquidada “Interacción ART SA”. Asimismo intima a Prevención ART SA, en su carác-

8 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 16, 04/03/2015, “*Alvarez c/ Responsabilidad Patronal*”.

9 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, auto N° 149, 30/04/2019, “*Rosales c/ Interacción ART SA y otro*”.

10 Cámara del Trabajo, Villa María, sent. N° 631, 09/10/2017, “*Moriconi c/ ART Interacción ART SA*”, Dr. Marcelo José Salomón.

ter de gerenciadora del pago de los créditos adeudados por Interacción ART SA, a realizar en tiempo y forma “las gestiones administrativas” para cancelar las indemnizaciones, debiendo informar de las mismas al tribunal bajo apercibimiento de imponer sanciones procesales por tales incumplimientos.

Para resolver en tal sentido brinda los siguientes argumentos:

- *“fondo de reserva o fondo de garantía” no es otra cosa que un capital dinerario... gestionado administrativamente por la Superintendencia de Seguros de la Nación (en adelante SSN) dependiente del Ministerio de Finanzas.*

- *SSN no es en sí misma una persona jurídica pública estatal... que le permita constituirse en “un centro de imputación de derechos y obligaciones”. A esta oficina administrativa judicialmente no se le puede asignar responsabilidades de pago, pues en sí misma no tiene tal facultad; por lo tanto corresponde determinar –en el organigrama administrativo estatal– cuál es el organismo público que debe asumir tal responsabilidad.*

- *Superintendencia de Seguros es un organismo administrativo del Ministerio de Finanzas de la Nación y éste a su vez una delegación funcional del poder ejecutivo nacional (art. 100, 101 y cc de la C.N.) según el mandato constitucional y legal de aplicación, es al Estado Nacional de la República Argentina (art. 35 C.N.) a quien debe imputarse el pago de las indemnizaciones que esta sentencia admite, en su caso a través de la delegación administrativa referenciada y para ser afrontados con especificidad de recursos económicos integrantes del fondo de reserva (art. 34 ley 24.557 y cc).*

- *A este tribunal no se le pasa por alto la comparecencia procesal en la causa de Prevención ART SA, invocando su rol de “gerenciadora”, carácter que habría sido concedido por la referida entidad administrativa estatal (SSN). Independientemente de los esquemas administrativos y de gestión que la SSN puede instrumentar para realizar pagos o controlar cumplimientos de éstos, es preciso decir que en el presente proceso judicial Prevención ART S.A no puede ser condenada a los pagos de la sentencia en ninguna de las hipótesis posibles (ni directa ni solidariamente) pues no ha sido demandada, no es continuadora de Interacción ART SA y tampoco la referida concesión administrativa de “gerenciadora” le reviste de tal “status jurídico” respecto a las prestaciones dinerarias de pago único (cfr. Pliego de Bases y Condiciones emitido por la SSN).*

- *En cambio, por la participación invocada y concedida en este proceso, sí le incumbe a Prevención ART S.A, realizar todas las gestiones administrativas propias de tal “gerenciamiento” para efectivamente lograr la cancelación de los créditos que son admitidos por esta resolución. Frente a esta obligación de hacer que asumió en la causa y en caso de verificarse incumplimientos en esa “gestión gerencial” (en la etapa de ejecución de sentencia) se hace saber a Prevención ART SA, que a tales infracciones se le impondrán las sanciones procesales que las mismas acarrearán según las normas contenidas en la L.C.T., ley 24.557 (y sus reglamentaciones), el C.C.C.N. y el C.P.C.C. de Cba. (por remisión del art. 114).*

2. Condena a la SSN

En “Cufre”¹¹, el Dr. Buté, vocal de la Sala Primera de la Cámara Única del Trabajo (CUT), en una causa contra la aseguradora liquidada Liderar SA resuelve “condenar únicamente a la Superintendencia de Seguros de la Nación”.

11 CUT, Córdoba, Sala 1°, sent. N° 20, 22/03/2021, “Cufre c/ Aseguradora de Riesgos de Trabajo Liderar ART SA y otro”, Dr. Victor Hugo Buté.

Para resolver en tal sentido brinda los siguientes argumentos:

-A partir del 1 de julio de 2016 se advierte la existencia de una nueva resolución, obrante bajo el No. 39910 adjudicando a Prevención A.R.T. SA sólo el gerenciamiento en las prestaciones tanto en especie como dinerarias para atender al fondo de reservas de la LRT, como de igual modo se le asigna intervenir en todo planteo judicial o extrajudicial conforme las condiciones y responsabilidades especificadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación que obran impuestas en la Licitación Pública Nro. 17/2015, que en el segundo párrafo establece explícitamente lo siguiente: "Cuando se deban abonar indemnizaciones en concepto de Incapacidad Laboral Permanente Parcial Definitiva de pago único; muerte o incapacidad laboral total definitiva, la ART contratada remitirá el cálculo correspondiente a ésta SSN –Gerencia Administrativa –Sector fondo de reserva- para su consideración y posterior trámite del anticipo de fondos a través de la Tesorería de éste Organismo a favor de la ART contratada.

-El texto es prístino en cuanto a que Prevención ART SA no asumió en ningún momento el pago directo de las obligaciones dinerarias generadas por la Aseguradora liquidada. Ergo, no puede resultar alcanzada por los efectos de la presente condena. Siendo un extremo no controvertido que la acción fue direccionada en contra de la ART Liderar SA y encontrándose la misma en estado de liquidación, la respuesta debe darla entonces exclusivamente la Superintendencia de Seguros de la Nación, en consonancia con lo preceptuado por el art. 34 de la LRT y como Administradora del Fondo de reserva.

3. Condena a la SSN y a la gerenciadora (Prevención ART SA)

En "Barrionuevo"¹², el Dr. Giletta (Sala 1°, CUT, Córdoba), determina que la obligación de pago incumbe a la Superintendencia de Seguros de la Nación en su calidad de Administradora del fondo de reserva y a Prevención ART SA en su condición de gerenciadora y representante en el proceso, para que con afectación exclusiva de dicho fondo (esto es, no con su propio patrimonio) procedan a abonar la indemnización. Además, dispone, por un lado, que la eventual insuficiencia de disponibilidad dineraria en el fondo de reserva deberá ser comunicada previo al vencimiento del plazo de pago y acreditarse de manera fehaciente, así como comunicarse los términos previstos para su recomposición y cancelación de la deuda. Y, por otro lado, que la orden impuesta a Prevención ART SA se entiende condicionada a su permanencia en calidad de gerenciadora y gestora de las prestaciones a cargo del fondo de reserva por contratación de la SSN, debiendo en el supuesto contrario acreditar la extinción del vínculo contractual, lo que se tramitará por las vías del art. 31 LPT, así como la eventual contratación de otra aseguradora para dicho rol, con el debido contradictorio.

En relación al obligado al pago frente el trabajador el tribunal analiza la situación de ART Liderar SA, deudora de la reparación. Así establece que a partir del proceso de liquidación las prestaciones serán asumidas a través del FdR, y que mediante resolución N° 39910/2016 del 1 de julio de 2016, que se renovó luego mediante resolución N° 311/2019, la SSN dispuso aprobar la contratación de una aseguradora para gerenciar el otorgamiento de las prestaciones en especie y dinerarias que le correspondieren atender al FdR. Y remarca: "Se advierte que en el pliego...que fija las condiciones contractuales, se diferencia el tratamiento del pago de las prestaciones dinerarias de pago MENSUAL por incapacidad laboral transitoria, provisoria y gran invalidez, que deben ser afrontados directamente por la ART contratada con cargo del referido fondo y sujetas a reembolso, y de las

12 CUT, Córdoba, Sala 1°, sent. N° 92, 17/05/2021, "Barrionuevo c/ Liderar ART SA", Dr. Ricardo Agustín Giletta.

prestaciones de pago único que previo el trámite allí previsto, son anticipadas por la SSN a la ART para que proceda a su cancelación. ...Ello supone que en casos como el de autos, concernientes a una indemnización de pago único por ILP, la SSN debe proveer a su gerenciadora, Prevención ART SA, de los fondos necesarios para que proceda al pago, no siendo exigible de esta manera a esta aseguradora abonar y luego repetir, por no estar prevista esta mecánica para la indemnización en debate.

En "*Montserrat*"¹³, la Dra. Moreno (Vocal de la CUT, Córdoba, Sala 5°), resuelve condenar solidariamente a la Superintendencia de Seguros de la Nación y a Prevención a abonar la indemnización correspondiente.

Para fundamentar la decisión recurre a los siguientes argumentos:

"La Aseguradora de Riesgos del Trabajo Liderar SA se encuentra en proceso de liquidación. En consecuencia, fue inhabilitada para actuar en juicio. ... compareció ... Prevención ART SA, designada como gerenciadora del fondo de reserva conforme lo dispuesto por el art. 34 ley 24.557. Así las cosas, conforme el sistema legal creado a partir del art. 34 LRT, es indudable la responsabilidad de esta última entidad en tanto es la administradora del cumplimiento de las prestaciones de la ley 24.557 que deben ser soportadas por el fondo que debe hacerse cargo de esta condena.

"Si está a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la administración del fondo de reserva creado por el art. 34 LRT para abonar o contratar las prestaciones a cargo de la ART que ésta no pudiera abonar como consecuencia de su liquidación, es clara la conclusión acerca de su responsabilidad en el pago de la reparación que se ordena.

"Por otra parte, Prevención ART SA afirmó que carece de legitimación pasiva para ser condenada en los términos de la LRT. Además –argumenta– así surge de la resolución 39.910/2016 donde se aprueba la licitación N° 17/2015, de cuyo texto surge que no es continuadora de la ART, ni obligada directa. Al respecto, este Tribunal decide acatar el criterio del Tribunal Superior de Justicia aplicado por Sent. Número Dos del 18.02.2015 en autos: "SORIA Fabián Alfredo C/ LUZ A.R.T. SA – Ordinario–Despido– Enfermedad" Recurso de Casación–73.372/37", entre otros, donde dijo: "Luego, el capital, los intereses indicados y las costas deberán ser abonados por "Prevención A.R.T. SA" como mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación que es administradora del fondo de reserva del art. 34 inc. 1° L.R.T.- Sin perjuicio de las acciones que entre ellos pudieran existir fundadas en el contrato que luce a fs.180/184." Ello así por cuanto, el alto cuerpo entendió que Prevención ART SA a través de su participación como representante y mandataria de la SSN era la encargada de satisfacer la acreencia que surgía de la condena en los referidos actuados, con la salvedad apuntada.

"En la resolución 32762/08 de la SSN que dio origen a dicho decisorio y que aprobó la Adenda suscripta entre Prevención ART SA, como contratada, y la SSN como contratante, se estableció en la cláusula 8° textualmente: "Acuerdan las partes que las sumas de dinero que por orden judicial deban abonarse o depositarse judicialmente en concepto de capital, intereses, honorarios de los profesionales reclamantes, y honorarios de peritos oficiales, sea por sentencias definitivas o medidas cautelares serán proporcionadas por la contratante (SSN) a solicitud de la contratada. En casos de urgencia y previa autorización por escrito de la contratante podrá la contratada cancelar dichos conceptos debiendo reintegrar la contratante los mismos". Esas eran las condiciones existentes al momento de dictarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

13 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 62, 05/05/2021, "*Montserrat c/ ART Liderar*", Dra Ana María Moreno.

“En tanto que en la actual resolución 39.910/16, invocada por Prevención ART SA, según el texto de la licitación 17/2015 en la parte pertinente indica: “Prestaciones dinerarias: Dentro del plazo de 15 (quince días de haberse completado la documentación, la ART contratada deberá efectuar las liquidaciones correspondientes las que deberá someter a consideración de la SSN -Gerencia Administrativa- Sector fondo de reserva. En el caso de corresponder la atención de prestaciones dinerarias de pago mensual por ILT e Incapacidad permanente parcial/total provisoria y Gran invalidez, previa conformidad de esta Superintendencia, efectuará el pago de las mismas con cargo al referido fondo. Cuando se deban abonar indemnizaciones en concepto de ILP parcial definitiva de pago único, muerte o incapacidad laboral total definitiva, la ART contratada remitirá el cálculo correspondiente a ésta SSN –Gerencia Administrativa- Sector fondo de reserva- para su consideración y posterior trámite del anticipo de fondos a través de la Tesorería de este Organismo a favor de la ART contratada para proceder al pago de las mismas.

“Analizados el contenido y sentido de ambas resoluciones se verifica que en lo sustancial los efectos ante terceros no se han modificado. Las diferencias entre las dos regulaciones citadas atañen a condiciones a las que se someten las partes contratantes a fin de cumplir el cometido regulado en el art. 34 y cc LRT. No se han dispuesto nuevas condiciones hacia los terceros que hagan variar la conclusión a la que arribó el TSJ en el precedente señalado (“Soria”).

“En la anterior resolución –como se ha visto en su transcripción- la SSN contrató a Prevención ART SA, y era la SSN quién debían proporcionar los fondos para el pago, lo mismo que se establece en la actual contratación, de tal suerte que la postura de la gerenciadora no es de recibo y debe ser condenada, sin perjuicio de las acciones que puedan tener entre sí con la SSN quien debe atender el crédito de este juicio a través del fondo de reserva.

“Por lo tanto, las responsables al pago de la prestación que se ordena en autos son la Superintendencia de Seguros de la Nación porque es la administradora del fondo de reserva creado por ley para el cumplimiento de las obligaciones de las aseguradoras liquidadas en forma solidaria junto con Prevención ART SA por haber asumido la responsabilidad de garantizar el pago de las prestaciones de la ley. Todo ello sin perjuicio de las acciones que entre ellos pudieran existir fundadas en el contrato que las vincula”.

4. Condena a la gerenciadora (Prevención ART SA) como mandataria de la SSN

Este criterio -coincidente con el consolidado por el TSJ en los precedentes analizados “Soria”, “Alvarez” y “Rosales”, entre otros, es el que mayoritariamente siguen las salas de la Cámara del Trabajo de la ciudad de Córdoba.

Sala 1º: El Dr. Rolón, en “Quinteros¹⁴”, dispone que corresponde condenar al pago del capital e intereses a Prevención ART SA, en su carácter de administradora del fondo de reserva.

Sala 2º: Ambos Vocales siguen el criterio del TSJ expuesto. El Dr. Requena, en “Villarreal¹⁵”, y la Dra. Díaz, en “Pérez¹⁶”, disponen que ante la liquidación de la ART, la obligada al pago es la aseguradora Prevención ART SA como mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en su carácter de administradora del fondo de reserva del art. 34, inc.1º, LRT.

14 CUT, Córdoba, Sala 1º, sentencia Nº 93, 17/05/2021, “Quinteros c/ ART Interacción S.A.”, Dr. Enrique A. M. Rolón.

15 CUT, Córdoba, Sala 2º, sent. Nº 12, 14/02/2018, “Villarreal c/ ART Interacción SA”, Dr. Cristian Requena.

16 CUT, Córdoba, Sala 2º, sent. Nº 76, 12/08/2020, “Pérez c/ ART Liderar”, Dra Silvia Díaz.

Sala 4°: Ambos Vocales siguen el criterio del TSJ. El Dr. Marionsini, en "*Camarada*¹⁷", y el Dr. Zunino, en "*Bustos*¹⁸", disponen condenar a Prevención ART SA, como gerenciadora designada por la SSN y en su carácter de administradora del fondo de reserva (art. 34 LRT), y con independencia de las acciones que entre ellas pudieren existir en función al contrato de gerenciamiento.

Sala 5°: El Dr. Manzanares, en "*Sette*¹⁹", sigue el criterio "*Soria*" del TSJ. Argumenta que entendió el alto cuerpo que Prevención ART SA a través de su participación como representante y mandataria de la SSN era la encargada de satisfacer la acreencia que surgía de la condena. En tal sentido, dispone condenar a Prevención ART SA (en su carácter de mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación -administradora del fondo de reserva del art. 34 inc. 1° LRT- y sin perjuicio de las acciones que entre ellos pudieran existir fundadas en el contrato que las vincula).

El Dr. Ferreyra en "*Pedrocca*²⁰" condena a Prevención ART SA (en su carácter de mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación -administradora del fondo de reserva del art. 34, inc.1°, LRT- y sin perjuicio de las acciones que entre ellos pudieran existir fundadas en el contrato que las vincula). Sigue el criterio del TSJ en "*Soria*". Frente al planteo de Prevención ART SA, gerenciadora del FdR, que afirma que no es parte del proceso, de modo que no puede ser condenada, el tribunal determina que analizados el contenido y sentido de la resolución 32762/08 de la SSN (con las condiciones existentes al momento de dictarse la sentencia del TSJ en "*Soria*") con la actual 39.910/16 invocada por Prevención ART SA resultan similares en lo sustancial. De tal manera, entiende que no se verifican nuevas disposiciones que hagan variar la conclusión a la que arribó el TSJ en el precedente señalado ("*Soria*"), pues también en la anterior resolución la SSN contrató a Prevención ART SA, y era la SSN quien debían proporcionar a Prevención, los fondos para que abonara, lo mismo que se establece en la actual contratación. En consecuencia, determina que Prevención ART SA debe ser condenada, sin perjuicio de las acciones que puedan tener, entre sí, con la SSN quien debe atender el crédito de este juicio a través del fondo de reserva.

Sala 7°: El Dr. Bornancini, en "*Núñez*²¹", condena a la demandada, Prevención ART, en su carácter de administradora del FdR, en virtud de la liquidación de ART Interacción SA

Sala 8°: La Dra. Saracho Cornet, en "*Gómez*²²", condena a Prevención ART SA, en su condición de mandataria de la SSN (que es administradora del FdR, sin perjuicio de las acciones interpartes que el contrato respectivo establece). El Dr. Vega, en "*Godoy*²³", condena a Prevención ART -en su condición de gerenciadora del FdR, administrado por la SSN-, a abonar al actor la prestación dineraria. Y en los fundamentos agrega que deja a salvo su derecho de repetir y/o requerir al FdR, los montos abonados. El Dr. Segura, en "*Alberione*²⁴", cita el precedente "*Soria*" del TSJ y condena a Prevención ART -en su condición de gerenciadora del FdR.

17 CUT, Córdoba, Sala 4°, sent. N° 75, 03/05/2021, "*Camarada c/ ART Liderar*", Dr. Mauricio Adrián Marionsini.

18 CUT, Córdoba, Sala 4°, sent. N° 60, 14/04/2021, "*Bustos c/ ART Liderar*", Dr. Angel Rodolfo Zunino.

19 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. 134, 01/10/2020, "*Sette c/ ART Liderar*", Dr. Julio Francisco Manzanares.

20 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 105, 28/05/2021, "*Pedrocca c/ ART Liderar*", Dr. Alcides Segundo Ferreyra

21 CUT, Córdoba, Sala 7°, sent. N° 354, 30/07/2019, "*Núñez c/ ART Interacción*", Dr. Arturo Bornancini.

22 CUT, Córdoba, Sala 8°, sent. N° 95, 28/05/2021, "*Gómez c/ ART Interacción*", Dra. Teresita Nelly Saracho Cornet.

23 CUT, Córdoba, Sala 8°, sent. N° 51, 22/04/2021, "*Godoy c/ ART Liderar*", Dr. Jorge Alberto Vega.

24 CUT, Córdoba, Sala 8°, sent. N° 74, 05/05/2021, "*Alberione c/ ART Interacción*", Dr. Sergio Oscar Segura.

Sala 9°: El Dr. Tosto, en “Villarreal²⁵”, y la Dra. Ledesma, en “Oliva²⁶”, condenan a Prevención ART, como mandataria de la SSN (administradora del FdR).

Sala 10°: Ambos vocales siguen este criterio. En causas recientes, el Dr. Alberti, en “Altamirano²⁷”, y el Dr. Saad, en “Burgos²⁸”, disponen condenar a Prevención ART SA (como mandataria de la SSN y sin perjuicio de las acciones que entre ellos pudieran existir).

Sala 11°: La Dra. Garnero, en “Conti²⁹”, condena a Prevención ART en su carácter de mandataria de la SSN, administradora del FdR, en virtud de la liquidación de ART Interacción SA, a abonar al actor el monto de condena.

VI. La resolución 396/2020

La resolución de la SSN N° 396/2020 fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 02/11/2020³⁰. A la par que regla el procedimiento a seguir ante la falta de cumplimiento de una prestación ya sea dineraria o en especie por parte de una ART como consecuencia de encontrarse en estado de liquidación judicial, en el art. 1.2 contiene un “disposición conflictiva”:

“1.2 La ART Gerenciadora no es deudora, ni se encuentra obligada a realizar anticipo alguno por las obligaciones a cargo del fondo de reserva, ya que su actuación se encuadra en la asistencia de siniestros y contingencias y de ningún modo el pliego licitatorio alude a las indemnizaciones derivadas de ello, las que se encuentra a cargo exclusivo y excluyente del fondo de reserva.

El fondo de reserva es el encargado de otorgar las prestaciones que una ART deje de brindar como consecuencia de su liquidación. La Gerenciadora no reviste carácter de continuadora de la ART en liquidación ni asume obligación alguna a cargo de aquella. La Gerenciadora no podrá ser considerada parte en los procesos judiciales en los cuales existan reclamos contra una ART en liquidación y por ende no puede ser objeto de condena ni medida cautelar alguna, preventiva o ejecutiva” (el resaltado nos pertenece).

A. Su impacto en la jurisprudencia

Hemos expuesto que la jurisprudencia mayoritaria considera que en los procesos judiciales contra las aseguradoras liquidadas el obligado al pago frente al trabajador es la ART gerenciadora.

Luego del dictado de la resolución 396/2020 que dispone que la gerenciadora no podrá ser considerada parte y no puede ser objeto de condena, el interrogante es cómo impacta dicha reglamentación en las decisiones judiciales en cuanto a la determinación del sujeto responsable de abonar las prestaciones impagas por la ART liquidada.

El Dr. Giletta (CUT, Córdoba, Sala 1°), en “Barrionuevo³¹”, considera que “la norma puede

25 CUT, Córdoba, Sala 9°, sent. N° 77, 04/05/2021, “Villarreal c/ ART Interacción”, Dr. Gabriel Alejandro Tosto.

26 CUT, Córdoba, Sala 9°, sent. N° 89, 14/05/2021, “Oliva c/ ART Liderar”, Dra Patricia Ledesma.

27 CUT, Córdoba, Sala 10°, sent. N° 46, 07/05/2021, “Altamirano c/ ART Liderar”, Dr. Huber Oscar Alberti.

28 CUT, Córdoba, Sala 10°, sent. N° 55, 19/05/2021, “Burgos c/ ART Interacción”, Dr. Horacio A. Saad.

29 CUT, Córdoba, Sala 11°, sent. N° 53, 03/05/2021, “Conti c/ ART Interacción”, Dra Eladia Teresa Garnero.

30 Dispone sustituir el procedimiento del fondo de reserva creado por el art.34 de la ley N° 24.557 previsto en el artículo 8° de la resolución RESOL-2018-966-APN-SSN#MHA, de fecha 21 de septiembre, por el que como Anexo IF-2020-73069057-APN-GA#SSN forma parte integrante de la resolución. Dicho Anexo se titula “Procedimiento reglamentario del fondo de reserva”.

31 CUT, Córdoba, Sala 1°, sent. N° 92, 17/05/2021, “Barrionuevo c/ Liderar ART SA”, Dr. Ricardo Agustín Giletta

entenderse como complementaria o aclaratoria de la contratación vigente”, y en virtud de ello concluye que “la obligación de pago incumbe a la SSN en su calidad de Administradora del fondo de reserva y a Prevención ART SA en su condición de gerenciadora y representante en el proceso para que con afectación exclusiva de dicho Fondo (esto es, no con su propio patrimonio) procedan a abonar la indemnización e intereses de condena”.

En un trabajo de reciente publicación³², el referido camarista, al referirse a la resolución 396/2020 expone que a su criterio, “la cuestión de que la gerenciadora “no puede ser considerada parte en los procesos judiciales” debe ser interpretada en el sentido de que no es parte por derecho propio, sino en representación de la SSN; pero claramente debe tomar intervención en las causas en ese carácter”. Por lo que, en definitiva, según su punto de vista “la obligada al pago de las prestaciones es la SSN, con afectación del fondo de reserva, sin perjuicio de la obligación de gestión que pesa sobre la gerenciadora, que puede ser monitoreada por el tribunal que hubiere dictado la condena, y aplicar en caso de incumplimiento sanciones pecuniarias”.

La Dra. Garnero (CUT, Córdoba, Sala 11°), en “Conti³³”, resuelve desestimar el pedido de aplicación de la resolución 396/2000 efectuado por Prevención ART SA, con el argumento de que no estaba en vigencia ni a la fecha en que ocurriera el accidente, ni a la de interposición de la demanda.

Como fundamento de la decisión, la Dra. Fazio expone: “en su art. 2° la norma bajo análisis dispone “La presente resolución entrará en vigencia desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial”, lo que ocurrió el 02/11/2020. En cuanto a que la ART Gerenciadora no es deudora, ni se encuentra obligada a realizar anticipo alguno por las obligaciones a cargo del fondo de reserva, me remito al criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia en autos “Colazo, Daniel Alberto c/Aseguradora de Riesgos del Trabajo Interacción SA – Ordinario – Accidente (ley de Riesgos) – Recurso de Casación” (Sent. No. 1, 04/02/2020), haciendo responsable del pago, tanto de la indemnización como de las costas del juicio, a Prevención ART SA, en su carácter de mandataria de la Superintendencia de Seguros de la Nación que es la administradora del fondo de reserva, sin perjuicio de las acciones que le pudiera corresponder a la aseguradora respecto de esta última. Destacó asimismo el máximo Tribunal que “... Prevención ART, al comparecer y tras explicar el procedimiento que sigue a la liquidación de una aseguradora, invoca la resolución de SSN No. 39.910/2016 y aclara que dispuesto la contratación de Prevención ART SA –precisamente– como “gerenciadora” del otorgamiento de las prestaciones a cargo del FDR, agregando que se extiende a los reclamos judiciales y prejudiciales. Luego, mas allá de los términos empleados por el a quo y de la forma de efectivizar los beneficios respecto de los cuales no hay discusión que recaen en el FDR –sea con bienes propios y luego acción de reembolso o directamente con recursos del FDR-, no surge que la obligación que se le impuso sea en una calidad distinta a la que la interesada invocó al pedir participación y a mérito de la cual se le acordó”.

En consecuencia, resolvió desestimar el pedido de aplicación de la resolución 396/2000 y responsabilizar a Prevención ART S.A., dejando aclarado que dicha responsabilidad lo es en su carácter de mandataria de la SSN, administradora del FDr.

32 GILETTA, Ricardo Agustín, “El fondo de reserva de la ley 24.557. Cuestiones conflictivas en orden a su cobertura en los Procesos Judiciales”, Revista Catorce Bis N° 60, Editorial Copiar, Córdoba, AADTySS, 2021, p. 90.

33 CUT, Córdoba, Sala 11°, sent. N° 53, 03/05/2021, “Conti c/ ART Interacción”, Dra. Eladía Teresa Garnero.

La Dra. Moreno (CUT, Córdoba, Sala 5°), en *“Montserrat”³⁴*, dispuso que *“es improcedente el pedido de aplicación de la resolución de SSN 396/2020 por cuanto su vigencia comenzó el dos de noviembre de dos mil veinte y el hecho dañoso es de fecha once de mayo de dos mil dieciséis. Luego, en tanto esta normativa no tiene prevista una pauta de aplicación retroactiva, se deben seguir las directivas generales de aplicación de las leyes en el tiempo”*.

Por su parte, el Dr. Requena (CUT, Córdoba, Sala 2°), en *“Basile”³⁵*, declara la inconstitucionalidad de la resolución 396/2020.

En dicha causa, Prevención ART SA había planteado la aplicación de la mencionada resolución dictada por la SSN. El tribunal consideró que correspondía examinar su constitucionalidad por entender que se inmiscuye en materia sustancial y adjetiva, pretendiendo reglar el art. 34 LRT, pero además, también sobre materia netamente procesal, lo cual extralimita aspectos expresamente no delegados por las provincias.

El Dr. Requena hace mención a que, a la fecha, existen decisorios (*“Barrera, Juan Domingo c/ Liderar ART SA s/Accidente”*, sentencia del 26/05/2021, dictada por el magistrado Julio Gómez Orellano, de la Segunda Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción de Mendoza) que ya se han expedido y, a su criterio, sin necesidad de abordar el tema constitucional, refiriendo solamente a su inaplicabilidad por una razón básica de la aplicación de la ley en el tiempo, ya que esta resolución de la SSN, fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 02/11/20, muy posterior a la fecha de la primera manifestación invalidante del caso.

Al respecto dice: *“Obviamente, es principio liminar de nuestro derecho el de irretroactividad de las leyes, y si el legislador pretende su vulneración, debe ser expresamente contemplada en la propia norma y plenamente justificada, lo cual ni remotamente se aborda en esta mera resolución, de rango muy inferior a la ley. Si bien participo de la razonabilidad de este argumento, entiendo además que, por lo dicho respecto a que se inmiscuye en materia procedimental (y ésta sí es de aplicación inmediata en el tiempo), inevitablemente debe considerarse su adecuación constitucional. Adelanto, a los fines del desarrollo que efectúo a continuación, que considero que dicha norma es inconstitucional, y además, que corresponde declararla de oficio, porque se trata de una cuestión de puro derecho en donde la contradicción entre la norma superior -la ley- y la norma inferior -la mera resolución- que altera el texto expreso, es flagrante, por lo que debe imperar el deber de mantener la supremacía constitucional (art. 31 CN), aplicándose en caso de colisión de normas la de mayor rango, desechándose la de rango inferior”*.

Es posible sintetizar los fundamentos de lo resuelto por el Dr. Requena en los siguientes puntos:

- *“Lo primero que debe indicarse es que en cuanto a las estipulaciones que contiene en el Anexo punto 1.2, en orden a que la gerenciadora no es deudora, conforma un enunciado no discutido y sobre el que ya hay pronunciamiento del T.S.J. de esta provincia y de la C.S.J.N., Tribunales que además ya han establecido los efectos de la participación de las gerenciadoras. No obstante, la S.S.N. avanza en su resolución estipulando que: “La Gerenciadora no podrá ser considerada parte en los procesos judiciales en los cuales existan reclamos contra una ART en liquidación y por ende no puede ser objeto de condena ni de medida cautelar alguna, preventiva o ejecutiva”, lo que impone al Tribunal, el escrutinio constitucional de la decisión del*

34 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 62, 05/05/2021, *“Montserrat c/ ART Liderar”*, Dra Ana María Moreno.

35 CUT, Córdoba, Sala 2°, sent. N° 92, 01/06/2021, *“Basile c/ ART Liderar SA”*, Dr. Cristian Requena.

organismo administrativo, a fin de mantener la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico". El enunciado "invocando el art. 34 de la ley 24.557, pretende establecer directivas que avanzan sobre reglas de jerarquía superior (art. 31 CN) y sobre la praxis que esas reglas imponen a otro Poder del Estado, lo que constituye una extralimitación en sus facultades.

- "Del punto 1.2 de la resolución administrativa, surge explícito que al establecer que la gerenciadora que concurre a un proceso "no podrá ser considerada parte", pretende reglar nada menos que sobre materia no delegada al poder federal, desde que todo lo relativo a los sujetos que intervienen en un conflicto judicial, es materia, precisamente, de normas procesales y como tal, reservada a la potestad provincial. Es esta normativa, la que determina las reglas que rigen la conducta y actividad de los sujetos que intervienen en el proceso, los derechos, obligaciones y cargas.

- "Si bien en el ordenamiento no se verifica una conceptualización de la figura del gerenciamiento, no puede ser la S.S.N. quien determine su alcance y lo imponga a la jurisdicción, en detrimento de la regulación sustancial y procesal, y lo que es más grave aún, sometiendo al trabajador incapacitado a la consideración y voluntad del ente al cumplimiento de la condena. Luego, la resolución en examen no modifica lo ya analizado y que conforma criterio asumido por este Tribunal, el cual, es coincidente con el expuesto por TSJ en el citado precedente "Álvarez" y en reiterados pronunciamientos dictados con posterioridad.

- "Si bien, respecto del concepto 'gerenciamiento', al no encontrarse definido en el ordenamiento común, se le suele asignar facultades organizativas y de gestión, cuando ingresa en el marco de un proceso debe necesariamente asumir el rol previsto en el ordenamiento formal, conforme la actividad que pretenda desarrollar, máxime si además, lo es en el marco del sistema de riesgos del trabajo en el cual expresamente se han determinado los sujetos que pueden intervenir en él.

- "Que mediante una decisión administrativa de un organismo nacional, se introduzca un sujeto no previsto en la normativa de riesgos del trabajo, y mediante otra decisión de igual carácter, se pretenda determinar los derechos, obligaciones y cargas que asumirá dentro del proceso reglado por normas provinciales, tal como lo autoriza la Constitución Nacional, no aparece razonable y menos aún ajustado a derecho. La S.S.N., en el marco de sus incumbencias, no se encuentra habilitada para legislar sobre el carácter que estas gerenciadoras deben asumir en un proceso, porque tal atribución corresponde, conforme los arts. 5 y 122 de la C.N., a las provincias en ejercicio de su competencia de determinar las normas que deben regir su sistema judicial; arrogarse estas facultades, violenta no solo la garantía federal reconocida a las provincias de dictar las normas que aseguren su administración de justicia, sino también la previsión consagrada en el art. 31 C.N., respecto de la jerarquía normativa. Luego, lo dispuesto en el punto 1.2., en tanto excede el marco de su incumbencia, violenta la normativa constitucional precedentemente señalada, pues asume facultades que inclusive constitucionalmente, están vedadas al Congreso de la Nación y al Ejecutivo Nacional."

Por dichos argumentos, considera que corresponde que se invalide la directiva 1.2 de la resolución 396/2020, con lo que dispone declararla inconstitucional. De tal modo, resuelve que la obligada al pago, ante la liquidación de ART Liderar SA, es la aseguradora Prevención ART SA como mandataria de la SSN, en su carácter de administradora del FdR del art. 34.1 de la ley 24.557.

VII. Intereses

La derogada resolución 414/99 (B.O., 17/11/1999) establecía que los créditos derivados de la LRT se actualizaban mediante la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para descuento de documentos en adelante en adelante TA, criterio que fuera sustituido por la res. con. que estableció que, en caso de intervenir el FdR, el nuevo coeficiente de actualización será la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina, en adelante TPPBCRA, desde que la suma es debida por el fondo.

La modificación en las tasas de interés aplicables tuvo como fundamento preservar no sólo a los damnificados sino al universo de los trabajadores del sistema y que contemplara en forma equitativa tanto los intereses de los accidentados como los del FdR.

Dichos argumentos fueron atendibles en el marco temporal del dictado de la res. con. Sin embargo, analizada la evolución patrimonial del FdR y por sobre todo la ampliación del porcentaje de las primas que recibe, entendemos que dichos argumentos han perdido buena parte de su justificación.

Los datos relevados llevan a replantear si resulta justificable reducir intereses y/o excluir accesorios legales cuando interviene el FdR al advertir que la situación económico/financiera del mismo le permitiría abonar sin dificultades la totalidad de los créditos.

Finalmente, debe tenerse presente que se ha controvertido la competencia tanto de la SRT como de la SSN para establecer las tasas de actualización.

En efecto, la potestad asumida por los referidos entes no surge de las normas que regulan su creación o funcionamiento, y en función de que la competencia de los entes públicos es limitada y de excepción³⁶ ha llevado a cierto sector de la doctrina a entender que la res. con. ha excedido la competencia funcional de los órganos que la dictaron³⁷.

VIII. Los intereses en la jurisprudencia de la provincia de Córdoba

Metodología

Se ha procurado mediante la reseña de distintos fallos, dictados por los distintos Vocales que integran las salas de la CUT de la ciudad de Córdoba, analizar los distintos criterios adoptados.

Debido a la extensión de la muestra y a la mutabilidad de las decisiones, la presente sistematización no pretende ser exhaustiva ni definitiva, sino mostrar los distintos criterios adoptados en un determinado momento.

Criterios rectores

Se han agrupado las decisiones de las distintas salas en base a tres criterios definidos como: a) Tasa "TPPBCRA", con más un 2% mensual, b) TPPBCRA sin aditamentos, c) Tasas Sucesivas, que implica la aplicación de los criterios anteriores combinados.

A. Precedentes de la Cámara Única del Trabajo

1. TPPBCRA + 2% Mensual

A partir del dictado del precedente "*Hernández c/ Matricería Austral*" se entiende en forma

36 TSJ, Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, 04/04/2007, "Shell Gas SA c/ Provincia de Córdoba".

37 GILETTA, Ricardo Agustín, ob. cit. p. 51.

absolutamente mayoritaria, que los créditos laborales se actualizan a razón de TPPBCRA + 2 Mensual, desde que cada suma es debida.

Esta fórmula se ha aplicado también a créditos originados como consecuencia de infortunios laborales, e incluso cuando ha intervenido el FDr.

En este sentido, se registran tres precedentes de la Sala 7° de la CUT, donde se ratifica la aplicación de este criterio.

En la causa “Núñez³⁸”, resuelta por el Dr. Bornancini, se condenó al FdR a actualizar el monto de las prestaciones dinerarias mediante TPPBCRA + 2% mensual desde la primera manifestación invalidante hasta el efectivo pago. En idéntico sentido, “Aliendo³⁹” y “Marsilli⁴⁰” resueltos ambos por el Dr. Rugani.

Finalmente, en la causa “Barrionuevo⁴¹” la Dra. Mimessi, con la particularidad de que los accesorios tienen como fecha de inicio la demanda.

2. TPPBCRA

A partir del dictado del precedente “Soria⁴²” dictado por el TSJ a principios del 2015, la mayoría de los Vocales de las Salas de la CUT han seguido el criterio sentado en dicho decisorio, actualizando las prestaciones dinerarias a razón de la TPPBCRA sin aditamento, desde la interposición de la demanda.

En este sentido, pueden reseñarse los siguientes precedentes agrupados por Salas:

En la Sala 2°, en los autos “Villarreal⁴³” y “Camacho⁴⁴” los Dres. Requena y Díaz aplicaron el presente criterio. Sin embargo, a partir del dictado de sentencia en “Pacheco⁴⁵” y “Ferreyra⁴⁶” los citados magistrados adoptan el tercer sistema de actualización por tasas sucesivas. Por su parte, la Sala 3° registra decisorios en este sentido en los autos “Tobares⁴⁷”, dictado por la Dra. Galoppo.

Tanto la Sala 4° en los autos: “Tassara⁴⁸” y “Villarreal⁴⁹”, como la Sala 6° in re “García⁵⁰”, “Barrera⁵¹” y “Rojas⁵²”, han aplicado este sistema; al igual que los Dres. Alberti y Saad integrantes de la Sala 10°, in re “Lozano⁵³” y “Burgos⁵⁴”, aunque recientemente el último

38 CUT, Córdoba, Sala 7°, 30/07/2019, “Núñez c/ ART Interacción SA”, Dr. Arturo Bornancini.

39 CUT, Córdoba, Sala 7°, 19/12/2019, “Aliendo c/ ART Liderar”, Dr. José Luis Emilio Rugani.

40 CUT, Córdoba, Sala 7°, 27/09/2019, “Marsilli c/ ART Interacción”, Dr. José Luis Emilio Rugani.

41 CUT, Córdoba, Sala 7°, 08/03/2021, “Barrionuevo c/ ART Liderar”, Dra. Valeria Elisa Mimessi.

42 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 2, 18/02/2015, “Soria c/ Luz ART SA”.

43 CUT, Córdoba, Sala 2°, 14/02/2018, “Villarreal c/ ART Interacción”, Dr. Cristian Requena.

44 CUT, Córdoba, Sala 2°, 16/03/2018, “Camacho c/ ART Interacción”, Dra. Silvia Díaz.

45 CUT, Córdoba, Sala 2°, 03/05/2021, “Pacheco c/ ART Interacción”, Dr. Cristian Requena.

46 CUT, Córdoba, Sala 2°, 30/12/2020, “Ferreyra c/ ART Liderar”, Dra. Silvia Díaz.

47 CUT, Córdoba, Sala 3°, 13/12/2019, “Tobares c/ ART Interacción”, Dra. Graciela María del Valle Galoppo.

48 CUT, Córdoba, Sala 4°, 16/02/2018, “Tassara c/ ART Liderar”, Dr. Mauricio Adrián Marionsini.

49 CUT, Córdoba, Sala 4°, 01/03/2021, “Villarreal c/ ART Liderar”, Dr. Ángel Rodolfo Zunino.

50 CUT, Córdoba, Sala 6°, 11/05/2021, “García c/ ART Liderar”, Dr. Tomás Enrique Sueldo.

51 CUT, Córdoba, Sala 6°, 13/05/2021, “Barrera c/ ART Liderar”, Dra. Silvia Vitale.

52 CUT, Córdoba, Sala 6°, 14/05/2021, “Rojas c/ ART Interacción”, Dra. Nancy El Hay.

53 CUT, Córdoba, Sala 10°, 11/12/2020, “Lozano c/ ART Interacción”, Dr. Huber Oscar Alberti.

54 CUT, Córdoba, Sala 10°, 19/05/2021, “Burgos c/ ART Interacción”, Dr. Horacio Antonio Saad.

magistrado modificara su criterio a partir de los autos "*Perafán*⁵⁵", según los parámetros del precedente "*D' Angelo*⁵⁶" del Tribunal Superior.

Por su parte, las salas 11° y 8° entendieron aplicable este criterio *in re* "*Borghetti*⁵⁷", "*Calderón*⁵⁸" y "*Alberione*⁵⁹"; aunque recientemente la Dra. Saracho Cornet modificó su opinión mediante en "*Gómez*⁶⁰", adoptando el criterio del TSJ en "*D' Angelo*".

Finalmente, en la causa "*Villarreal*⁶¹", el Dr. Tosto ha aplicado el presente criterio, con la salvedad de que el punto de partida para el cálculo de los intereses ha sido la primera manifestación invalidante y no la interposición de la demanda.

3. Tasas sucesivas

El presente criterio consiste en aplicar dos tasas diferenciadas de intereses a lo largo del periodo que transcurre entre la primera manifestación invalidante y el efectivo pago de la acreencia.

Es así como, desde la primera manifestación invalidante o desde la demanda se aplica la TPPBCRA con el aditamento del 2% mensual hasta la fecha de liquidación de la Aseguradora, momento a partir del que se aplicará la tasa de intereses contemplada en la res. con., es decir, TPPBCRA sin aditamento.

Este criterio reconoce precedentes jurisprudenciales anteriores inclusive al dictado del precedente "*D' Angelo*", como por ejemplo "*Jiménez*⁶²".

A partir del decisorio del TSJ citado, la jurisprudencia de las CUT ha ido paulatinamente adhiriendo a este criterio, advirtiéndose a la fecha que siguen este criterio tanto el Dr. Buté como el Dr. Rolón, ambos de la Sala 1° en los autos "*Cufre*⁶³" y "*Spera*⁶⁴".

La Sala 2° aplica el referido criterio, lo que se verifica en los autos: "*Pacheco*⁶⁵", "*Ochoa*⁶⁶" y el ya citado precedente "*Jiménez*".

Asimismo, adopta esta modalidad el Dr. Provensale (CUT, Córdoba, Sala 3°), en "*Maldonado*⁶⁷". La Dra. Saracho Cornet (CUT, Córdoba, Sala 8°), en la causa "*Gómez*⁶⁸" y el Dr. Saad (CUT, Córdoba, Sala 10°), en "*Perafán*⁶⁹", aunque deben tenerse presente las circunstancias particulares del último fallo reseñado donde la sentencia de fondo es anterior a la li-

55 CUT, Córdoba, Sala 10°, 17/03/2021, "*Perafán c/ ART Liderar*", Dr. Horacio Antonio Saad.

56 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 286, 15/12/2020, "*D' Angelo c/ ART Liderar SA*".

57 CUT, Córdoba, Sala 8°, 30/07/2018, "*Borghetti c/ ART Interacción*", Dr. Jorge Alberto Vega.

58 CUT, Córdoba, Sala 8°, 17/03/2021, "*Calderón c/ ART Interacción*", Dra. Teresita Saracho Cornet.

59 CUT, Córdoba, Sala 8°, 05/05/2021, "*Alberione c/ ART Interacción*", Dr. Sergio Oscar Segura

60 CUT, Córdoba, Sala 8°, 28/05/2021, "*Gómez c/ ART Interacción*", Dra. Teresita Saracho Cornet.

61 CUT, Córdoba, Sala 9°, 04/05/2021, "*Villarreal c/ ART Interacción*", Dr. Gabriel Tosto.

62 CUT, Córdoba, Sala 2°, Auto N° 41, 25/06/2020, "*Jiménez c/ ART Liderar*", Dr. Luis Fernando Farías

63 CUT, Córdoba, Sala 1°, 15/04/2021, "*Cufre c/ ART Liderar*", Dr. Victor Hugo Buté.

64 CUT, Córdoba, Sala 1°, 08/04/2021, "*Spera c/ ART Liderar*", Dr. Enrique A. M Rolón.

65 CUT, Córdoba, Sala 2°, 03/05/2021, "*Pacheco c/ ART Interacción*", Dr. Cristián Requena.

66 CUT, Córdoba, Sala 2°, 04/04/2021, "*Ochoa c/ ART Liderar*", Dra. Silvia Díaz.

67 CUT, Córdoba, Sala 3°, 28/05/2021 "*Maldonado c/ ART Liderar*", Dr. Federico Guillermo Provensale.

68 CUT, Córdoba, Sala 8°, 28/05/2021, "*Gómez c/ ART Interacción*", Dra. Teresita Saracho Cornet.

69 CUT, Córdoba, Sala 10°, 17/03/2021, "*Perafán c/ ART Liderar*", Dr. Horacio Antonio Saad.

liquidación de la aseguradora y la planilla de determinación de montos es posterior a la misma.

Los Dres. Godoy y Ledesma (CUT, Córdoba, Sala 9°), registran decisorios en este sentido en las causas “Salguero⁷⁰” y “Oliva⁷¹”.

Finalmente, deben destacarse los decisorios de los Dres. Giletta, Manzanares, Moreno y Ferreyra quienes, con criterios propios, adoptan sistemas de tasas sucesivas, aunque con parámetros diferentes a los señalados.

Así el Dr. Giletta, integrante Sala 1°, aplica un criterio consistente en TPPBCRA desde la primera manifestación invalidante hasta la liquidación de la aseguradora y luego aplica tasa activa promedio del BCRA, lo que se verifica en los autos “Padilla⁷²”, entendiéndose que la res. con. es inconstitucional.

La Sala 5° adopta dos criterios distintos. El Dr. Manzanares actualiza las prestaciones dinerarias mediante RIPE y luego aplica TPPBCRA, según lo determinado en autos: “Sette⁷³”. Los restantes camaristas (Moreno y Ferreyra) actualizan las prestaciones mediante la aplicación del RIPE y un interés anual del 15%, según los parámetros fijados en “Montserrat⁷⁴” y “Pedrocca⁷⁵”.

B. Evolución de los criterios del Tribunal Superior de Justicia

El primer antecedente provincial referido a las tasas de interés aplicables cuando interviene el FdR se dicta con fecha 18/02/2015 en la causa “Soria” estableciendo la aplicación de la res. con. y, por ende, la actualización de los créditos mediante TPPBCRA, en este caso desde la interposición de la demanda.

Este criterio fue seguido por numerosos fallos entre los que se destacan “Álvarez⁷⁶” y “Pattacini⁷⁷”.

El cimero tribunal toma en cuenta en sus considerandos que deben aplicarse intereses diferenciados, en este caso más bajos, cuando interviene el FdR recurriendo al concepto de justicia distributiva al entender que: “... todas las leyes que legislan los estados falenciales, encuentra explicación -como antes se mencionara- en la protección de todos los que necesitan cobrar créditos por igual. Se supera así, cualquier alternativa individualista, más aún cuando se trata de personas laboralmente enfermas o accidentadas. De otro modo, se pone en peligro el cobro efectivo de la indemnización a que se hizo lugar...”.

Esta forma de cálculo de los intereses se mantuvo invariable hasta finales del año 2020 cuando se dictaron numerosos fallos referidos a ART que actualizaron los criterios interpretativos.

70 CUT, Córdoba, Sala 9°, 11/05/2021, “Salguero c/ Art Interacción”, Dr. Daniel J. Godoy

71 CUT, Córdoba, Sala 9°, 14/05/2021 “Oliva c/ Liderar”, Dra. Patricia Mariana Ledesma.

72 CUT, Córdoba, Sala 1°, 26/03/2021, “Padilla c/ ART Liderar”, Dr. Ricardo Agustín Giletta.

73 CUT, Córdoba, Sala 5°, 01/10/2020, “Sette c/ ART Liderar”, Dr. Julio Francisco Manzanares.

74 CUT, Córdoba, Sala 5°, 05/05/2021, “Montserrat c/ ART Liderar”, Dra Ana María Moreno.

75 CUT, Córdoba, Sala 5°, 28/05/2021, “Pedrocca c/ ART Liderar”, Dr. Alcides Segundo Ferreyra.

76 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 16, 04/03/2015, “Álvarez c/ Responsabilidad Patronal ART”.

77 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 6, 11/02/2020, “Pattacini c/ ART Interacción”.

En referencia a los intereses a partir del precedente “D’ Angelo”⁷⁸ se adopta el criterio de tasas sucesivas.

Durante el tramo inicial de los intereses, comprendido entre la primera manifestación invalidante y la resolución que dispone la liquidación de la aseguradora, se aplica TPPBCRA con más un adicional del 2% mensual.

El segundo tramo, comprendido entre la resolución que dispone la apertura del proceso liquidatorio hasta el efectivo pago, se actualiza mediante TPPBCRA.

El TSJ justifica la modificación de los precedentes a los fines de “mantener incólume el contenido económico del crédito, en virtud del tiempo transcurrido entre esta última (liquidación forzosa) y la demanda -26/03/12-. A lo que se suma, la naturaleza del reclamo -daño a la salud”.

Esta postura fue ratificada en sucesivos fallos: “Álvarez”⁷⁹, asimismo, aunque con matices en “Marchetti”⁸⁰ y “Verrúa”⁸¹.

En los dos últimos decisorios, se toma como punto de inflexión entre las tasas aplicables, la declaración de quiebra de la aseguradora, lo que podría generar inconvenientes con la aplicación práctica, debido a que las ART se encuentran excluidas del proceso concursal contemplado en la ley 24.522 (B.O. 09/08/1995), en función de que no son sujetos concursables⁸².

Los antecedentes jurisprudenciales del TSJ no agotan las hipótesis que pueden presentarse, sobretodo cuando la primera manifestación invalidante se produce luego de la sanción de la ley 27.348 y/o DNU 669/19, supuestos donde entrarían en conflicto la TPPBCRA con el adicional del 2% aplicable antes de la hipotética liquidación de una aseguradora; asimismo la tasa activa contemplada en las referidas normas colisionan con la TPPBCRA contemplada en la res. con.

IX. Las costas ¿forman parte de los conceptos integrativos de la eventual condena?

Resulta relevante distinguir las soluciones judiciales suscitadas antes y después del dictado del decreto N° 1022/17⁸³. Antes del dictado del referido decreto, no existían dudas en el alcance de la obligación de pago con los montos del FdR, es decir, eran mandados a pagar capital histórico, intereses y costas.

El TSJ, en “Álvarez”⁸⁴ y “Amoroso”⁸⁵, entre otras sentencias, determinó que Prevención ART SA debía abonar dichos conceptos, en su calidad de mandataria de la SSN, administrador del FdR, sin perjuicio de las acciones que entre ellas pudieran existir. Similar decisión

78 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 286, 15/12/2020, “D’ Angelo c/ ART Líderar SA”.

79 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 112, 04/05/2021, “Álvarez c/ ART Interacción”.

80 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 14, 24/02/2021, “Marchetti c/ ART Interacción”.

81 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 94, 27/04/2021, “Verrúa c/ ART Interacción”.

82 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Ley de Concursos y quiebras comentada”, Ed. Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2003, T1, p. 51.

83 Decreto N° 1022/17 (BO 11/12/2017).

84 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 16, 04/03/2015, “Álvarez c/ Responsabilidad Patronal”.

85 TSJ, Córdoba, Sala Laboral, sent. N° 17, 04/03/2015, “Amoroso c/ Responsabilidad Patronal ART”.

se adoptó en el Plenario “Borgia⁸⁶” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en adelante, CNAT), con la salvedad que en esta resolución se refería al alcance de la responsabilidad de la SSN.

El decreto N°1022/17, sustituyó al art.22 del decreto N°334/96, reglamentario de varias normas de la LRT. El referido art. 22, reglamenta al art. 34 de la LRT (fondo de reserva).

En su texto original el art. 22 disponía que:

“El fondo de reserva no responderá por las prestaciones derivadas de los servicios que las Aseguradoras se encuentran habilitadas a contratar conforme al artículo 26 apartado 4 de la ley sobre Riesgos del Trabajo.”.

A su turno, el apartado 4, del art. 26 establece que:

“Las ART podrán, además, contratar con sus afiliados: a) El otorgamiento de las prestaciones dinerarias previstas en la legislación laboral para los casos de accidentes y enfermedades inculpables; y, b) La cobertura de las exigencias financieras derivadas de los juicios por accidentes y enfermedades de trabajo con fundamento en leyes anteriores. Para estas dos operatorias la ART fijará libremente la prima, y llevará una gestión económica y financiera separada de la que corresponda al funcionamiento de la LRT. Ambas operatorias estarán sometidas a la normativa general en materia de seguros.”.

Es decir, el FdR no fue previsto para cubrir la cobertura que las ART contrataren con sus afiliados y fueran relativas a accidentes y enfermedades inculpables y las indemnizaciones emanadas de los juicios por accidentes y enfermedades de trabajo con fundamento en leyes anteriores. El FdR solamente cubría las prestaciones dinerarias y en especie del sistema de riesgos del trabajo.

El art.1 del decreto n° 1022/17, sustituyó la norma prevista en el art. 22 del decreto n° 334/96 con el siguiente texto:

“La obligación del fondo de reserva alcanza al monto de las prestaciones reconocidas por la ley N° 24.557 y sus modificatorias, excluyéndose las costas y gastos causídicos. El fondo de reserva no responderá por las prestaciones derivadas de los servicios que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo se encuentran habilitadas a contratar conforme al artículo 26, apartado 4, de la ley sobre Riesgos del Trabajo ni por las indemnizaciones que se reconozcan con fundamento en el derecho común.”.

La norma reglamentaria cambió sustancialmente su contenido, incorporó dos aspectos más que no serían pasibles de cobertura por el FdR: a) las indemnizaciones que se reconozcan con fundamento en el derecho común -lo cual es lógico, ya que solo cubre prestaciones del sistema tarifado- y, b) las “costas y gastos causídicos”; es decir, excluyó de la cobertura los honorarios de letrados y peritos judiciales, tasas de justicia, aportes profesionales, inmiscuyéndose en competencias no delegadas por las provincias a la Nación y alterando el sentido de la norma de fondo (LRT) por la vía reglamentaria, lo cual es discutible en su constitucionalidad.

X. Costas: Evolución de la jurisprudencia del TSJ y de la CUT de Córdoba (2015/2021)

La ausencia expresa en la norma de fondo y en la reglamentaria

Las primeras ART liquidadas fueron Luz y Responsabilidad Patronal. Los tribunales de

⁸⁶ CNTrab., Plenario N°328, 04/12/2015, “Borgia c/ Luz ART”.

mérito, al dictar sentencias favorables a las demandas interpuestas, o al imponer las costas, se las imponían a las referidas aseguradoras, independientemente si ya habían comparecido a juicio las ART gerenciadoras designadas por la SSN. Ello era motivo de recurso de casación, y en el año 2015 el TSJ dictó una serie de fallos donde fijó su criterio: las costas debían ser soportadas por Prevención ART (gerenciadora).

En pocas palabras, en “Amarfil⁸⁷” el TSJ dispuso que: *“La exclusión de las costas no surge del texto legal, por lo que la interpretación del recurrente, deviene interesada”*. Idéntica solución tuvo en otros pronunciamientos de esa época⁸⁸.

En otras causas, con una pequeña diferencia en la redacción determinó que: *“Respecto a la exclusión de las costas por no surgir del texto legal, el pedido deviene inadmisibles por infundado⁸⁹”*.

Es decir, la postura del TSJ se fundaba en imponer las costas a la “mandataria” de la SSN, administradora del FdR, en la ausencia de una norma que expresamente excluya a las costas de los gastos a afrontar con el fondo.

Aplicación de la ley en el tiempo. El decreto 1022/17

1. Cámara Única del Trabajo

La sanción del decreto N° 1022/17 produjo un simbronazo interpretativo en los tribunales cordobeses. Conforme la posición asumida por el TSJ antes de que el decreto entrara en vigor, la existencia de una norma que excluya las costas de las obligaciones a asumir por el FdR, debía necesariamente conducir a que los tribunales la apliquen.

En ese momento, las causas existentes contra ART Interacción, liquidada en agosto de 2016, fueron las que generaron múltiples interpretaciones; las cuales se pueden reunir en 3 grupos:

a) Salas que aplicaron el decreto 1022/17: Algunos Vocales de la CUT de Córdoba, aplicaron el criterio del Tribunal Superior, pero *contrario sensu*. Es decir, al existir una norma que dispone la exclusión de las costas de las obligaciones a cubrir por el fondo, corresponde aplicarla y ordenar que estas sean reclamadas ante el proceso liquidatorio. El Dr. Braín, ex vocal de la Sala 10°, en la causa “Fusari⁹⁰”, dispuso que: *“Conforme lo dispuesto por el art. 1 del decreto 1022 de fecha 11 de diciembre de 2017, que modifica el art. 22 del decreto 334 del 1 de abril de 1996, la obligación del fondo de reserva alcanza al monto de las prestaciones reconocidas por la ley N° 24.557 y sus modificatorias, excluyéndose las costas y gastos causídicos”*.

b) Salas que declararon inaplicable el decreto 1022/17: Otros camaristas, utilizando el criterio de aplicabilidad de la ley en el tiempo, consideraron que el decreto no era aplicable a ART Interacción; esto, en tanto, su liquidación judicial ocurrió en agosto de 2016 y la publicación del decreto 1022 fue el 11/12/2017.

87 TSJ, Sala Laboral, sent. N° 11, 19/02/2015 “Amarfil c/Responsabilidad Patronal”.

88 TSJ, Sala Laboral, sent. N° 17, 04/03/2015, “Amoroso c/Responsabilidad Patronal”; sent. N° 36, 11/03/2015, “Irrazabal c/Responsabilidad Patronal”; sent. N° 37, 11/03/2015, “Juncos c/Responsabilidad Patronal”; sent. N° 269, 03/11/2015, “Albano c/Responsabilidad Patronal” y sent. N° 72, 05/07/2016, “Ortega c/Responsabilidad Patronal”.

89 TSJ, Sala Laboral, sent. N° 16, 04/03/2015, “Álvarez c/Responsabilidad Patronal” y sent. N° 83, 26/03/2015, “Álvarez c/Responsabilidad Patronal”.

90 CUT, Córdoba, Sala 10°, sent. N° 214, 12/06/2018, “Fusari c/ ART Interacción”, Dr. Daniel Brain.

El Dr. Zunino (CUT, Córdoba, Sala 4°), en la causa “Rosales⁹¹”, determinó que: *“A todo evento cabe precisar que este tribunal no desconoce lo dispuesto por el decreto 1022/2017... Ello claramente implica que los honorarios de los letrados y peritos, así como los demás gastos del juicio, no deben ser afrontados por el mencionado fondo... Sin embargo el decreto... no resulta de aplicación al caso de autos, toda vez que en su art. 3 dispone: “La presente medida entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial”. En consecuencia es claro que la norma en cuestión no será aplicable a los supuestos de aseguradoras liquidadas con antelación a su publicación en el BO, como es el supuesto de autos. Esta solución, o sea que las leyes de fondo rigen para lo futuro, fue ratificada por el alto cuerpo nacional (CSJN, “Espósito c/ Provincia”, del 7/06/2016) y también provincial (TSJ, “Martín c/ Mapfre”, del 22/02/2014). Por lo expresado corresponde declarar inaplicable al presente caso el decreto 1022/2017”.*

c) Salas que declararon inconstitucional el decreto 1022/17: Un último grupo de jueces, evitaron la discusión de la aplicabilidad de la norma en el tiempo y consideraron que la norma era inconstitucional por exceso reglamentario, en tanto alteraba la norma del art. 34 LRT.

Tal es el ejemplo del voto de la Dra. Saracho Cornet en “Reartes⁹²” donde la Sala 8° resuelve rechazar -por mayoría- una apelación de la ART designada por la SSN para que la represente en las causas judiciales: *“Desde lo formal, al regular el régimen de las costas y los intereses, el decreto 1022/17 ha excedido el marco constitucional (cfr. art. 99 inc. 2) claro y determinante en orden a la naturaleza del dispositivo reglamentado. Desde lo sustancial: Existe una evidente afectación del derecho a la jurisdicción del trabajador dado que al excluir a los letrados que lo asisten de cobrar sus estipendios de la parte vencida (y en el caso del fondo de reserva) resulta evidente que lo que se está provocando es que, o el trabajador quede sin la asistencia letrada que elige, o bien que detraiga una porción de indemnización -que tiene que ver con la reparación del daño a su salud- para atender los honorarios de su letrado, aun siendo ganancioso en el pleito...”.*

2. Tribunal Superior de Justicia

A raíz de la disparidad de criterios en las distintas salas de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba, se incrementaron los recursos de casación e inconstitucionalidad ante el TSJ, tanto de la parte actora, sus letrados -por derecho propio-, los letrados de la ART liquidada y de Prevención ART.

La situación expuesta derivó que en el año 2019 el alto cuerpo provincial dictara dos autos interlocutorios, por los cuales rechazó los recursos de casación interpuestos por Prevención ART, que requería la aplicación del decreto 1022/17. El alto cuerpo, a través de la expresión *“situación fáctica”*, también utilizó el criterio de la *“aplicación de la norma en el tiempo”* y declaró inaplicable al mencionado decreto reglamentario a la liquidación de ART Interacción. Los casos fueron *“Monzón”* y *“Rosales”*:

“Monzón⁹³” fue resuelto por la Sala 11°, a través del voto de la exvocal, Dra. Bonetto, previo a la sanción del decreto, por lo tanto condenó en costas a Prevención, con cargo del fondo de reserva. El TSJ dispuso que: *“La exclusión de las costas que persigue el impugnan-*

91 CUT, Córdoba, Sala 4°, sent. N° 67, 26/03/2018, “Rosales c/ ART Interacción”, Dr. Angel R. Zunino

92 CUT, Córdoba, Sala 8°, AI N° 58, 17/04/2018, “Reartes c/ REX Argentina SA y otro”.

93 TSJ, Sala Laboral, AI N° 154, 30/04/2019, “Monzón c/ ART Interacción”.

te, no surge del texto legal del decreto al que alude -n° 334/96-, por lo que la interpretación que desarrolla deviene interesada (en igual sentido de esta Sala Sents. n° 2/15, 269/15, entre otras). No modifica dicha conclusión el hecho de que a la fecha el decreto n° 1022/17 -del 11/12/2017- efectúa esa disquisición de manera expresa, pues la situación fáctica que determina la normativa aplicable es anterior a su vigencia”.

“Rosales⁹⁴” fue el caso mencionado anteriormente, resuelto por la Sala 4°, a través del voto unipersonal del Dr. Zunino. El TSJ confirmó la decisión del a quo, y en lo referido al decreto expresó que: “Lo propio ocurre en relación a la exclusión de las costas que persigue. El sentenciante, explicó -con acierto- que si bien el decreto N° 1022/17 -del 11/12/17- efectúa esa disquisición de manera expresa, atento a lo dispuesto en su art. 3: “La presente medida entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial”, es inaplicable a los supuestos de aseguradoras liquidadas con antelación a su publicación, como ocurre en el subexamen. Señaló, que tal solución es conteste con las directrices del Máximo Tribunal expuestas en la causa “Espósito c/ Provincia ART SA” (del 07/06/16). De ello se sigue que, el Juzgador basó el criterio de aplicabilidad en el tiempo, justamente, en la situación fáctica que determina la puesta en funcionamiento del FDR -liquidación de una ART-, en consonancia con lo resuelto por el Máximo Tribunal de la Nación. Por lo tanto, las manifestaciones del recurrente sólo reflejan una interpretación alternativa e interesada tanto del nuevo decreto N° 1022/17, como del art. 34 LRT y del decreto N° 334/96 que no resulta idónea para evidenciar el error jurídico que denuncia”.

XI. ¿Y ahora qué? Los criterios de la Cámara del trabajo luego del dictado de “Monzón” y “Rosales” por el TSJ. La liquidación de ART Liderar

Las resoluciones dictadas por el TSJ, en relación a la sanción del decreto 1022/17 y la doctrina de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, trajeron cierto orden en relación a las causas donde la demandada era ART Interacción.

Por lo tanto, la solución jurídica -para aquellos tribunales que imponían las costas a ART Interacción-, era la inaplicabilidad de la norma; al ser la liquidación temporalmente anterior a la entrada en vigencia del decreto.

De alguna manera, la solución brindada por el alto cuerpo provincial trajo 2 lecturas posibles: a) el decreto es constitucional y, por lo tanto, aplicable para las ART que sean liquidadas luego de la sanción de la modificación reglamentaria; o b) la discusión sobre la inconstitucionalidad de la norma será tratada en el caso de que otra ART sea liquidada a posteriori de la sanción del decreto.

Estas lecturas se plasmaron en lo que sucedió en el año 2019, concretamente el 07/10/19, ART Liderar fue liquidada judicialmente. Por lo tanto, el debate jurisdiccional acerca de la aplicabilidad del decreto 1022/17 volvió a abrirse.

Otra posible controversia se dio en relación a la terminología utilizada por el TSJ cuando resolvió “Monzón” y “Rosales”, es decir la “situación fáctica” del TSJ. Ya que si uno lee ambas resoluciones, pero sobre todo “Rosales”, esa situación fáctica hace expresa referencia la liquidación judicial de la ART. No obstante ello, algunos Vocales de Cámara ampliaron el abanico de opciones para usar la terminología a la: 1) “fecha de la primera

94 TSJ, Sala Laboral, AI N° 149, 30/04/2019, “Rosales c/ART Interacción”.

manifestación invalidante” (en adelante, PMI), y 2) “fecha de la interposición de la demanda”. Esta ampliación surgió también a partir de la liquidación de ART Liderar.

Por ello, existieron cuatro escenarios en las resoluciones judiciales:

A. Inaplicabilidad de la norma en los juicios en contra de ART Interacción:

Varios Vocales de Cámara siguieron el criterio del TSJ en *“Monzón”* y *“Rosales”* y declararon inaplicable el decreto 1022/17, ordenando a la SSN o a la ART gerenciadora a asumir las costas del pleito. Por ejemplo, la Dra. Galoppo (CUT, Córdoba, Sala 3°), en *“Tabares”*⁹⁵: *“En cuanto a las costas, en el presente, el Tribunal aplica el criterio fijado por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en autos “Rosales”... las costas serán a cargo del fondo de reserva administrado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, a través del gerenciamiento de Prevención ART SA -art. 28 de la ley 7.987-, a excepción de las generadas por la intervención de los peritos de control, que resultan a cargo de sus proponentes.”*

B. Inaplicabilidad de la norma en los juicios en contra de ART Liderar:

Otros Vocales, en las causas en contra de ART Liderar, ampliaron el criterio de la “situación fáctica” adoptado por el Tribunal Superior y declararon inaplicable el decreto 1022/17 por ser la fecha de la PMI, o la de la interposición de la demanda, anteriores a la sanción del decreto y ordenaron a la SSN o a la ART gerenciadora asumir las costas. Tal es el caso del Dr. Buté (CUT, Córdoba, Sala 1°), en *“Cufré”*⁹⁶: *“Las costas devengadas en este proceso son a cargo de la SSN (art. 28 CPT), con excepción de los emolumentos de los peritos de control que serán soportados por sus respectivos proponentes (art. 49, ley 9459)... el decreto 1022/17 no resulta aplicable al presente diferendo, ya que la demanda data del 13 de agosto de 2012, es decir que se trata de un proceso judicial que fue iniciado hace muchos años, con anterioridad a su vigencia. De manera que se erige en una suerte de celada procesal que los profesionales intervinientes deban, repentinamente, transitar otras jurisdicciones y otros fueros, apartándolos del juez natural de la causa, en aras de percibir sus legítimas acreencias que revisten carácter alimentario”.*

C. Aplicabilidad de la norma en los juicios en contra de ART Liderar:

Por lo general, aquellos Vocales que aplicaban el decreto antes del dictado de las resoluciones del TSJ, siguieron con el criterio de la “aplicabilidad” para las causas en contra de ART Liderar, ello en tanto, la “situación fáctica” es posterior a la vigencia de la norma reglamentaria. Una de ellas es la Dra. Silvia Vitale (CUT, Córdoba, Sala 6°), en *“Cabral”*⁹⁷: *“Respecto de las costas corresponde imponerlas a la liquidada ART LIDERAR SA, con excepción de las generadas por Prevención ART SA, ello de conformidad a lo dispuesto por el art. 22 del decreto 1022/2017 y decreto N° 334/1996 y al criterio jurisprudencial sustentado por la Sala Laboral de nuestro TSJ en autos “Rosales” y “Monzón”... y la fecha de liquidación de la ART aludida, el día 7/10/2019... con lo cual contrario sensu, por la fecha de liquidación de la demandada, rige la exclusión aquí dispuesta. Importa aclarar, que la suscripta modificó la posición asumida en anteriores pronunciamientos, siguiendo el criterio sustentado por la Sala Laboral del TSJ, no sólo por razones de economía procesal y ante la función nomofiláctica del alto cuerpo Provincial, sino porque lo allí resuelto obligó a un nuevo análisis de la cuestión en examen, sosteniendo la inaplicabilidad del decreto 1022/2017, a situaciones anteriores a su vigencia, como la de marras”.*

95 CUT, Córdoba, Sala 3°, sent. N° 426, 16/12/2019, “Tobares c/ ART Interacción”, Dra. Graciela María del Valle Galoppo.

96 CUT, Córdoba, Sala 1°, sent. N° 20, 22/03/2021, “Cufré c ART Liderar”, Dr. Víctor Hugo Buté.

97 CUT, Córdoba, Sala 6°, sent. N° 280, 30/12/2020, “Cabral c/ ART Liderar”, Dra. Silvia Vitale.

D. Inconstitucionalidad el decreto 1022/17

Por otro lado, aquellos tribunales que declararon la inconstitucionalidad del decreto continuaron con su criterio sin entrar en las disyuntivas acerca de qué ART liquidada era la demandada en la causa. Un ejemplo de esto es el voto de la Dra. Díaz (CUT, Córdoba, Sala 2°) en *"Marengo"*⁹⁸: *"Respecto de las costas, Prevención ART SA solicita la aplicación del decreto 1022, dictado el 12/12/2017... Este Tribunal tiene dicho en reiterados pronunciamientos... que, en atención al principio iura novit curia, el Tribunal tiene el deber de mantener la supremacía de la Constitución Nacional (Art 31 CN) y considerando lo dispuesto por la CSJN en "Banco Comercial Finanzas SA", corresponde examinar la adecuación constitucional de la norma cuya aplicación se pretende. Al respecto esta Sala Segunda... en integración unipersonal del doctor Cristián Requena en autos "Villarreal"... Sentencia N° 12, del 14/02/2018... Este Tribunal en tanto comparte el criterio y los fundamentos expresados los asume, atento que el análisis efectuado por el doctor Requena expone argumentos suficientes y eficientes para mostrar la ausencia de adecuación del precepto contenido en el Art. 1 del decreto 1022/2017, a las claras directivas contenidas en los Arts. 31, 5, 121 y 99 inc. 2 de la CN, y por derivación, los Arts. 34, Ap. 2 de la ley 24.557 y 28 CPT. Consecuente con el desarrollo efectuado, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma en análisis, la que por tal motivo no resulta aplicable al sub examen. Conforme lo manifestado precedentemente, Prevención ART SA, deberá cumplir en el carácter señalado, con las costas impuestas a Aseguradora de Riesgos Liderar SA, con excepción de las generadas por los profesionales que actuaron en representación de la Aseguradora liquidada, que serán a su cargo"*.

XII. El TSJ y la inconstitucionalidad del decreto 1022/17

Como se expresó en los títulos anteriores, la liquidación de ART Liderar volvió a provocar un sinnúmero de resoluciones judiciales, ellas fueron organizadas en los 4 grupos referidos. Todo indicaba que el tratamiento concreto de la validez constitucional del decreto 1022/17 iba a ser resuelta con una causa con ART Liderar como demandada. Sin embargo, el TSJ -en pleno- tomó una causa en contra de ART Interacción ("Fusari") con un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora a raíz de que el exvocal de la Sala 10°, Dr. Braín, resolvió que las costas serían afrontadas por ART Interacción. Es decir excluyó las costas de la obligación de pago con el fondo de reserva. La sentencia recurrida fue dictada el 12/06/2018, antes de los precedentes del TSJ en *"Rosales"* y *"Monzón"*.

El TSJ, en pleno, consideró que la norma infralegal cuestionada altera al art. 34 LRT a reglamentar, por ello resulta inconstitucional. Nuevamente la intención del alto cuerpo fue, a partir de su función nomofiláctica, establecer un quietus a la diversidad de criterios existente. Para el caso concreto consideró que los honorarios de los letrados de la parte actora debían ser abonados con importes provenientes del fondo de reserva; los honorarios de los letrados de la ART liquidada, reclamados a la liquidación de la aseguradora.

Los párrafos destacados del fallo *"Fusari"*⁹⁹, son los siguientes:

"De conformidad con el criterio de esta Sala Laboral, en orden a la aplicación del decreto de que se trata, esto es que no comprende la declaración de quiebra anterior a su vigencia, no surgiría evidente, en el subexamen, el agravio concreto. Sin embargo, planteada su inconstitucionalidad y con el fin de evitar mayores dilaciones que terminan afectando, aún más los tiempos del proceso, resulta necesario un pronunciamiento que traiga un quietus a la jurisprudencia contradictoria en la materia".

98 CUT, Córdoba, Sala 2°, auto N° 201, 15/12/2020, "Marengo c/ ART Liderar", Dra. Silvia Díaz.

99 TSJ, Córdoba, Pleno, sent. N° 66, 30/03/2021, "Fusari c/ ART Interacción".

“Se adelanta opinión en el sentido de que el interesado, por la parte actora, demuestra la colisión del dispositivo reglamentario con la norma fundamental, causándole un perjuicio de imposible reparación ulterior. Es cierto, que la Constitución del año 1994, resuelve a favor de la dinámica de la potestad reglamentaria. El sistema dual, ya sea que el poder administrador actúe residualmente, como en el presente caso o lo haga de manera supletoria, encuentra limitación en la propia realidad. Que, en los términos de la ley Máxima, significa no alterar el espíritu de la ley a la que coadyuva, ya que debe facilitar su aplicación, sin quebrar su finalidad -arg. art. 28 C.N.-. En autos, aplicado el decreto en crisis, no se cargan costas al fondo de reserva porque así lo dispone, aspecto que no estaba en la norma primaria. De ahí, el exceso del ejecutivo -inc. 2º, art. 99 ib.- claramente disvalioso para los derechos del impugnante, quien terminará pagando los gastos causídicos que no alcancen a ser cubiertos por la distribución que se lleve a cabo en la quiebra... Ahora bien, superaría la razonabilidad de esta decisión, que las costas por la intervención de la aseguradora, que hoy es deudora insolvente recayeran también sobre el fondo de reserva, las que se pagarán por su representada. Por lo expuesto y habiendo dictaminado la Fiscalía General..., corresponde, declarar la inconstitucionalidad del decreto N° 1022/17, con el alcance expresado... se admite el recurso deducido por la parte actora, exceptuando las costas de ‘Interacción ART SA’, las que serán a su cargo”.

XIII. Cámara Única del Trabajo de Córdoba

¿Logró el TSJ el “quietus” pretendido luego del fallo “Fusari”? La respuesta es sí. Finalmente, desde el mes de abril del 2021, e independientemente de cuál ART liquidada sea la demandada en juicio, todos los Vocales de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba ordenan que las costas del pleito, a excepción de los honorarios de los letrados de la aseguradora liquidada, deben ser afrontadas con los importes del FdR.

Más allá que “Fusari” solamente declarara inconstitucional el decreto en relación a que los honorarios de los letrados de la parte actora sean excluidos de los importes que debe abonar el FdR, las salas incluyen la totalidad de las costas, a excepción de los honorarios de los letrados de la ART liquidada.

Va a modo enunciativo un fallo por cada uno de los actuales Vocales de las once salas de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba¹⁰⁰:

Sala 1º: A) El Dr. Giletta, en “Barrionuevo¹⁰¹”, consideró inconstitucional al decreto 1022/17, criterio que ya había adoptado antes de “Fusari”. Expresó que: *“Las costas deben ser afrontadas por el fondo de reserva y no por la liquidación de la ART, salvo los honorarios de los letrados de la ART liquidada y Prevención ART”.* Un dato particular del vocal es que en el concepto “prestaciones” a cubrir por el FdR incluye las “complementarias” (honorarios de letrados, peritos, aportes y servicio de justicia). **B)** El Dr. Rolón, en “Spera¹⁰²”, declara inaplicable al decreto 1022/17. Utiliza el criterio de la “situación fáctica” amplia, ya que la PMI del actor, era anterior a la entrada en vigencia del decreto. En su resolución cita “Fusari”. **C)** El Dr. Buté, en “Velarde Aguedas¹⁰³”, al igual que el Dr. Rolón, declara inaplicable al decreto 1022/17, por ser la PMI anterior a la entrada en vigencia del decreto; también cita “Fusari” (TSJ SN° 66/21).

100 Al menos, hasta el relevamiento hecho a principios del mes de junio/2021.

101 CUT, Córdoba, Sala 1º, sent N° 92, 17/05/2021, “Barrionuevo c/ ART Liderar”, Dr. Ricardo Agustín Giletta.

102 CUT, Córdoba, Sala 1º, auto N° 43, 08/04/2021, “Spera c/ ART Liderar”, Dr. Enrique A. M. Rolón.

103 CUT, Córdoba, Sala 1º, sent N° 74, 29/04/2021, “Velarde Aguedas c/ ART Liderar”, Dr. Victor Hugo Buté.

Sala 2°: Ambos vocales mantienen su criterio de inconstitucionalidad del decreto 1022/17 a partir de *"Villarreal"*¹⁰⁴ dictada por el Dr. Requena. **A)** Éste, en *"Pacheco"*¹⁰⁵, mantiene su criterio de inconstitucionalidad, agrega una cita a *"Fusari"*. **B)** La Dra. Díaz, en *"Pérez"*¹⁰⁶, cita los fundamentos de Requena en *"Villarreal"*. Agrega cita a *"Rosales"* y *"Monzón"* del TSJ. En *"Ochoa"*¹⁰⁷, cita *"Fusari"* en un auto que deniega la concesión del recurso de casación a Prevención ART.

Sala 3°: **A)** El Dr. Provensale, en *"Maldonado"*¹⁰⁸, cambia su criterio de aplicabilidad del decreto a las ART liquidadas a posteriori de su sanción. Cita *"Fusari"*, dejando a salvo su postura. **B)** La Dra. Galoppo, en *"Coman"*¹⁰⁹, declara la inconstitucionalidad y cita a *"Fusari"*.

Sala 4°: Ambos vocales cambian de criterio a partir de *"Fusari"*. En las causas contra Liderar, donde antes aplicaban la norma, ahora la declaran inconstitucional. **A)** El Dr. Marionsini, en *"Camarada"*¹¹⁰. **B)** El Dr. Zunino, en *"Bustos"*¹¹¹.

Sala 5°: Los tres vocales mantienen su criterio de inconstitucionalidad fijado a partir de *"Albornoz"*¹¹². **A)** El Dr. Manzanares, en *"Sette"*¹¹³. **B)** La Dra. Moreno, en *"Montserrat"*¹¹⁴. **C)** El Dr. Ferreyra, en *"Pedrocca"*¹¹⁵.

Sala 6°: La Sala en pleno cambió su criterio de aplicabilidad del decreto a los casos donde la demandada es ART Liderar, ahora declara la inconstitucionalidad. **A)** La Dra. Vitale, en *"Barrera"*¹¹⁶. **B)** El Dr. Sueldo, en *"García"*¹¹⁷. **C)** La Dra. El Hay, en *"Rojas"*¹¹⁸.

Sala 7°: **A)** La Dra. Mimessi, en *"Allende"*¹¹⁹, declara inaplicable al decreto, por no existir norma en la LRT que limite la responsabilidad del fondo de reserva. Refiere a la primera doctrina del TSJ en los juicios contra Responsabilidad Patronal. **B)** El Dr. Rugani no tiene sentencias post *"Fusari"*; pero en *"Barú Guerrero"*¹²⁰ declaró la inconstitucionalidad del decreto cuando la PMI es anterior a la entrada en vigencia de la norma, cita a *"Rosales"*. **C)** El Dr. Bornancini, tampoco tiene sentencias post *"Fusari"*, pero en *"Núñez"*¹²¹, declaró inaplicable el decreto, conforme *"Rosales"*.

Sala 8°: **A)** La Dra. Saracho Cornet, en *"Gómez"*¹²², mantiene su postura de inconstitucionalidad del decreto, expuesta en *"Reartes"* y agrega cita a *"Fusari"*. **B)** El Dr. Vega, en *"Godoy"*¹²³, mantiene su postura de inconstitucionalidad expuesta también al resolver la apelación en *"Reartes"* (Auto N° 58/18), agrega cita a *"Fusari"*. **C)** El Dr. Segura, en *"Alberio-*

104 CUT, Córdoba, Sala 2°, sent. N° 12, 14/02/2018, "Villarreal c/ ART Interacción", Dr. Cristián Requena.

105 CUT, Córdoba, Sala 2°, sent. N° 53, 03/05/2021, "Pacheco c/ ART Interacción", Dr. Cristián Requena.

106 CUT, Córdoba, Sala 2°, sent. N° 76, 12/08/2020, "Pérez c/ ART Liderar", Dra. Silvia Díaz.

107 CUT, Córdoba, Sala 2°, auto N° 69, 08/04/2021, "Ochoa c/ ART Liderar", Dra. Silvia Díaz.

108 CUT, Córdoba, Sala 3°, sent. N° 93, 28/05/2021, "Maldonado c/ ART Liderar", Dr. Federico Guillermo Provensale.

109 CUT, Córdoba, Sala 3°, sent. N° 90, 21/05/2021, "Coman c/ ART Liderar", Dra. Graciela María del Valle Galoppo

110 CUT, Córdoba, Sala 4°, sent. N° 75, 03/05/2021, "Camarada c/ ART Liderar", Dr. Mauricio Adrián Marionsini

111 CUT, Córdoba, Sala 4°, sent. N° 60, 14/04/2021 "Bustos c/ ART Liderar", Dr. Angel Rodolfo Zunino.

112 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 309, 27/07/2018, "Albornoz c/ ART Interacción", Dr. Julio Francisco Manzanares

113 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 134, 01/10/2020, "Sette c/ ART Liderar", Dr. Julio Francisco Manzanares.

114 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 62, 05/05/2021, "Montserrat c/ ART Liderar", Dra. Ana María Moreno

115 CUT, Córdoba, Sala 5°, sent. N° 105, 28/05/2021, "Pedrocca c/ ART Liderar", Dr. Alcides Segundo Ferreyra.

116 CUT, Córdoba, Sala 6°, sent. N° 132, 13/05/2021, "Barrera c/ ART Liderar" Sala 6°, Dra. Silvia Vitale.

117 CUT, Córdoba, Sala 6°, sent. N° 125, 11/05/2021, "García c/ ART Liderar", Dr. Tomás Enrique Sueldo

118 CUT, Córdoba, Sala 6°, sent. N° 132, 14/05/2021, "Rojas c/ ART Interacción", Dra. Nancy N. El Hay.

119 CUT, Córdoba, Sala 7°, sent. N° 57, 11/05/2021, "Allende c/ ART Liderar", Dra. Valeria E. Mimessi.

120 CUT, Córdoba, Sala 7°, sent. N° 106, 13/07/2020, "Barú Guerrero c/ ART Liderar", Dr. José Luis Emilio Rugani.

121 CUT, Córdoba, Sala 7°, sent. N° 354, 30/07/2019, "Núñez c/ ART Interacción", Dr. Arturo Bornancini.

122 CUT, Córdoba, Sala 8°, sent. N° 95, 28/05/2021, "Gómez c/ ART Interacción", Dra. Teresita Nelly Saracho Cornet.

123 CUT, Córdoba, Sala 8°, sent. N° 51, 22/04/2021, "Godoy c/ ART Liderar", Dr. Jorge Alberto Vega

ne¹²⁴”, cambia su criterio minoritario expuesto en “Reartes” y declara inconstitucional al decreto, aplicando así el criterio de la mayoría de su Sala.

Sala 9°: **A)** El Dr. Tosto, en “Villarreal¹²⁵”, declaró al decreto inaplicable, refiere a “Rosales” y “Monzón” del TSJ. **B)** El Dr. Godoy, en “Salguero¹²⁶”, también declaró al decreto inaplicable y citó a “Fusari”. **C)** La Dra. Ledesma, en “Oliva¹²⁷”, declaró inaplicable al decreto y refirió al criterio del TSJ en “Monzón”.

Sala 10°: Ambos vocales cambiaron su criterio -dejándolo a salvo- en las causas donde la demandada es ART Liderar. **A)** El Dr. Alberti, en “Altamirano¹²⁸”. **B)** El Dr. Horacio A. Saad, en “Burgos¹²⁹”.

Sala 11°: La Dra. Garnero, previo a Fusari, en “Flores¹³⁰”, declaró inconstitucional el decreto 1022/17 y refirió al criterio del TSJ en “Monzón”. Luego de “Fusari”, en “Conti¹³¹”, declaró inaplicable el decreto en las causas contra Interacción.

Aquí finaliza el análisis de la evolución jurisprudencial en materia de costas en los juicios en contra de una ART liquidada. La intención fue exponer la evolución de los criterios jurisprudenciales del TSJ y de las distintas salas de la CUT de Córdoba.

XIV. Conclusiones

A lo largo del presente se han abordado, a partir de la jurisprudencia cordobesa, la actuación procesal del FdR, el funcionamiento del referido fondo, así como las prestaciones accesorias que comprenden los créditos a satisfacer, en especial vinculados a intereses y costas.

En cuanto a la actuación procesal del FdR, resulta difícil dimensionar al día de la fecha en qué medida la irrupción de la resolución 396/2020 impactará en la jurisprudencia provincial. A pocos meses de su vigencia, son pocos los tribunales que la han considerado y desde ya queda expuesta la disparidad de criterios. Los conflictos interpretativos con cuestiones constitucionales involucradas han ocurrido con distintas reglamentaciones relacionadas al FDr. Ésta no parece ser la excepción. Respecto de la condena o no a la gerenciadora tras el dictado de la resolución 396/2020, deberemos esperar las próximas resoluciones de la CUT y del TSJ para evaluar su impacto en la jurisprudencia y evaluar cuál resulta ser el criterio que se consolida al respecto.

Por el contrario, en lo referente a las costas y en menor medida en cuanto a los intereses aplicables, la jurisprudencia tiende a unificarse a partir de los precedentes del TSJ, advirtiéndose en los últimos meses una clara tendencia en este sentido.

124 CUT, Córdoba, Sala 8°, sent. N° 74, 05/05/2021, “Alberione c/ ART Interacción”, Dr. Sergio Oscar Segura.

125 CUT, Córdoba, Sala 9°, sent. N° 77, 04/05/2021, “Villarreal c/ ART Interacción”, Dr. Gabriel Alejandro Tosto

126 CUT, Córdoba, Sala 9°, sent. N° 81, 11/05/2021, “Salguero c/ ART Interacción”, Dr. Daniel Jorge Godoy.

127 CUT, Córdoba, Sala 9°, sent. N° 89, 14/05/2021, “Oliva c/ ART Liderar”, Dra. Patricia Ledesma

128 CUT, Córdoba, Sala 10°, sent. N° 46, 07/05/2021, “Altamirano c/ ART Liderar”, Dr. Huber Oscar Alberti

129 CUT, Córdoba, Sala 10°, sent. N° 55, 19/05/2021, “Burgos c/ ART Interacción”, Dr. Horacio A. Saad.

130 CUT, Córdoba, Sala 11°, auto N° 30, 23/03/2021, “Flores c/ ART Liderar”, Dra. Eladia Teresa Garnero.

131 CUT, Córdoba, Sala 11°, sent. N° 53, 03/05/2021, “Conti c/ ART Interacción”, Dra. Eladia Teresa Garnero.

LA CADUCIDAD EN LAS LEYES PROVINCIALES DE ADHESION A LA LEY 27.348

Ana María Salas¹

Sumario: I.- Nociones preliminares. II.- La caducidad en el Código Civil y Comercial. III.- La caducidad en las leyes provinciales de adhesión a la ley 27.348. IV.- Argumentos que ponen en crisis los plazos de caducidad de las legislaciones provinciales. V.- La conclusión final que genera el tema.

Resumen: La ley 27.348 invitó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a las disposiciones contenida en el Título I de la ley (art. 4) . Esa adhesión importó la obligatoriedad de la intervención de las comisiones médicas jurisdiccionales con carácter previo y excluyente. Por ello los trabajadores deben necesariamente solicitar la definición de esos organismos del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo.

Algunas provincias al dictar las leyes de adhesión establecieron un plazo de caducidad para acceder a la instancia judicial. El análisis de esa caducidad es lo que se propone realizar en el presente trabajo con el objeto de verificar la compatibilidad del instituto con la Constitución Nacional y tratados internacionales que integran el Bloque de Constitucionalidad Federal (art. 75, inc. 22 de la CN).

Palabras clave: Caducidad. Plazo. Inconstitucionalidad. Inconvencionalidad. Adhesión

I.- Nociones preliminares

El instituto de la caducidad pone en debate la importancia que tiene el tiempo en el derecho y las dificultades que generan las regulaciones que tratan la temática, sobre todo cuando a través de las mismas se define el nacimiento o la extinción de derechos.

Corresponde advertir que la caducidad que será tratada es la de naturaleza exclusivamente sustancial. Queda fuera toda referencia a la caducidad de naturaleza procesal, aún cuando en alguna parte del estudio se haga referencia a disposiciones establecidas en los códigos procesales.

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 UNCuyo). Autora de artículos y trabajos de la especialidad en obras colectivas e individuales.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8490-1134>.E- mail: amsalas9295@gmail.com

La caducidad en esos términos no resulta ajena al derecho laboral. Por el contrario, ha sido objeto de expresa regulación en diversas disposiciones, como es el caso de la LCT en cuyo art. 67 la establece para los supuestos de impugnación de medidas disciplinarias; art. 157 donde está prevista para los casos en que se omitiera la comunicación de la fecha de otorgamiento de las vacaciones anuales ordinarias; art. 200 establecida en relación a la adaptación ambiental del lugar de trabajo a los fines de calificar las tareas o condiciones del lugar; art 207, prevista para los casos de francos compensatorios; arts. 214, 215 y 217, determinada para el supuesto de reincorporación de los trabajadores cuyos contratos fueron suspendidos por razones de convocatoria al servicio militar, desempeño de cargos electivos ya sea de orden político o representativos en asociaciones sindicales o en organismos que requieran representación sindical; entre muchos otros más.

También la encontramos receptada en algunos estatutos profesionales como el de viajante de comercio (ley 14.546) respecto de la aceptación de la nota de venta cuando la misma no es objeto de rechazo expreso por el empleador (art. 5); o en el de trabajadores de la construcción (ley 22.250) respecto de la percepción del fondo de desempleo (arts. 20 y 24). Además de leyes específicas como es el caso de la Ley Nacional de Empleo (ley 24.013) donde se admite el instituto respecto al derecho de percibir la sanción establecida en los arts. 8, 9 y 10, cuando no se cursa el emplazamiento establecido en el art. 11 en los términos y condiciones en él establecido.

Cabe tener presente que LCT claramente determina en el art. 259 que *"...no hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley..."*.

Pero en los aspectos no reglamentados será necesario recurrir a la regulación que sobre la materia contiene el Código Civil a condición de que resulten compatibles con los principios generales del Derecho del Trabajo.

Es que la caducidad no es un instituto propio del derecho laboral, sino que tiene raigambre civil.² Por ello resulta de interés realizar un somero estudio de la regulación efectuada en el ámbito del CCyCom. luego de su modificación por ley 26.994. Y aquí nos encontramos con el "novedoso" tratamiento de la caducidad en los arts. 2566 al 2572, correspondientes al Título I del Libro Sexto.

Afirmamos que es una innovación normativa porque el Código de Vélez no contenía ninguna norma que regulara la caducidad con alcance general, aún luego de la reforma del año 1968. No se tuvo en cuenta la sistematización que el Código italiano de 1942 realizó en el capítulo referido a la "decadenza" y ello obligó a un esfuerzo por parte de la doctrina y jurisprudencia que permitió diseñar el instituto en las condiciones de su vigencia actual.

II.- La caducidad en el Código Civil y Comercial

El CCyCom. trata el instituto en forma genérica y con alcance universal. Ello es así porque la reforma introducida por la ley 26.994 tuvo por objeto la adecuación conceptual y metodológica a lo que el derecho de la época reclama. En ese entendimiento las normas contienen principios que permiten la flexibilización de su interpretación y aplicación en

2 MADDALONI, Osvaldo A. y TULA, Diego Javier: "Breves anotaciones sobre la prescripción y la caducidad en el Código Civil y Comercial y su impacto en el Derecho del trabajo", Cita: RC D 997/2017. Tomo: 2015 2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - I. Revista de Derecho Laboral.

función de los cambios sociales que el devenir de los tiempos produce.³

Es decir que se evitaron las soluciones casuísticas lo que lleva a que, ante la ausencia de regulación específica, será el juez quien deberá definir el caso concreto conforme los lineamientos legales, constitucionales y los establecidos por los tratados internacionales, especialmente aquellos que fueron incorporados en el art. 75, inc.22 de la CN luego de la reforma constitucional del año 1994.

Lo expuesto pone en evidencia el desafío que importa para la doctrina y jurisprudencia quienes, en la práctica, asumirán el trabajo de delinear la interpretación y aplicación del instituto a las situaciones que en concreto se presenten, respondiendo a las exigencias de los nuevos tiempos en el marco legal indicado.

a- Lineamientos generales

La lectura de la sistematización de la temática efectuada en el CCyCom. permite sintéticamente definirla y caracterizarla, así como diferenciarla de la prescripción, donde el tiempo también pasa a ser un elemento clave del derecho en juego.

En primer lugar se observa, como ya afirmamos, que el CCyCom. regula la caducidad en términos genéricos, por lo que su aplicación se concreta en los supuestos particulares de ciertos derechos en los que expresamente se recepta. En cambio, la prescripción presenta una mayor vocación de generalidad.

Por otra parte en la regulación de la caducidad se observa una distinción esencial, según se encuentren en juego derechos disponibles o no.

Si el plazo de caducidad se refiere a derechos sustanciales que son de orden público - y por tanto no disponibles-, el plazo de caducidad no puede ser modificado por las partes ni tampoco se admite su renuncia. En este caso los efectos de la caducidad son inalterables, no se suspenden ni interrumpen salvo disposición expresa de la ley (art. 2567).⁴

Cuando está en juego el orden público, la característica del plazo es su fatalidad, por ello la diligencia o prueba de falta de negligencia por parte del interesado no tiene incidencia si el plazo establecido se cumplió.

Esto nos lleva a concluir que, a diferencia de la prescripción, la dispensa no puede ser invocada.

Al estar en juego normas de orden público queda imposibilitada una hermenéutica extensiva o analógica.⁵

Por el contrario, si se trata de derechos disponibles las partes pueden libremente renunciar al plazo de caducidad (art. 2571) y pueden también pactarlos en las condiciones que

3 ÓSSOLA, Federico A "Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Aplicación de la ley en el tiempo". Cita: RC d 841/2017, Tomo: 2015-1 Prescripción. Aplicación del código civil y comercial a las situaciones preexistentes. Revista de derecho privado y comunitario. Rubinzal Culzoni.

4 Un ejemplo lo constituye el art. 16 de la Ley de Defensa del Consumidor. En esta ley al tratar el plazo de garantía se establece que "... El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía legal...".

5 HERNÁNDEZ, Carlos A "El plazo de garantía y caducidad del artículo 1646 del código civil. alcances y antecedentes históricos". Cita: RC D 2753/2012 Tomo: 2004 2 Responsabilidad de los profesionales de la construcción. Revista de Derecho de Daños

determina el art. 2568 del CCyCom., es decir, siempre y cuando no torne excesivamente difícil el cumplimiento del plazo por la parte que le afecte y no se burlen disposiciones legales relativas a la prescripción.

En este caso funciona como impedimento de la caducidad el cumplimiento del acto previsto por la ley o por el acto jurídico y el reconocimiento del derecho realizado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad prevista en un acto jurídico o en una norma relativa a derechos disponibles (art. 2569).

Consecuentemente, tratándose de derechos disponibles, el origen de la caducidad puede ser tanto legal como convencional.

En el tema se ha sostenido que las partes signatarias de convenios colectivos podrían concertar plazos de caducidad con el objeto de ordenar y facilitar el desarrollo de ciertos procedimientos necesarios para garantizar el goce de los derechos que el mismo convenio colectivo reconoce a los trabajadores, siempre que no hagan referencia a derechos irrenunciables del trabajador.⁶

Tanto la caducidad como la prescripción se caracterizan porque a través de ellos se busca otorgar certeza o seguridad jurídica a las relaciones jurídicas después de transcurrido el tiempo establecido. Se intenta impedir que los conflictos de mantengan en forma indefinida en el tiempo.

Pero se diferencia de la prescripción porque la finalidad de la decadencia o caducidad es la confirmación de los emplazamientos, mientras que en la prescripción extintiva es liberar al obligado.⁷

La prescripción extingue la acción pero deja subsistente la obligación en términos éticos o naturales. En este caso la intangibilidad del derecho se mantiene; sólo se priva a su titular de reclamarlo por no haberlo ejercido en el plazo establecido. Mientras que la caducidad determina el fenecimiento o extinción del derecho mismo y consecuentemente también de la acción que se derivada del él (art. 2566).

Esta distinción, lejos de responder a un purismo terminológico, acarrea importantes consecuencias de carácter práctico, tal como que la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez mientras que la prescripción no (art. 2552 del CCyCom.), a excepción de aquellos derechos que sean disponibles.

Otra diferencia entre los dos institutos es el plazo. El mismo es más reducido en la caducidad que en la prescripción.

No obstante ello, se relacionan entre sí porque el derecho afectado a un plazo de caducidad no impide la aplicación de los plazos de prescripción que podría surgir en forma sobreviniente, como por ejemplo cuando la acción intentada fuera rechazada por un planteo de incompetencia, sin que se inste la acción ante el Tribunal competente (art. 2570)

6 MADALONI, Osvaldo A. y TULA, Diego Javier, Prescripción y caducidad en el Derecho del Trabajo, p. 164.

7 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Tratado de Derecho de Familia", Tea, Bs. As., 1953, T.I, N° 320, p. 444, citado KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en "Prescripción y caducidad en el Derecho de Familia" Cita: RC D 2915/2012 Tomo: 1999 22, Prescripción liberatoria. Revista de Derecho Privado y Comunitario.

b.- Una primera conclusión

La omisión de actuar en el plazo de caducidad establecido puede generar la presunción de la falta de necesidad del interesado.⁸

Ello lleva a realizar un esfuerzo a nivel doctrinal y jurisprudencial cuando se encuentran en juego derechos humanos fundamentales y la necesidad de tener en cuenta que siempre se trata de un instituto que es de carácter excepcional y de aplicación restrictiva.

Dado que el plazo de caducidad ataca el derecho mismo y no la acción, por lo menos el plazo de caducidad no debería ser más letal que el plazo de prescripción.

En modo especial debe tenerse en cuenta que, cuando está en juego la protección del derecho a la salud del trabajador, nos encontramos con un derecho fundamental que tiene amparo, como derecho autónomo, en el art.26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es que el derecho a la salud se vincula estrechamente con el derecho a la vida, y sobre todo a una vida sana, productiva y digna. Consecuentemente los desafíos que se presenten deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales asumidas.

III.- La caducidad en las leyes provinciales de adhesión a la ley 27.348

A través de art. 4 de la llamada ley "complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo" n° 27.348 se invitó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir al Título I. Este Título estableció la intervención de las comisiones médicas jurisdiccionales con carácter obligatorio y excluyente, a la que debe concurrir el trabajador, con el debido patrocinio letrado, a fin de definir el carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo.

La adhesión a esta instancia previa no sólo importó la delegación expresa a la jurisdicción administrativa nacional de la totalidad de las competencias necesarias para dar cumplimiento a la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales en los términos indicados, sino también la adecuación de la normativa local necesaria por parte de los Estados provinciales adherentes.

En respuesta a esa invitación algunas provincias dictaron las correspondientes leyes de adhesión con la particularidad de establecer, salvo el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las provincias de Neuquén y Buenos Aires, plazos de caducidad en distinta extensión, conforme el siguiente detalle:

JURISDICCIÓN	NORMA	ART.	DIAS
C.A.B.A.	5946	1	No fija plazo
Córdoba	10.456	3	45 hábiles judiciales
Mendoza	9017	3	45 hábiles judiciales
Río Negro	5253	7	60 hábiles judiciales

⁸ En tal sentido se expide el art. 645 del CPCCN respecto de las obligaciones alimentarias, aunque la deja sujeta a prueba en sentido contrario.

Corrientes	6429	3	45	hábil es judicia les
Jujuy	6056	8		Prescripci ón de ley de fondo
Tierra del Fuego	1199	3	20	hábil es judicia les
San Juan	1709	3	30	hábil es judicia les
Entre Ríos	10.532	5	15	hábil es judicia les
Misiones	VII-86 Dec.117/18	3	60	hábil es judicia les
Formosa	1664	3	90	hábil es judicia les
Salta	8086	80	45	hábil es judicia les
Chaco	2856	3	45	hábil es judicia les
Neuquén	3141	6		No fija plazo
Buenos Aires	14997	1		No fija plazo

Resulta cuanto menos llamativo el avance provincial en la temática dado que la adhesión requerida en el art. 4 de la ley 27.348, sólo se refería al Título I, y en modo alguno en el mismo se establecía un plazo de caducidad.

Dicho en otros términos, no se entiende por qué si en la ley nacional no se estableció un plazo de caducidad, sí lo determinaron la mayoría de las provincias que adhirieron a la ley nacional.

La normativa en cuestión ha generado reacción en el ámbito doctrinal y jurisprudencial en resistencia a su aplicación.

IV.- Argumentos que ponen en crisis los plazos de caducidad de las legislaciones provinciales

Los mismos se dirigen a cuestionar su valor constitucional y convencional.⁹

a.- Valor constitucional

En este caso fundamentalmente se afirma que las leyes en cuestión resultan inconstitucionales por contravenir la disposición contenida en el art. 75, inc. 12 de la CN.

Los Estados provinciales carecen de facultades para restringir temporalmente el ejercicio de los derechos sustanciales cuya regulación corresponde con exclusividad a la Nación. La única excepción admitida es cuando se regulan derechos en el ámbito del Derecho Público Provincial, como sería el caso de las leyes que rigen en materia de empleo público provincial.

En sentido contrario se ha afirmado que no existe apartamiento constitucional por parte de las provincias cuando regulan en materia de caducidad. Consideran que se trata de plazos de caducidad procesal, lo que constituye materia no delegada a la Nación.

⁹ Ver Suprema Corte de Justicia de Mendoza en autos N° 13-04393862-7/1, caratulados: "Herrera Walter Ariel en J: 159.114 Herrera Walter Ariel c/ Provincia A.R.T. SA p/ Accidente p/ REP" de fecha 29/09/2020- voto minoritario-; N° 13-04763017-1/1, caratulados: "Cáceres Emilio Lucas Gabriel en J: 159.729 Cáceres Emilio Lucas Gabriel c/ Provincia ART S.A. p/ Accidente p/ REP" del 06/10/2020 -voto en mayoría- y autos N° 13-04643220-1/1, caratulado: "Lencinas, Droguett Gaston Nicolás en J: 159539 "Lencinas Droguett Gastón Nicolás c/ Provincia ART p/Accidente p/ REP" del 06/11/2020) -voto en mayoría-. También TULA, Diego, "Accidentes de trabajo. Caducidad. Declaración de inconstitucionalidad. Facultades no delegadas. Federalismo. Revista Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Erreius. Junio 2021, p. 499.

Expresamente se ha sostenido que atento en la naturaleza procesal de dicha regulación, deviene como lógica consecuencia que el vencimiento del plazo previsto por la norma adjetiva no extingue el derecho sustancial sino una facultad procesal consistente en articular la impugnación del dictamen de la comisión médica.

Por tanto cada provincia puede ejercer el control judicial de la actividad administrativa estatal y establecer al respecto las consecuencias que acarrea el cumplimiento o incumplimiento en tiempo propio de actos procesales¹⁰

Cabe recordar que el art. 2532 del CCyCom. establece que las legislaciones locales podrían regular la prescripción liberatoria en materia tributaria. Debe entenderse que se refiere al ordenamiento tributario local.

En igual sentido el art. 2560 del CCyCom. determina que el plazo de prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.

La autorización que el CCyCom. determina a favor de las provincias para legislar en materia de prescripción de derechos sustanciales resultaría aplicable al instituto de la caducidad.

Pero ese avance provincial ha sido resistido por la doctrina que acusa la inconstitucionalidad tanto del art. 2532 como del agregado introducido por la Comisión Bicameral al art. 2560.¹¹

En igual sentido y respecto a la perspectiva tributaria la CSJN ha mantenido la doctrina referida a la inobjetable facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, y en general todas las que juzguen conducentes a sus bienes y prosperidad, sin más limitaciones que las emanadas del art. 108 de la Constitución (Fallos 7:373); siendo la creación de tributos en todas sus especies, la elección de hechos imponible como hipótesis de incidencia tributaria y las formalidades de percepción, de resorte exclusivo de las provincias, cuyas facultades son amplias y discrecionales. De este modo, el criterio de oportunidad o de acierto con que la ejerzan no es cuestión revisable por cualquier otro poder (Fallos 51:350, 105:273, 114:262, 137:212, 150:419, 174:353), ya que es esencial a la autonomía de las provincias, la facultad de imponer contribuciones y percibir las sin intervención alguna de autoridad extraña (Fallos 114:282).¹²

Pero también ha aclarado que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (doctrina de Fallos: 176:115, 226:727, 235:571, 275:254, 311:1795 y los citados en éste, entre otros). Y que la facultad del Congreso Nacional para

10 Conf. "Guarnera, Miriam Gabriela c/ Experta ART", Fiscalía de Cámara Civil, Comercial y Laboral. Sala 7- Sec. 13 de la Cámara del Trabajo. Córdoba 22-10-19. También voto en minoría CNAT, Sec. 13 Sala VII.

11 Sobre el tema ver: ÁBALOS, María Gabriela "¿El fin de la doctrina Filcrosa? A propósito de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en L. L. del 31-03-2015, Supl. Const., marzo de 2015, p. 6; SALAS, Luis M., "La prescripción de tributos provinciales y municipales y el Código Civil y Comercial", en L. L. Online, AR/DOC/3711/2014; SOLER, Osvaldo H., "Prescripción de la acción del fisco con relación a obligaciones tributarias", en L.L. Online, AR/DOC/1478/2013.

12 Colli, Hernán A y Dufourc, Benjamín "El nuevo Código Civil y Comercial y la prescripción liberatoria en materia de tributos locales" elDial.com - DC2552 publicado el 12-06-18.

dictar tales códigos comprende la de establecer las formalidades necesarias para hacer efectivos los derechos que reglamenta.¹³

Por ello se ha afirmado que los poderes constituidos no pueden arrogarse facultades propias del poder constituyente, alterando lo que éste ha determinado en la Constitución. Si conforme a ésta, a tenor de la doctrina de la Corte Suprema, del texto expreso del art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional deriva la implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza, resulta írrita la legislación que importa desplazar la Constitución para delegar en los gobiernos locales facultades que la Carta Magna le ha asignado al Gobierno Federal."¹⁴

Lo expuesto resulta aplicable a las normas sobre caducidad establecida por las leyes provinciales supra individualizadas.

La inconstitucionalidad del plazo de caducidad establecido por las leyes provinciales se impone también en la medida en que se obstruye el control de la actividad jurisdiccional de la Comisión Médica Jurisdiccional por el Poder Judicial.

En nuestro país pacíficamente se ha aceptado que el legislador pueda atribuir competencia jurisdiccional a organismos o entes administrativos (CSJN Fallos: 247:646; 253:485; 301:1103) pero sujeto a diversas condiciones que limitan su ejercicio.

Los principios que rigen tal atribución es el de "excepcionalidad" y de "interpretación restrictiva".

La excepcionalidad es consecuencia de la regulación constitucional conforme la cual la función jurisdiccional es atribución del Poder Judicial (arts. 75 inc. 12, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional). Por lo tanto, los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Es decir que la atribución de esa facultad debe hacerse a través de leyes dictadas por el congreso o legislatura provinciales y tal atribución debe realizarse en situaciones excepcionales que razonablemente lo justifique, lo que lleva a concluir que las leyes dictadas en estas condiciones son de interpretación restrictiva (CSJN Fallos: 234:715; 290:237).

En cuanto a las condiciones que justifican la validez constitucional de la atribución de facultades jurisdiccionales a organismos administrativos podemos sintetizarlas en: 1- Ley especial que lo disponga; 2- Razonabilidad de la ley; 3- Imparcialidad del organismo que ejerza la función y 4- Revisión judicial posterior. (Conf. CSJN "Elena Fernández Arias y otros c/ José Poggio", Fallos 247:646 y autos n° 750- 002119/96. A. 126. XXXVI. "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos" de fecha 5 de abril de 2005).

13 CSJN, "Sandoval, Héctor c/Provincia del Neuquén", Fallos 320:1344. También en "Recurso de hecho deducido por Abel Alexis Latendorf (sindico) en la causa Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda" Fallos 326:3899, de fecha 30-09-03.

14 SPISSO, Rodolfo R. "Prescripción liberatoria de tributos provinciales en el Código Civil y Comercial" LL 01-12-2014, 1 • LL 2014-F, 1237. Cita Online: AR/DOC/4281/2014.

El plazo de caducidad establecido por las leyes provinciales de adhesión impide el control judicial posterior y distrae del conocimiento judicial el debate que resulta de su incumplencia constitucional.

No podemos olvidar que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales conocida como Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador de Bogotá de 1948, fruto de la Resolución XXIX de la 9ª Conferencia Interamericana, determinó que "... En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de conflictos..." (art. 36).

Los plazos de caducidad establecidos por las provincias burlan esa jurisdicción.

b.- Valor convencional

En una apretada síntesis las razones para cuestionar la validez de los plazos de caducidad en estudio serían los siguientes:

1.- Se viola el acceso a la justicia y tutela judicial: Este derecho humano fundamental se encuentra receptado en el art. 8 de La Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto establece que "... Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley..." .

En igual sentido se expide el art. 8 .1 -Garantías Judiciales- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- al disponer que "... Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..." .

Y también en su art. 25 -Protección Judicial- se establece que "...1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso..." .

De manera tal que los Estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y las estructuras que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁵

En forma clara las leyes provinciales indicadas violan estos convenios internacionales que integran el bloque constitucional previsto en el art. 75, inc. 22 de la CN.

15 CIDH, Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras", sentencia de fecha 29-07-88. Serie C n° 4-165, Caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile", sentencia 26-09-06. Serie C n° 154-11; Caso "Contreras y otros Vs. El Salvador", sentencia 31-08-11, entre muchas otras.

2.- Se viola la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -ratificado por ley 26.378- por la que se establece la necesidad de introducir adaptaciones y reforzar la protección para que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos a la salud, la educación, la accesibilidad y el trabajo.

3.- Se viola la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -ratificado por ley 25.280-, por que el se insta a los países a adoptar "las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

4.- Se viola "Las Reglas de Brasilia" donde se establece como beneficiarios a quienes se encuentran en condición de vulnerabilidad por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, y que tienen especiales dificultades, e imponen a los magistrados diversos deberes tendientes a "promover las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad (art. 25); revisar "las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin" (art. 33); y adoptar las "medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto" (art. 38); impulsar formas alternativas de resolución de conflictos (art. 43), entre otras medidas que tienen por principal objetivo garantizar a las personas "el pleno goce de los servicios del sistema judicial" (art.1).

Se debe tener presente que los plazos de caducidad establecidos por las leyes provinciales de adhesión están destinados a aquellos sujetos que pretenden una decisión judicial que evalúe la decisión administrativa que cuestiona; es decir, trabajadores que gozan de preferente tutela constitucional (CSJN "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA S.A.") y que además, sufren alguna incapacidad que merece ser reparada.

Por último también se deberá tener presente que desde la sentencia en el caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile", la CIDH se ha pronunciado reiteradamente en el sentido que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el Tratado, sino también la interpretación del mismo que ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.

Más tarde, la Corte utilizó en varios casos un concepto más amplio exigiendo que el Poder Judicial ejerza un control de convencionalidad "ex officio" entre las normas internas y la Convención Americana.¹⁶

16 CIDH "Almonacid Arellano y otros versus Chile", sentencia del 26-09-06. Serie n° 154-124; Caso "Trabajadores Cesanteados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú", sentencia 24-11-06 Serie C, n° 158-128; Caso "Radilla Pacheco Vs. México", sentencia 23-11-09, Serie C, N° 209-339; Caso "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia", sentencia 01-09-10, Serie C, N° 217-202; Caso "Gelman Vs. Uruguay", sentencia 24-02-11. Serie C n° 221-193; Caso "Mendoza y otros Vs. Argentina", sentencia 14-05-13, Serie C n° 260-221, entre muchas otras. En igual sentido CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", 27-11-12.

V.- La conclusión final que genera el tema

Los plazos de caducidad establecidos por las leyes provinciales de adhesión a la ley 27.348 cuanto menos representa una regresión en la legislación laboral.

Ni la legislación existente en la materia con anterioridad al dictado de la ley 27.348 ni en esta misma ley se han establecidos plazos de caducidad.

La Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”.¹⁷ Situación que no se observa en el tema analizado.

La dimensión progresiva de protección de los Derechos Humanos incluye un sentido de progreso que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos.

Las leyes provinciales citadas, lejos de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos de los trabajadores que han sufrido un daño en su integridad personal, los sanciona con la pérdida total del derecho que le asiste que no es otro que el de lograr la plena efectividad del derecho a la salud y la reparación adecuada de las incapacidades sufridas.

También en la práctica se produce una discriminación injustificada en dos aspectos: Uno referido a los trabajadores vinculados por relaciones laborales no registradas con empleadores alcanzados por el régimen de riesgos de trabajo (art. 1 de la ley 27.348) quienes gozan de una plena garantía judicial o tutela judicial efectiva en desmedro de aquellos que se encuentran en relaciones laborales legalmente formalizadas.

Y otro referido a la falta de adhesión por un número importante de provincias, como es el caso de Chubut, Santa Cruz, San Luis, La Pampa, La Rioja, Tucumán, entre muchas otras. Ello determina una desventajosa e injustificada situación peyorativa para de los trabajadores de las provincias que sí adhirieron, por la flagrante violación del derecho de igualdad ante la ley que prescribe el art. 16 de la CN y la prohibición de discriminación que establece el art. 17 de la LCT .

La misma situación se produce respecto de las provincias que adhirieron a la ley 27.348 pero sin establecer plazos de caducidad, como es el caso de las provincias de Neuquén, Buenos Aires, Jujuy y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Todo ello sin perjuicio de la inexplicable variedad de plazos establecidos en forma disímil por cada provincia.

Sin duda que la temática abordada presenta planteos que motiva debates relevantes que exceden el puntual análisis efectuado. Ése es el motivo que invita a redoblar el esfuerzo en la búsqueda de soluciones que haga que la protección laboral

17 CIDH Caso “Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú”, sentencia de fecha 01-07-09. Serie C No. 198, párr. 103, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú”, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en fecha 27-03-09, párrs. 140 a 147.

EL SISTEMA SINDICAL ARGENTINO: UN MODELO PARA ARMAR¹

Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Amparo", 4 de Marzo de 2021

Franco Giavedoni²

Sumario: I.- El fallo comentado: "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Amparo". La plataforma fáctica. II.- La resolución de la CSJN. III.- El comentario del autor. III.1. La libertad sindical y sus restricciones. III.2 La normativa nacional y supranacional vinculada al caso. III.3 La inconstitucionalidad del art. 38 LAS. Sus fundamentos. IV.- Reflexión final

Resumen: El autor comenta un fallo en el cual una entidad sindical con simple inscripción demanda por la vía de amparo en procura de obtener una resolución jurisdiccional que obligue a los empleadores de sus afiliados a actuar como agentes de retención de la cuota sindical, equiparándolo en este sentido, con aquellas entidades sindicales con personería gremial.

Palabras clave: Libertad sindical-Simple inscripción-Cuota sindical- Unidad promocionada.

I.- El fallo comentado "Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. S/ amparo". La plataforma fáctica

1.- La Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura (en adelante A.P.S.A.I.) dedujo acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art.38 de la ley de asociaciones sindicales N° 23.551.

Como argumento central sostuvo que la norma mencionada resulta contraria al art.14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1 62/Modelo para armar, es la tercera novela del escritor argentino Julio Cortázar, publicada en 1968. Escrita a partir de una idea esbozada en el capítulo 62 de su anterior novela, Rayuela, es a menudo considerada la obra más experimental del autor. De allí la elección del título del presente comentario dado que el entramado normativo que regula el sistema sindical argentino debe necesariamente ser tamizado con las enseñanzas que aporta la experiencia vivida.

2 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 por la UNC-UCC-UL. Magister en Derecho Empresario por la UBP. Asesor Sindical.

Cabe aclarar que A.P.S.A.I. es una entidad sindical de primer grado con simple inscripción en los términos de los art.21 y 22 de la ley de asociaciones sindicales N° 23.551, cuyo ámbito de representación está dado por la actividad que desarrollan sus afiliados.

Con la acción intentada, la actora pretendía obtener una resolución jurisdiccional que obligue a Autopistas del Sol S.A. a actuar como agente de retención de la cuota sindical de sus afiliados a partir de la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551.

Así las cosas, la acción de amparo interpuesta tramitó en primera instancia por ante el Juzgado Nacional del Trabajo N° 43, el cual resolvió hacer lugar a la acción declarando la inconstitucionalidad del art.38 de la ley de asociaciones sindicales N° 23.551 .

La resolución tuvo como fundamento central las previsiones del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, la supralegalidad del Convenio N° 87 de la OIT y el carácter vinculante de las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de dicha organización.

2.- Contra dicho pronunciamiento, la demandada Autopistas del Sol S.A., dedujo recurso de apelación que fue concedido y tramitado ante la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Sostuvo la demandada que el fallo de primera instancia resultaba arbitrario por no corresponderse con una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa y del derecho vigente.

Argumento su posición en la literalidad del art.38 de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551.

Sostuvo que la norma es clara al decir que la obligación de retención de cuotas sindicales ha sido impuesta únicamente en relación a los afiliados de entidades sindicales con personería gremial quedando excluidas, por ende, aquellas que solo cuentan con simple inscripción.

Sostuvo la demandada que la sentencia del Sr. Juez de primera instancia era violatoria del derecho vigente y que declaraba una inconstitucionalidad en abstracto dado que la parte actora no había demostrado los perjuicios concretos que le ocasionaba la normativa vigente.

Alegó también que la sentencia de primera instancia había inobservado lo previsto por el art.24 del decreto 467/88 (modif. del art.38 Ley N° 23.551) en cuanto se requiere que para que la obligación de retener sea exigible la asociación sindical debe comunicar la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que la dispone, con una antelación no menor a diez (10) días al primer pago al que resulte aplicable.

La alzada, desestimó los argumentos esgrimidos por la demandada y resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo deducido por APSAI, compartiendo los argumentos esgrimidos en dicha resolución.

3.- Contra dicha decisión, la demandada Autopistas del Sol S.A. interpuso recurso ex-

traordinario federal cuya denegatoria dio origen al recurso de hecho que a la postre motivaría el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II.- La resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Haciendo propio el dictamen del Sr. Procurador Fiscal, la Corte consideró por mayoría que los agravios constituían cuestión federal suficiente dado que se había cuestionado la validez constitucional de una ley del Congreso (ley 23.551) y que la decisión había sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, ley 48).

La disidencia fue planteada por el ministro Dr. Lorenzetti quién consideró que el recurso extraordinario que motivare la queja era inadmisibles en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Habilitada la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se planteó como cuestión a determinar si el artículo 38 de la ley 23.551, al establecer que los empleadores están obligados a actuar como agentes de retención de las cuotas sindicales únicamente respecto de trabajadores afiliados a sindicatos con personería gremial, vulnera la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el art. 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados, lesiona la libertad sindical en su faz individual y colectiva, por lo que resulta inconstitucional; por lo que se resolvió hacer lugar a la acción intentada y declarar la inconstitucionalidad de la norma. Los argumentos dados, conforme se expresa infra, giran en torno a las previsiones del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

III.- El comentario del autor

III.1. La libertad sindical

1.- No caben dudas que – empleando términos propios del derecho penal –el *bien jurídico protegido* por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente que se analiza ha sido el principio de la libertad sindical.

Debido a las múltiples derivaciones del mismo y los diferentes sujetos que los ostentan, puede decirse que son pocos los casos en los que la doctrina aporta un concepto de libertad sindical con vocación de generalidad y abstracción de todo marco normativo.

No obstante, una aproximación al mismo 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

Parafraseando lo que se sostuvo en otra oportunidad⁴, la libertad sindical, entendida como

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

4 GIAVEDONI, Franco, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación profundiza restricciones a la libertad sindical en tiempos de emergencia ocupacional”, Rev. de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral de la UBR Año 2 N° 2, agosto 2020.

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 su faz individual, siguiendo a Mario E. Ackerman⁵, puede decirse que la libertad sindical es el derecho de los trabajadores y de los empleadores a crear organizaciones sindicales, a afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de ellas y a desarrollar todas las acciones que resulten necesarias para el ejercicio de tales derechos y para la defensa y promoción de sus intereses colectivos, sin interferencias ni necesidad de autorización previa.

Por el contrario, en su faz colectiva, la libertad sindical adquiere una fisonomía "institucional" dado que apunta al derecho de las organizaciones de empleadores y de trabajadores a crear organizaciones de grado superior, a afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de ellas, y a desarrollar sus actividades sindicales de gestión interna y externa sin interferencias.

Cabe aclarar que, a lo largo de la historia, hemos asistido a diferentes tipos de limitaciones al derecho de libertad sindical, provenientes tanto del derecho como de los hechos suscitados a partir de las pujas de poder intersindicales o de los intereses contrapuestos entre los representantes de los trabajadores y las representaciones empresarias.

En el precedente que se analiza se encuentra comprometida la libertad sindical en su doble dimensión individual y colectiva.

La injerencia *arbitraria* del Estado (Poder Legislativo) a partir del dictado de una norma (art. 38, ley 23.551) que entorpece la percepción de las cuotas sindicales de las organizaciones simplemente inscriptas afecta su autonomía gremial y acaba por inducir la afiliación en favor de aquellas que ostentan personería gremial.

La libertad sindical como abstracción se materializa a partir de los derechos y garantías que derivan de ella y que se traducen, en lo que aquí interesa, en la posibilidad que tienen las organizaciones sindicales de autodeterminarse, de organizar su administración, de *administrar su patrimonio y formular su propio programa de acción*.

Por ello es que, en doctrina, se sostiene que la libertad sindical tiene un aspecto positivo entendido como ampliación de capacidades y recursos y un aspecto negativo, que supone limitaciones o restricciones a los poderes que ostentan los demás (Estado, empleadores y otros sindicatos).

Ahora bien, no debe perderse de vista que la *libertad sindical constituye una especie de regla de derecho consuetudinario internacional, por encima incluso del alcance de los convenios e incluso de la adhesión a tal o cual organización internacional*⁶.

Ello da cuenta de la imperiosa necesidad de que sea reconocida y garantizada por los ordenamientos jurídicos nacionales y que – como el caso que nos ocupa – cuando sea arbitrariamente restringida o indebidamente limitada, deban activarse los mecanismos legales previstos para su corrección.

5 ACKERMAN Mario E., Tratado de Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, Tomo VII, p. 47.

6 VON POTOBOSKY, Geraldo W., EL Convenio N° 87, su impacto y la acción de la OIT, en RIT, vol. 117 (1998), N° 2, ps. 217 y ss., esp. P. 218.

En el caso, es casualmente una limitación impuesta por una fuente normativa la que es pasible de reproche constitucional.

Por ello es que se pregona que la regulación estatal se limite a los aspectos estructurales y organizativos, adoptando criterios de acompañamiento y apoyo, pero absteniéndose de imposiciones coactivas o diferenciamientos arbitrarios.

2.- Existen en la experiencia mundial diferentes tipos de modelos sindicales asociados a diferentes realidades socio jurídicas, surgidas de diversas prácticas e historias de los pueblos.

Ahora bien, ha quedado claro que todo modelo sindical, con independencia del que se adopta, debe tener como eje de protección la libertad sindical y prever garantías que aseguren su respecto.

En general, la discusión gira en torno a las virtudes y carencias de los modelos de unicidad o pluralidad sindical.

Se ha dicho, con acierto, que la unidad sindical genera mayor efectividad de la acción y mayor concentración de fuerzas evitándose la dispersión y competencia mutua por la obtención de mayores espacios de poder⁷.

Desde otro costado, la pluralidad sindical, es la que mejor se ajusta al principio de libertad sindical en sentido amplio, favoreciendo la gestación de diversas opiniones, incentivando la participación y el debate sindical y fomentando la participación de los trabajadores.

Por el contrario, la unicidad – a diferencia de la unidad entendida como hecho sindical espontáneo – es impuesta por la ley y genera rispideces con el principio que se viene analizando.

3.- En el caso de la República Argentina, se ha optado a partir de la sanción de la ley 23.551 por un modelo sindical de “exclusividad mayoritaria” y “unidad promocionada” a partir de la asignación de funciones y derechos exclusivos a las organizaciones sindicales más “representativas”.

Se deja a salvo algún antecedente de “apertura” en el caso de empleados públicos entre la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) donde se reconoció la posibilidad de actuación conjunta sobre base proporcional.⁸

La diferenciación entre unas y otras organizaciones se genera a partir del otorgamiento de la correspondiente personería gremial mediante resolución emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación en su calidad de autoridad de aplicación de la ley 23.551.

El Sindicato que la obtiene, ostenta como se dijo, aquellos derechos exclusivos previstos en el art. 31 de la Ley 23.551 entre los que se listan: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores; b) Par-

7 KROTOSCHIN, Ernesto, Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1981, Tomo II, p. 35.

8 Ver resolución 255/2003 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

ticipar en instituciones de planificación y control de conformidades con lo que dispongan las normas respectivas; c) Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social; d) Colaborar con el Estado en el estudio y solución de los problemas de los trabajadores; e) Constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades; f) Administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo.

A ello se suman otras preferencias y ventajas exclusivas en favor de los sindicatos que obtienen la personería gremial y que han merecido múltiples declaraciones de inconstitucionalidad y observaciones internacionales por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, tales como las previstas en los arts. 28, 29, 30, 38, 39, 48 y 52 de la Ley N° 23.551 y art.21 del decreto-reglamentario N° 467/88.

4.- El reproche internacional vino, principalmente, por los reparos que la normativa interna de la República Argentina generaba en relación a los Convenios 87 y 98 de la OIT. Casualmente, el primero de ellos ha sido especialmente considerado en el dictamen del Sr. Procurador Fiscal que la CSJN adopta como propio en el precedente que se analiza.

El Convenio N° 87 llamado *“Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”* (aprobado por la ley 14.932 y ratificado el 18 de enero de 1960) de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los trabajadores y a los empleadores, sin distinciones y sin necesidad de autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a estas organizaciones (art. 2).

Su art.3 impone a las autoridades públicas una obligación de abstención frente a toda clase de intervención que tienda a limitar la libertad para elegir a sus representantes, organizar su administración, administrar su patrimonio, redactar y modificar sus estatutos, autodeterminar su plan de acción, entre otros.

Ello se ve reflejado en el propio artículo 6° de la ley 23.511 que establece que: *“Los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones y toda persona física o jurídica deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales, más allá de lo establecido en la legislación vigente.”*

Aquí ingresamos en el terreno de la *autonomía sindical* cuyo reconocimiento y preservación resulta indispensable para alcanzar la plena vigencia del principio de libertad sindical.

Por su parte, el art. 8, inciso 2 del Convenio N° 87 establece que la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente convenio (sentido negativo) y el art.11 dispone el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para preservar el ejercicio del derecho de sindicación.

De hecho el propio Comité de Libertad Sindical del Consejo de administración de la OIT ha reflejado en la resolución de los casos sometidos a su decisión un criterio estricto en salvaguarda de la libertad y la autonomía sindical.

En palabras de Noemí Rial y Víctor Guida, *“es indudable que la ratificación del Convenio N° 87 por parte de nuestro país obliga al gobierno a garantizar que los actos propios o ajenos respeten los principios de libertad y autonomía sindical”*⁹

5.- En el orden interno, no puede desconocerse la doctrina de la C.S.J.N. que ha establecido a lo largo del tiempo *“pautas constitucionales”* que fueron incluso utilizada para la resolución del precedente que se analiza.

El polifacético principio de libertad sindical ha confrontado – y continúa haciéndolo – con múltiples aspectos de nuestra normativa interna motivando pronunciamientos judiciales que – como el que se analiza – han buscado dar cumplimiento con el rol garantista de la libertad sindical internacionalmente asumido por el estado argentino.

El alto intervencionismo judicial en la materia se debe al correlativo alto grado de regulación existente en cuestiones sindicales, lo que incide a la postre en un desaconsejable incremento del poder administrador.¹⁰

Se advierte como es que el Estado se autocoloca como un actor más del modelo sindical ocupando en muchos casos un rol protagónico cuando en realidad, la lógica del sistema le asigna un libreto abstencionista.

Así por ejemplo, se encuentran entre los precedente citados por la CSJN el caso “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales (Fallos 331:2499) por el cual se tachó de inconstitucional el inciso a) del art.41 de la Ley 23.551.

Allí se reconoció el carácter complejo de la libertad sindical en tanto derecho humano fundamental de titularidad individual y colectiva, sin soslayar que la garantía simultánea es la que da operatividad a este derecho (consid. 3º, 6º, 7º y 9º) y que el condicionamiento legal (calificado por la propia Corte como “monopolio”) que impide a los sindicatos simplemente inscriptos participar de las elecciones de delegados desnaturaliza al sujeto sindical sin personería gremial impidiendo el desarrollo de uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas (consid. 9º).

Otro de los precedentes que cita el dictamen del Sr. Procurador Fiscal al que adhiere la CSJN en el caso que nos ocupa es el caso “Rossi Adriana María c/ Estado Nacional- Armada Argentina s/ Sumarísimo” (Fallos: 332:2715) donde se invalidó la imposibilidad de asumir el rol de delegado que pesaba en los afiliados a sindicatos simplemente inscriptos.

Allí se argumentó que a partir del favorecimiento o desfavorecimiento de algunas organizaciones frente a otras, los gobiernos podrían influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse (consid. 8º) lo que en palabras de Seco¹¹ obliga a pensar sobre los *límites al reconocimiento de derechos privativos a los sindicatos más representativos* – con la consiguiente participación de los demás sindicatos en los restantes – y en la *distinción entre los monopolios impuestos por fuente normativa de aquellos*

9 ACKERMAN Mario E., Tratado de Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, Tomo VII, p. 792.

10 LAS HERAS, Horacio y otros en “Jurisprudencia Laboral de la Corte Suprema de Justicia- Comentada”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, Tomo II, p. 260.

11 SECO, Ricardo Francisco, “Una nueva perspectiva para la libertad sindical: El caso “ATE””, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, Número extraordinario, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009.

acordados en uso de la autonomía colectiva.

Finalmente, en el precedente bajo análisis, también se hace mención a los fundamentos dados por la CSJN en el fallo “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” (Fallos 336.672).

En el citado precedente, dictado en el año 2013 y en un contexto de crisis nacional, la CSJN se explayó sobre la legitimación procesal de una organización simplemente inscripta.

En consonancia con el Convenio N° 87, la Corte señaló que el concepto de organización comprende a toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores, reafirmando la tutela amplia prevista en el Art. 14 bis de la C.N.

En fin, lo que se pretende hacer notar es que el modelo de unidad sindical promocionada no presenta, a priori o liminarmente, objeciones desde la óptica de la libertad sindical.

Sin embargo, es menester ser sumamente cuidadosos en su regulación so riesgo de que la búsqueda de fines loables como la homogeneidad de la clase trabajadora y la unificación de su poder negocial acaben por generar otros indeseados como la limitación en la diversidad de opiniones o restricciones en la participación en la vida sindical.

El contrapeso de modelos sindicales como el argentino debe ser siempre la prohibición de comprometer el derecho general de actuación de aquellas otras organizaciones “menos representativas”, que continúan al amparo del principio de libertad sindical.¹²

IV.- Reflexión final: La unidad sindical “deseable”

Cabe preguntarse, como lo hacían Daniel Machado y Raúl Ojeda¹³, ¿es la libertad sindical la posibilidad de “*hacer lo que se desea cuando se desea*”?

Se entiende que no. Y ello aplica, no solo para las organizaciones sindicales y empresariales titulares de derecho sino también – y muy especialmente – para quienes deben abstenerse de limitarlo.

Según cifras que se han podido relevar¹⁴, existen en la República Argentina unos 3.307 sindicatos inscriptos ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, de los cuales 1.552 ostentan personería gremial y 1755 tienen únicamente simple inscripción.

Ello sin contar que muchos sindicatos debidamente constituidos presentan serios inconvenientes para obtener la simple inscripción ante la autoridad de aplicación debiendo incluso en muchos casos recurrir a la vía judicial para lograr el debido reconocimiento del Ministerio de Trabajo de la Nación.¹⁵

12 CORTE, Néstor T., El modelo sindical argentino, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1988, p. 14 y ss.

13 MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl, “Tutela Sindical. Estabilidad del Representante Gremial”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 12.

14 <http://dnasconsulta.trabajo.gov.ar/default.aspx>

15 Es el caso, entre otros, del Sindicato de Docentes e Investigadores Universitarios de San Luis; el Sindicato Unidos Conductores de Personal Aeronáutico y Portuario; la Federación de Obreros y Empleados de la Carne y sus Derivados de la República Argentina; el Sindicato Único de Profesionales y Afines de la Seguridad Ocupacional y Medio Ambiente; el Sindicato de Trabajadores del Estado Municipal de Corrientes; Sindicato de Trabajadores/as de Entidades Bancarias y Financieras de la República Argentina; Asociación Interhospitalaria de la Salud de Salta; Sindicato de Choferes de Camiones, Obreros y Empleados de Transporte de Cargas y Logística de la Provincia de Santa Fe, etc.

Como es sabido, la lucha por ocupar espacios de representación de trabajadores ha acompañado al movimiento sindical argentino desde sus comienzos y ello no ha cambiado en la actualidad.

Por ello, se impone garantizar a los sindicatos de reciente fundación condiciones que los equiparen a los sindicatos “tradicionales”, para que puedan competir por la representación de los trabajadores en condiciones de igualdad.

En lo que aquí interesa, los obstáculos de fuente normativa que se presentan para la percepción de las cuotas sindicales de las organizaciones simplemente inscriptas tornan de difícil concreción la autonomía sindical.

El patrimonio de las entidades sindicales es lo que les permite adquirir independencia económica para, a partir de allí, organizar su plan de lucha sin limitaciones ni dependencias de ningún tipo.

De nada sirve reconocer al principio de libertad sindical el carácter de derecho humano fundamental si a la postre no se procuran los medios necesarios para garantizar la autonomía sindical, en este caso económica, pero bien podría ser en relación a la legitimación o estabilidad de sus integrantes.

Por ello, el precedente bajo análisis no sólo es relevante por la inconstitucionalidad del artículo de la ley 23.551, sino que posee proyección para erigirse como un nuevo embaute al excesivo reglamentarismo legal que acaba por desnaturalizar a las organizaciones simplemente inscriptas.

De hecho, el dictamen del Sr. Procurador Fiscal, que hace propio la CSJN, recuerda que la distinción entre las asociaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones no puede tener como consecuencia conceder a las asociaciones con mayor representatividad privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales.

De este modo, la CSJN abraza una serie de pronunciamientos previos – algunos ya citados *supra* – en los que coherente y progresivamente ha ido equiparando derechos entre todas las organizaciones sindicales, sin distinciones.

Se considera que ésta es la línea de pensamiento que debe inspirar al legislador, quién en un futuro próximo deberá tomar debida nota de ello.

Parfraseando a Enrique Ramírez, si en lugar del art. 38 de la Ley 23.551 ponemos cualquiera de las normas de la Ley de Asociaciones Sindicales que otorgan prerrogativas exclusivas a la asociación sindical más representativa, veremos que el precedente abajo análisis conserva una absoluta coherencia.¹⁶

El art.38 de la ley 23.551, cuya inconstitucionalidad se declara en el precedente bajo análisis, al igual que los citados arts. 28, 29, 30, 31, 38, 39, 48 y 52 de la ley 23.551, establecen

16 RAMIREZ, Luis Enrique, “ATE c/ Ministerio de Trabajo”: ¿Un misil bajo la línea de flotación del modelo sindical argentino?, en Revista de Derecho Laboral Actualidad, Número extraordinario, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009.

diferenciaciones arbitrarias entre organizaciones que acaban por desnaturalizarlas e inducen a los trabajadores a afiliarse a aquellas organizaciones que cuentan con mejores condiciones para representarlos.

La unidad sindical deseable, en tanto fortalece la acción gremial, debería ser producto de la decisión de los propios trabajadores y no impuesta por una decisión gubernamental.

Mientras ello no suceda, no debe perderse de vista que el modelo argentino de unidad sindical promocionada a partir de la mayor representatividad supone, en esencia, la existencia de una entidad sindical "menos representativa" pero igualmente amparada por las garantías del art. 14 bis de la C.N. y el Convenio N° 87 de la OIT.

Gino Giuni dice, en palabras que se comparten, que la pluralidad sindical no es idónea para garantizar la mayor eficacia de la propia acción gremial, pero debe ser defendida, sin embargo, como una libertad¹⁷ o, se agrega, como una derivación natural del principio de libertad sindical.

Lo opuesto, el monopolio de derechos en favor de aquellas organizaciones más representativas, cuando es impuesto por normas de fuente estatal, resulta inconciliable con el principio de libertad sindical dando paso a que los Estados adoptan acciones concretas en pos de garantizar la vigencia de este último.

El instituto de la personería gremial, tal y como se encuentra legislado actualmente, desnaturaliza a la gran cantidad de organizaciones sindicales simplemente inscriptas que han crecido significativamente en los últimos años, direccionando indebidamente la afiliación de los trabajadores en favor de aquellas que ostentan personería gremial y privándolas del ejercicio de funciones que hacen a la esencia del sindicato en un Estado de Derecho.

Por eso es que se considera que sistema sindical argentino es al día de hoy un modelo para armar, sobre la base de la experiencia vivida, teniendo como vector el principio de progresividad y de justicia social en cuanto desarrollo de la persona humana y su intrínseca dignidad.

17 Citado por ERMIDA URIARTE, Óscar, "Intervención y autonomía de las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: situación actual y perspectivas", en AA.VV., Intervención y autonomía en las relaciones colectivas, FCU, Montevideo, 1999.

PANDEMIA Y TELETRABAJO EN BRASIL

Giselle Gonzalez Gonçalves¹

Sumario: Introducción. I.- El lugar de trabajo como definidor de la naturaleza de la prestación. II.- Trabajo a distancia y legislación brasileña. III.- Pandemia en Brasil y trabajo fuera del entorno del empleador. IV.- Legislación de emergencia - MP 927/20 e MP 1.046/2021. V.-Conclusión

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo exponer la realidad legislativa frente al fenómeno del trabajo a distancia en Brasil, abordándose críticamente la actual regulación del instituto del teletrabajo. Además, se plantean los diferentes conceptos de los distintos tipos de trabajo a distancia y sus consecuencias en el marco jurídico y en la relación laboral.

Palabras clave: Teletrabajo, trabajo a distancia, flexibilización de la jornada, falta de regulación, precarización.

I.- Introducción

El distanciamiento social, impuesto como medida de contención a la propagación del coronavirus, ha traído a la sociedad el reto de adaptarse a una rutina extraordinaria a muchos sectores de la economía mundial. Las actividades laborales que nunca fueron concebidas para ser realizadas a distancia se vieron obligadas a ceder a esta modalidad, no tan nueva de prestación de servicios.

Los empresarios brasileños nunca fueron muy adeptos al trabajo a distancia, ya que, culturalmente, la presencia física del trabajador en el ambiente de trabajo y la posibilidad de controlar la jornada laboral por parte del empleador "validan" la ejecución efectiva del trabajo.

En este sentido, hasta el advenimiento de la Reforma Laboral de 2017, no existía un marco legal que abarcara esta práctica con detalles.

La ley nº 13.467/2017, Ley de la Reforma Laboral, a pesar de numerosos aspectos controvertidos, incluso en relación con la constitucionalidad de algunos institutos, trajo las primeras líneas que rodean la regulación de la modalidad de teletrabajo en Brasil, que ha sido de máximo valor para el contexto actual de pandemia, aunque el instituto no se encuentre suficientemente desarrollado como se verá a continuación.

¹ Abogada, Esp. Derecho Laboral y Procesal, Pontificia Universidad Católica de Campinas, San Pablo, Brasil, asesora sindical.

Cabe señalar que en Brasil el porcentaje de trabajadores a domicilio saltó de 3,8 millones de personas en 2018 a 7,9 millones en abril de 2021 (IBGE, 2021); y hay una tendencia de pensar que algunas actividades tradicionales no retomaran de forma completa a la presencialidad dados los resultados positivos obtenidos a lo largo de este inesperado laboratorio forzado (REVISTA ISTO É, 2020).

I.- El lugar de trabajo como definidor de la naturaleza de la prestación

El acto de trabajar fuera del entorno del empleador se puede nombrar de varias maneras: "trabajo remoto", "trabajo a distancia", "teletrabajo", "oficina en casa/*home office*" entre otros. Aunque estas expresiones puedan parecer sinónimas, existen sutiles diferencias que dan un significado especial a la forma en que se prestan los servicios y pueden no reconocer la aplicación de una norma particular a un caso concreto si se comprueba que, en la práctica, el trabajo realizado bajo una determinada modalidad no cumple con los requisitos establecidos en la ley.

El "trabajo remoto" o "trabajo a distancia" acentúa la lejanía del servicio prestado, que puede realizarse desde cualquier lugar ajeno a las instalaciones del empleador. El "teletrabajo" enfatiza el uso de las TIC - Tecnologías de la Información y la Comunicación. El "*home office*" destaca la tarea que se desarrolla en la residencia habitual del trabajador.

Oficialmente la OIT utiliza el término "trabajo a domicilio" en su Convenio 177 y en la Recomendación 184 correspondiente sobre el tema. Lo definió como la producción de bienes o servicios realizados por un individuo en su hogar o lugar de su elección, a cambio de un salario, bajo la especificación de un empleador o intermediario (OIT, 1996). Es importante destacar que la principal preocupación de este documento internacional al formular esa definición era hacer hincapié en el factor "subordinación" en la relación entre el contratista y el contratado y no necesariamente hacer hincapié en el lugar donde se desarrollaría la actividad.

En este sentido, es posible notar el malentendido en el uso de la expresión "trabajo a domicilio", ya que el propio tratado internacional se refiere claramente al trabajo realizado fuera del entorno del empleador y no sólo al trabajo realizado en el hogar del empleado.

En consecuencia, dentro de una clasificación terminológica sería posible definir el "trabajo a distancia" o "trabajo remoto" como un género, cuyas especies serían "teletrabajo" y "oficina en casa/*home office*".

Específicamente en Brasil, como se abordará más adelante, la diferenciación de expresiones es una medida que se impone, ya que el *modus operandi* de cada tipo de prestación de servicios a distancia, fuera del entorno del empleador puede influir en la incidencia o no de la legislación ordinaria existente, ya que hasta ahora, sólo se regula el teletrabajo.

II.- Trabajo a distancia y legislación brasileña

Fue en 2011, con la llegada de la Ley 12.551, que el trabajo realizado a distancia se equiparó al trabajo presencial mediante la modificación del artículo 6 de la CLT (*Consolidação das Leis do Trabalho*).

Así, no se distingue entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador, el realizado en el domicilio del empleado y el realizado a distancia, siempre que se carac-

tericen los supuestos legales de la relación laboral. En cuanto a los medios telemáticos e informatizados de mando, control y supervisión, éstos se equiparan a efectos de subordinación jurídica, a los medios personales y directos de mando, control y supervisión del trabajo. En ese momento, la ecuación fue vista como un avance, aunque aún no era una regulación específica sobre el tema (ROCHA y AMADOR, 2018).

Pero más tarde, en 2017, la Reforma Laboral fue responsable de introducir en la legislación brasileña el concepto de teletrabajo, añadiendo al artículo 75 de la CLT las letras A, B, C, D y E, en el capítulo II - A, "TELETRABAJO".

Aunque esta ley es objeto de duras críticas derivadas de su finalidad y aprobación, se encargó de definir el teletrabajo, establecer su forma de ejecución y gestión de los activos y mencionar una posible limitación a la responsabilidad del empleador por los riesgos laborales.

Se considera "teletrabajo" en Brasil la prestación de servicios predominantemente fuera de las instalaciones del empleador, con el uso de tecnologías de la información y la comunicación que, por su naturaleza, no constituyen trabajo externo y la asistencia a los locales del empleador para la realización de actividades específicas que requieren la presencia del empleado no descaracteriza el régimen de teletrabajo (Artículo 75 - B de la CLT).

En cuanto a la forma, la adopción del teletrabajo sólo puede llevarse a cabo mediante un contrato de trabajo individual, es decir, un contrato escrito, que debe especificar las actividades que llevará a cabo el empleado (artículo 75 - C de la CLT). El cambio contractual del régimen presencial para el teletrabajo se puede realizar de mutuo acuerdo entre las partes, registrado como un anexo contractual (artículo 75-C, párrafo 1 de la CLT), lo contrario también puede suceder por el cumplimiento del período mínimo de transición de 15 días también con un anexo contractual.

Por lo que se refiere a los bienes utilizados para la prestación de servicios de teletrabajo, establece el siguiente texto que la responsabilidad de la adquisición, mantenimiento o suministro de los equipos e infraestructuras tecnológicas necesarios y adecuados, así como el reembolso de los gastos a cargo del empleado, deben estar previstos en un contrato escrito (artículo 75 D de la CLT) y estos servicios mencionados no forman parte de la remuneración del empleado (artículo 75-D, párrafo único de la CLT).

La ley también establece que el empleado debe firmar un término de responsabilidad comprometiéndose a seguir las instrucciones proporcionadas por el empleador con respecto a los riesgos del desarrollo de actividades laborales (artículo 75 - E, párrafo único de la CLT).

Y, en cuanto al control jornada, la inclusión del teletrabajo en la CLT también provocó una alteración en el artículo 62, una vez que fue introducido el ítem III que estableció expresamente que no hay control de jornada para los trabajadores en teletrabajo. En otras palabras, a los dependientes del régimen de teletrabajo no se les deben horas extraordinarias.

En resumen, para que la prestación de servicios a distancia sea considerada modalidad de teletrabajo en Brasil es necesario la utilización de tecnologías de la información y de comunicación; además de la existencia de un contrato escrito que demuestre la opción a esta modalidad que también prevea la responsabilidad de la adquisición de bienes y servicios, y establezca la posibilidad de reembolso por los gastos domiciliarios extras.

Como se puede observar, la norma que regula la modalidad del teletrabajo es sumamente formal, por ende, la falta de uno de los requisitos por ella establecido desnaturaliza el instituto.²

III.- Pandemia en Brasil y trabajo fuera del entorno del empleador

La implementación masiva y forzada del trabajo a distancia en Brasil es un gran desafío aún más por tratarse de un país que abarca las más distintas realidades sociales y financieras entre sus ciudadanos.

Ocurre que después del registro del primer caso de Covid-19 diagnosticado oficialmente el 26/02/2020 en la ciudad de São Paulo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021), los sectores productivos vieron la necesidad primaria de poner en práctica el distanciamiento social en el ambiente de trabajo. Sin embargo, como ya se ha sugerido, el trabajo a distancia, en su forma amplia, no tiene regulación en Brasil ya que solamente el teletrabajo está regulado hasta este momento.

En este sentido, el cambio del lugar de prestación de servicio del empleado -de los locales de la empresa a su residencia- por sí mismo, por sí mismo, no caracteriza la adopción del teletrabajo en la forma establecida en el texto legal (CLT), si, obviamente, no se cumplen los demás requisitos previstos en la referida reglamentación.

En este sentido, está aún más evidente el vacío legislativo con respecto a la regulación de otras formas de trabajo fuera del entorno de la empresa, actividades que no se caracterizan por la definición de teletrabajo.

Por otra parte, hubo cierta preocupación por parte de algunos parlamentarios con el mantenimiento de los textos originales de los artículos 75 -D y 62, III de la CLT, que tratan respectivamente de la responsabilidad por la adquisición de bienes y materiales para la ejecución del teletrabajo y la ausencia de control de jornada, ya que una reflexión más atenta nos permitió vislumbrar un posible carácter nocivo para el trabajador que pudieran contener estos artículos.

Ante este panorama, se presentaron a la Cámara de Diputados proyectos de ley que pretenden modificar el texto actual de la CLT; siendo el más relevante el PL 3915/2020 que prevé la adopción de normas para el reembolso de materiales y otros gastos con teletrabajo, PL 5282/2020 que propone el control de la jornada laboral para teletrabajadores y PL 2251/2020 que propone la regulación del trabajo en casa/*home office*.

IV.-Legislación de emergencia - MP 927/20 eMP 1.046/2021

Con la intención de "regular" y flexibilizar el texto de la CLT sobre teletrabajo para su aplicación durante la pandemia del Coronavirus, el gobierno dictó medidas extraordinarias: MP 927/20 (válido del 22/03/2020 al 09/07/2020) y MP 1.046/2021 (plazo 28/04/2021 al 25/08/2021).

Ambas medidas prevén sobre la implementación de la prestación de servicios en las

² Es importante mencionar que el Poder Ejecutivo a través de la Medida Provisional 927/2020, flexibilizó las normas contenidas en la CLT para la implementación de la modalidad de teletrabajo durante la pandemia de Coronavirus. Este acto presidencial hizo posible el teletrabajo unilateral por parte del empleador, sin registro en el contrato (teniendo como único requisito la comunicación a lo empleado 48 horas antes del inicio de la prestación de servicios). También preveía la posibilidad de celebrar un acuerdo entre el trabajador y el empresario para la adquisición y el suministro de maquinaria, además del reembolso de gastos. MP 927/2020 entró en vigor del 22 de marzo de 2020 y fue hasta el 31 de julio de 2020 y no fue convertida en ley a través del proceso legislativo. El 2021, la MP 927/2020 fue reeditada bajo la MP 1.046/2021.

modalidades: "teletrabajo", trabajo remoto u otro tipo de trabajo a distancia, ampliando y equiparando a los tres conceptos distintos bajo el mismo entendimiento - lo que no es regulado por la norma (CLT) originalmente, ya que su texto sólo se refiere al teletrabajo.

Críticas aparte, la MP 1.046/2021, que no es más que la reedición de la MP 927/20, suprimió la necesidad de documentación del cambio de la modalidad presencial para el teletrabajo, permitiendo que el cambio por acto discrecional del empleador se comunicara al empleado con una antelación de 48 horas, y también le dio al empleador la obligación de proporcionar al empleado - que no disponga del equipo tecnológico necesario o de la infraestructura necesaria y adecuada para ejecución del trabajo a distancia - los medios necesarios para realizarlo. La legislación de emergencia ha receptado el régimen de teletrabajo, trabajo remoto o trabajo a distancia para aprendices, lo no estaba permitido hasta entonces.

V.- Conclusión

Si consideramos que la afirmación "el futuro del trabajo es el trabajo remoto" es cierta, también es cierta la necesidad de regulación del instituto, dado que, hasta hoy, el trabajo a distancia o remoto, como el género, no ha sido regulado en Brasil.

Por otra parte, una cuestión que merece ser destacada es la falta de singularidad conceptual en la referencia a la prestación de servicios fuera del entorno del empleador, ya que existe, al menos en Brasil, un desorden en el uso de las expresiones "trabajo a distancia", "trabajo remoto", "teletrabajo", "trabajo en casa", "oficina en casa", como es posible verificar incluso a través del texto la MP 1.046/21. En este sentido, la definición de cada una de las modalidades también es urgentemente necesaria para proporcionar una mayor seguridad jurídica en sus implementaciones.

En cuanto a la regulación existente del teletrabajo, un punto de gran controversia es la falta de control de jornada.

Ahora bien, si el teletrabajo requiere como condición previa el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, las llamadas TICs, ¿cómo no se puede realizar a través de ellas el control de jornada?

Es evidente que las TICs proporcionan el control de jornada laboral aunque el trabajador se encuentre fuera de las instalaciones de la empresa, y en este sentido, es inadmisibles la prolongación de la jornada laboral sin la debida indemnización. Esta situación está siendo verificada diariamente durante la actual crisis sanitaria en algunos sectores (CORREIO BRAZILIENSE, 2020). No parece creíble que el legislador, en el momento de redactar la ley, no previó voluntariamente una situación para ello.

Por último, es notorio que queda mucho por hacer en el ámbito de la ley para que situaciones concretas y reiteradas sean positivizadas, más aún en el momento actual, que requiere cautela y prudencia tanto en las relaciones laborales como en la economía, para que el legado dejado por la pandemia del Coronavirus no sea tan difícil de mitigar.

Bibliografía.

- BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- BRASIL. MP 927/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927impresao.htm>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- BRASIL. MP 1.046/2021. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>>. Último acceso: 4 de julio de 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 2251/2020. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2250778>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 3915/2020. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258556>>. Último acceso: 14 de abril de 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROJETO PREVÊ CONTROLE DE JORNADA POR SISTEMA INFORMATIZADO NO TELETRABALHO. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/712155-projeto-preve-controle-de-jornada-por-sistema-informatizado-no-teletrabalho/>>. Último acceso: 18 de abril de 2021.
- CORREIO BRAZILIENSE. MAIS TRABALHO, MAIS SACRIFÍCIOS: OS EFEITOS DA PANDEMIA NO TRABALHADOR. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/trabalho-e-formacao/2020/08/4872125-mais-trabalho--mais-sacrificios--os-efeitos-da-pandemia-no-trabalhador.html>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. O IBGE APOIANDO O COMBATE À COVID-19. Disponível em <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. RESPOSTA NACIONAL E INTERNACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO NOVO CORONAVÍRUS. Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>>. Último acceso: 12 de abril de 2021.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. BLOG DA SAÚDE: 10 ANOS DO SURTO GLOBAL DE H1N1. Disponível em <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53845-10-anos-do-surto-global-de-h1n1>>. Último acceso: 13 de mayo de 2021.
- OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. CONVENIO SOBRE EL TRABAJO A DOMICILIO, 1996 (NÚM. 177). Disponível em <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ACTUALIZACIÓN OFICIAL COVID-19. Disponível em <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- PORTAL G1. CRESCE O INTERESSE POR FORMAÇÃO À DISTÂNCIA DURANTE A PANDEMIA. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/especial-publicitario/unicesumar/educacao-a-distancia/noticia/2021/02/23/cresce-o-interesse-por-formacao-a-distancia-durante-a-pandemia.ghtml>. Último acceso: 18 de abril de 2021.
- REVISTA ISTO É DINHEIRO. O FUTURO DO TRABALHO É REMOTO. Disponível em <<https://www.istoedinheiro.com.br/o-futuro-do-trabalho-e-remoto/>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.
- REVISTA PEGN. Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios. CRISE FECHOU 50 MIL EMPRESAS DO SETOR DE TURISMO EM TODO O PAÍS, DIZ ESTUDO. Disponível em <<https://revistapegn.globo.com/Banco-de-ideias/Diversao-e-turismo/noticia/2020/10/crise-fechou-50-mil-empresas-do-setor-de-turismo-em-todo-o-pais-diz-estudo.html>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.

timo acceso: 1 de marzo de 2021.

- REVISTA VEJA SAÚDE. GRIPE: QUAIS FORAM AS MAIORES EPIDEMIAS DA HISTÓRIA, 2020. Disponível em <<https://saude.abril.com.br/medicina/gripe-quais-foram-as-maiiores-epidemias-da-historia/>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.

- ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O TELETRABALHO: CONCEITUAÇÃO E QUESTÕES PARA ANÁLISE. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 152-162, Jan. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=en&nrm=iso>. Último acceso: 18 de abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1679-395154516>.

- SENADO FEDERAL. TELETRABALHO GANHA IMPULSO NA PANDEMIA MAS É OBJETO DE CONTROVÉRSIA. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.

- WORLDMETER. CORONAVIRUS AND POPULATION. Disponível em <https://www.worldometers.info/br/>. Último acceso: 1 de marzo de 2021.

LA TRASCENDENCIA DE LA DOCUMENTACIÓN LABORAL EXIGIBLE Y DE CONTRALOR EN LAS REGLAS DEL *ONUS PROBANDI* DEL PROCESO LABORAL.

SU RENOVADA Y ACTUAL INCIDENCIA EN LA REFORMA PROCESAL DE LA LEY 10.596

Rosalía A. Pécora¹

Sumario: Introducción. 1.- Qué se entiende por documentación laboral exigible o de contralor. 2. Instrumentos públicos y privados. Firma. Rúbrica de libros. 3.1. Requisitos exigibles para el Libro del art. 52, LCT, la planilla de horarios y descansos de la ley 11.544, los recibos de haberes y el Libro de Inspecciones Laborales de la ley 8015 en Córdoba. 3.2. Requisitos exigibles en el Sistema Único de Registro Laboral del art. 18, Ley 24.013. 3.2. Requisitos exigibles en el Sistema Único de Registro Laboral del art. 18, Ley 24.013 4.1. Empresa de servicios eventuales. Sección particular del Art. 13 (Decreto 1694/2006) – Decreto 762/2014 4. La documentación laboral específica y exigible en los regímenes especiales y estatutos particulares.4.1. Empresa de servicios eventuales. Sección particular del Art. 13 (Decreto 1694/2006) – Decreto 762/2014. 4. 2. Libro especial para PYMES. 4. 3. Régimen de Trabajo Agrario – Ley 26.727. 4. 4. Estatuto del viajante de comercio. 4. 5. Régimen de la Construcción. 4. 6. Encargados de casas de rentas. 4. 7. Libro especial de peluqueros. 4. 8. Régimen Especial del Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares – Ley 26.844. 4. 9. CCT 40/89 – Camioneros. 4.10. Transporte Automotor de Pasajeros. 5. La prueba. Los sistemas procesales generales. El proceso laboral en particular. 6. Reglas del onus probandi en materia laboral. Fuentes internas y externas. Propuestas doctrinarias. 7. La relevancia de la documentación laboral exigible en las reglas del onus probandi en materia laboral –con especial referencia a la ley procesal cordobesa- . 8. Las reformas de la ley procesal laboral en lo relativo a la carga probatoria de la documentación laboral exigible y de contralor.

¹ Abogada (UNC), Especialista en Derecho Laboral (UBP), docente de DTYSS en FACEA, UNC, miembro de la Sala de DL y DPL, UBP, abogada litigante, publicista.

Resumen: La documentación laboral exigible y de contralor es aquélla que acredita el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones laborales y de la seguridad social a cargo del empleador (art. 79, LCT): instrumentos públicos, privados (con firma manuscrita, digital, electrónica) y particulares no firmados; también documentos rubricados para ser legalmente válidos, tal como el Libro del art. 52, LCT, la planilla de horarios y descansos, entre otras. Detallamos los requisitos exigibles del Libro del Art. 52, LCT, la planilla de horarios y descansos y la planilla de horas suplementarias, el Libro de Inspecciones de la ley 8015, el Sistema Único de Registro Laboral de la ley 24.013 y la documentación laboral específica y exigible en los regímenes especiales y estatutos particulares.

Nos proponemos averiguar qué incidencia tienen estos documentos en las reglas del *onus probandi* en materia laboral, puesto que en este procedimiento las partes incitan al órgano jurisdiccional, proponiendo un esquema probatorio y coadyuvando a su diligenciamiento, pero el impulso procesal está a cargo del juez por estar comprometido el orden público laboral (art. 15, CPT), quien además es el director del proceso y puede disponer de las medidas para mejor proveer en pos de la averiguación de los hechos controvertidos (art. 33, CPT). Este sistema resulta apropiado para compensar las desigualdades de las partes teniendo en cuenta la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos en juego. Hemos definido y expuesto las reglas del *onus probandi* en materia laboral: prueba de los hechos controvertidos, regla del *in dubio pro operario factis*, teoría de la carga dinámica de la prueba, el principio de inversión de la carga probatoria y la prueba de presunciones correlacionando estas reglas con el valor probatorio de cada documento, su presentación, su falta de exhibición o su exhibición deficiente. La ley 10.596 introduce notables reformas con incidencia en la temática que nos ocupa, en especial, referida a los distintos supuestos del Procedimiento Declarativo Abreviado con Audiencia Única, previsto en el art. 83, bis, LPT ya que la documentación indicada será la única posible para iniciar el trámite o enervar el reclamo..

Palabras clave: Documentación laboral exigible y de contralor – Proceso laboral – Reglas del *onus probandi* – Reforma procesal laboral.

I.- Introducción

Haremos un repaso por viejos y nuevos conceptos en torno a documentación laboral, instrumentos públicos y privados, particulares no firmados, digitales y electrónicos. Nos explayaremos respecto a los requisitos de validez y eficacia de cada uno de estos instrumentos de notable incidencia en el contrato de trabajo. Una vez profundizados tales conceptos pretendemos dotarlos de valor probatorio ensayando los clásicos conceptos de prueba, sistemas procesales, reglas del *onus probandi* y su particular incidencia en la reforma procesal laboral de la ley 10.596.

1.- Qué se entiende por documentación laboral exigible o de contralor

Nos referimos a toda aquella documentación que acredita el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones laborales y de la seguridad social a cargo del empleador.

En efecto el art. 79 de la LCT establece que el empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el

goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan. No podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente de su parte las que estuviese en su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar.

Para posibilitar el goce íntegro y oportuno, tiene a su cargo el deber de información; es decir, informar y dar a conocer al trabajador cuáles son sus derechos y colaborar con el Estado recopilando, guardando, registrando y otorgando todo aquello que es necesario para el goce de esos derechos.

Antes de seguir en la definición de documentación laboral exigible o de contralor, haremos un paréntesis sobre las clásicas y actuales definiciones de instrumento público, privado y particular.

El nuevo CCCN produce una modificación importante en el régimen de la prueba documental, manteniendo algunas cuestiones y modificando otras. Por empezar la ubicación del tema ya no figura bajo el sólo acápite de "Formas de los Actos Jurídicos", sino bajo el título más completo que incluye la doble función del documento, como "Forma y Prueba del Acto Jurídico".

A partir de allí el CCCN mantiene la clasificación tripartita de los documentos escritos, en instrumentos públicos, privados y particulares, brindando mayor espacio a estos últimos, incorporando las figuras del documento electrónico, los documentos no escritos, la correspondencia privada y los libros contables.

Entre los documentos en soporte papel incluye a los instrumentos públicos, instrumentos privados e instrumentos particulares.

Entre los documentos en soporte electrónico menciona al documento digital con firma digital, el documento electrónico con firma electrónica y el documento electrónico sin firma.

Luego incluye a los documentos en soportes varios: documentos visuales, auditivos y audiovisuales.

Seguidamente están los documentos de correspondencia: remitidos, recibidos, autorizados.

Por último, los documentos de contabilidad: bilaterales o unilaterales.

Instrumento público (arts. 289 a 312).

A diferencia del Código de Vélez, el nuevo CCCN no establece un catálogo amplio de instrumentos públicos, sino uno más breve, haciendo mención a tres géneros: i- las escrituras públicas, sus copias o testimonios; ii- los instrumentos que extienden escribanos o funcionarios públicos con los requisitos de ley; y iii- los títulos emitidos por los Estados nacional, provincial o CABA según las leyes de emisión (art. 289 CCCN).

Respecto del valor probatorio del instrumento público la nueva regulación estaría reproduciendo –con alguna variación formal– el régimen tradicional previsto en el viejo Código

de Vélez, señalando al respecto: “El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario” (art. 296, CCCN).

Instrumento privado (arts. 287, 288, 313 a 317). La nueva regulación sobre el tema señala “Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están se llaman instrumentos privados...” (art. 287 CCCN). Si no lo están, se llaman instrumentos particulares.

El nuevo CCCN admite la posibilidad de una variedad de firmas del instrumento privado: i- la tradicional “firma manuscrita” con stampa del nombre escrito de manera particular (cfr. nota art. 3639 CC); ii- la “firma por signos” que identifiquen al autor, modalidad que el anterior código no admitía (art. 1012 CC); iii- la firma por “impresión digital” (huella dactilar) y/o suplida por la presencia de dos testigos (“firma a ruego”), en ambos casos para el supuesto de que el firmante no supiere o no pudiese firmar (art. 313 CCCN); iv- regulándose también el valor de la “firma en blanco” admitida, con posible impugnación ante el llenado indebido o sustracción del título (art. 315 CCCN); v- todo ello sin perjuicio de la referencia a la “firma digital”, propia de los documentos electrónicos (art. 288-2, CCCN), y; vi del uso de la “firma electrónica” también en esos documentos (Ley 25.506).

En referencia a estos instrumentos, la documentación laboral exigible y de contralor son libros, inscripciones, registros, recibos, legajos, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo que acreditan el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones laborales y de la seguridad social.

Es, en primer lugar, documentación formal que debe cumplir con ciertos y determinados requisitos de validez y eficacia.

En segundo lugar, dicha documentación debe ser exhibida a requerimiento judicial o administrativo. Expuesta a la vista de los trabajadores o exhibida a la entidad sindical. Actos que, omitidos, acarrearán diversas consecuencias disvaliosas para el obligado.

En tercer lugar, algunos documentos deben ser entregados al trabajador, cuando son confeccionados en doble ejemplar.

Por último, estos documentos requieren rúbrica, firma, registro, etcétera, según cada caso particular para su validez y eficacia.

2. Instrumentos públicos y privados. Firma. Rúbrica de libros

La documentación laboral exigible o de contralor se traduce en expresiones escritas de los actos jurídicos con incidencia en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ellas pueden tener lugar por instrumentos públicos o particulares, firmados (instrumentos privados) o no firmados (instrumentos particulares no firmados) (art. 286 y 287, CCCN). Pueden hacerse constar en cualquier soporte, salvo que la ley o la reglamentación, exija una determinada formalidad.

La firma prueba la autoría de la declaración de la voluntad expresada en el texto al cual co-

responde. En los instrumentos generados por medios electrónicos es posible la utilización de la firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

La firma digital reglada en la ley 25.506 (T.O.) no es la imagen escaneada de una firma manuscrita, ni el reconocimiento por sistema biométrico, ni la firma manuscrita estampada en un soporte digital. La firma digital utiliza criptografía de clave pública y clave privada. La encriptación es una parte de la firma digital, es en sí, una técnica para ocultar datos de manera que sólo puedan ser vistos por aquellos que puedan verlos. Los esquemas de encriptación simples intercambian un carácter por otro.²

Los instrumentos privados o particulares no firmados deben ser objeto reconocimiento para su válida incorporación al proceso (art. 314, CCCN, CPN, CPCC, CPT). Pero además, para adquirir eficacia probatoria ante terceros, es necesario que ostenten fecha cierta, lo que sucede el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después –probado por cualquier medio y apreciado rigurosamente por el juez- (art. 317, CCCN). El valor probatorio de los instrumentos particulares no firmados debe ser apreciado por el juez (art. 319, CCCN).

La rúbrica de libros es el proceso mediante el cual se validan legalmente los libros donde se asientan o registran determinados actos, movimientos y estados sociales y contables, laborales, etc.. La palabra rúbrica se deriva etimológicamente del latín “rubrica”, que a su vez proviene del “ruber” = rojo, ya que ese color de tinta era la que se usaba en los libros de los antiguos romanos para destacar los títulos contenidos en ellos, especialmente los jurídicos. La rúbrica es la firma o validación por autoridad competente, para que tenga validez y constituya un medio probatorio. El responsable de rubricar los libros es el Estado, a través de sus diversos organismos instituidos a tal fin.

3.1. Requisitos exigibles para el Libro del art. 52, LCT, la planilla de horarios y descansos de la ley 11.544, los recibos de haberes y el Libro de Inspecciones Laborales de la ley 8015 en Córdoba

A. El Libro Especial del art. 52, LCT

Este instrumento legal constituye una obligación fundamental de todo empleador privado en relación de dependencia, independientemente de la cantidad de trabajadores a su cargo, salvo el caso del Régimen Especial para Trabajadores de Casas Particulares (Ley 26.844), que se encuentra excluido. Es independiente de la calidad de comerciante, aunque el nuevo CCCN, sustituye la calidad de comerciante por la de “empresario” o “cuasi empresario” y al acto de comercio por la “actividad económica organizada”³.

En las PyMEs (Pequeñas y Medianas Empresas de la ley 24.467) resulta exigible un registro especial para sus dependientes, previendo un sistema simplificado de denuncia individualizada de personal a los organismos de la seguridad social, cuya omisión excluye del régimen legal especial, conforme la meritación judicial pertinente.⁴

2 SCIGLIANO, Diego, “Habeas data y firma digital”, ED-DCCLXIV-653, 11/06/2001

3 FAVIER DUBOIS, Eduardo Mario (h), “Principios del nuevo derecho comercial y reformas al régimen asociativo” <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/02/principios-del-nuevo-derecho-comercial-y-reformas-al-regimen-asociativo/#122-la-derogacion-del-codigo-de-comercio-5>

4 SFORSINI, María Isabel, en ACKERMAN, Mario E. (director)- SFORSINI, María Isabel -(coordinadora), Ley de Contrato de Trabajo comentada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, p. 489.

Laura D´Arruda, citando a Justo López, indica que a la Ley de Contrato de Trabajo le preocupa que el empleador documente la relación laboral mediante constancias que debe conservar en su poder y resulta por un lado, una obligación administrativa sancionable con multas y por otro lado una carga de documentación en relación al empleador.⁵

Este libro contiene toda la información relativa a los contratos de trabajo que celebre el empleador. Dicho libro es completado de modo unilateral por el empleador y no requiere firma, conformidad o anuencia del trabajador, que probablemente desconozca su contenido a lo largo de todo el vínculo contractual.

La relevancia de la obligación patronal tiene dos aspectos bien diferenciados: constituye el ámbito de contralor de la autoridad administrativa (Ley 25.212, Anexo II, infracción grave según art. 3 a) la falta de algún dato esencial del contrato o relación de trabajo y muy grave, según art. 4 inc. c) la omisión de inscripción del trabajador en dicho libro); por el otro, es un elemento de prueba frente a un conflicto entre las partes de un contrato de trabajo⁶.

Este instrumento legal debe ser registrado y rubricado conforme a la normativa comercial –sustituida ahora por el CCCN, art. 323 al 325, CCCN y hallarse en el lugar de trabajo. Debe ser exhibido siempre que la autoridad administrativa, judicial o entidad sindical autorizada lo requiera (Dec. 772/96 le asigna facultades de superintendencia y de autoridad central al MTESS y el dec. 1183/96 habilita a la mencionada autoridad para autorizar a las Asociaciones Sindicales con Personería Gremial para colaborar con la fiscalización de trabajo no registrado).

En lo que respecta al lugar de trabajo, la resolución 168/2002 de la Sec. de Trabajo de la Nación (B.O., 04/09/2002), le permite al empleador centralizar la documentación en la sede central o en alguno de sus establecimientos, pero no lo exime de tener copias certificadas de los mismos en cada sucursal que cuente con trabajadores en relación de dependencia.

En cuanto al ámbito temporal de conservación de dicho libro especial, corresponde remitirse al art. 328, CCCN, que establece que tal obligación subsiste hasta diez años después del cese de la actividad de la empresa.

Este libro debe ser habilitado por la autoridad de aplicación que es el Ministerio de Trabajo de cada jurisdicción en la que se encuentre el establecimiento en el cual se desempeñan los trabajadores.

En él se consigna: a) Individualización íntegra y actualizada del empleador. b) Nombre del trabajador. c) Estado civil. d) Fecha de ingreso y egreso. e) Remuneraciones asignadas y percibidas. f) Individualización de personas que generen derecho a la percepción de asignaciones familiares. g) Demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo. h) Los que establezca la reglamentación.

5 LOPEZ, Justo, CENTENO, Norberto O., FERNANDEZ MADRID, Juan C., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", T. I, Ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., p. 328/329, citado en: D´ARRUDA, Laura M. en Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, MAZA, Miguel Angel, (director), Ed. La Ley, Bs. As., 2012, p. 698.

6 TOSTO, Gabriel A., en RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (director)- BARILARO, Ana Alejandra –(coordinadora), Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, p. 537.

Como todo libro de comercio, se prohíbe al empleador: 1. Alterar los registros correspondientes a cada persona empleada. 2. Dejar blancos o espacios. 3. Hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas, las que deberán ser salvadas en el cuadro o espacio respectivo, con firma del trabajador a que se refiere el asiento y control de la autoridad administrativa. 4. Tachar anotaciones, suprimir fojas o alterar su foliatura o registro. Tratándose de registro de hojas móviles, su habilitación se hará por la autoridad administrativa, debiendo estar precedido cada conjunto de hojas, por una constancia extendida por dicha autoridad, de la que resulte su número y fecha de habilitación.

Puede optarse por libros encuadernados o sistemas de computación o microfilmación, en cuyo caso las fichas o planillas deben ser rubricadas por la autoridad administrativa, y complementadas con elementos que permitan su visualización y la inserción de las firmas correspondientes.

En la actualidad, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha iniciado un proceso de unificación de registro a través del Libro de Sueldos Digital, una herramienta informática que le permite a los empleadores cumplir distintas obligaciones en un único trámite, para generar el Libro de Sueldos y Jornales, - Hojas Móviles -, y la Declaración Jurada mensual (F.931).

Mediante la Resolución Conjunta (AFIP - MTESS) 3669-941/2014 se crea el “Libro de Sueldos Digital AFIP”, con el objeto de otorgar simplicidad y homogeneidad en la confección de las de hojas móviles⁷. La Resolución 4535/2019 del 29/07/2019 modificatoria de la anterior ha dado mayores precisiones en orden a su obligatoriedad paulatina y a la necesidad de contar con convenios marco de adhesión de las distintas autoridades locales que tienen la competencia de emisión, rúbrica y contralor. Al momento de este trabajo, los empleadores no se encuentran obligados a utilizar este sistema, que sigue siendo optativo.

Por su parte la RG (AFIP) 3781/2015, aprobó el sistema informático denominado “Libro de Sueldos Digital” (LSD).

Es decir que este sistema pretende compatibilizar el sistema de liquidación de haberes del empleador, a fin de utilizarlo como portador de los datos de entrada, junto con la información disponible en los servicios ‘Simplificación Registral’ y ‘Sistema Registral’, y a partir de ello, elaborar el Libro Especial, previsto en el art.52 de la Ley N°20.744 y la Declaración Jurada mensual de aportes y contribuciones al Sistema Único de la Seguridad Social (Formulario 931).

B. La Planilla de horarios y descansos de la ley 11.544 y su decreto reglamentario.

El empleador debe llevar la denominada planilla de horarios y descansos prevista en el art.6 de la ley 11.544 y su decreto reglamentario (art.20, dec. 16.115/33).

El mencionado articulado expresa que para facilitar la aplicación de esta ley, cada patrón deberá: a) Hacer conocer por medio de avisos colocados en lugares visibles en su establecimiento o en cualquier otro sitio conveniente, las horas en que comienza y termina el trabajo, o si el trabajo se efectúa por equipos. Las horas en que comienza y termina la

⁷ Ver <https://www.afip.gov.ar/LibrodeSueldosDigital/novedades-beneficios/definicion.asp>.

tarea de cada equipo, serán fijadas de tal modo que no excedan los límites prescriptos en la presente ley, y una vez modificadas, regirán en esa forma, no pudiendo modificarse sin nueva comunicación hecha con la anticipación que determine el Poder Ejecutivo; b) Hacer conocer de la misma manera los descansos acordados durante la jornada de trabajo y que no se computan en ella; c) Inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivas a mérito de lo dispuesto por los artículos 3º, 4º y 5º de esta ley.

El decreto reglamentario reitera dicha obligación en su art.20 y agrega en su art. 21 que las empresas llevarán registros permanentes de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo.

Tal obligación surge no sólo de los preceptos referidos precedentemente sino también del Convenio OIT n° 1, en su artículo 8 inc.c)⁸ y del art.11 inc.c) de C.30 de la OIT, incorporados al bloque de constitucionalidad que surge del art. 75 inc. 22, CN.⁹

Esta planilla de horarios y descansos (art.6, ley 11.544) así como el registro de horas suplementarias (art. 6 inc. c), ley 11.544), deben también estar rubricadas por la autoridad de aplicación y ser exhibida en lugar y a la vista de los trabajadores. En cada establecimiento debe existir una planilla distinta.

Las distintas autoridades de cada jurisdicción han reglamentado el límite temporal de ellas así como de su rúbrica: tiene lógica que esta documentación sea reemplazada por la actualizada, cada vez que existan cambios en el plantel de los trabajadores o en los horarios de los mismos. Si eso no sucediera, suele exigirse una rúbrica nueva cada dos años (ver art. de la res. Córdoba).

También se trata de un registro unilateral del empleador que no requiere firma, conformidad o anuencia del trabajador y que debe ser exhibido a requerimiento judicial, administrativo y de la entidad sindical, bajo los apercibimientos que las leyes le asignan en cada caso, lo que será motivo de comentario posterior.

Como expresan De Manuele y Frem, es prudente distinguir la planilla de horas extras y el registro de horas suplementarias de lo que son las tarjetas reloj o los sistemas de control horario mecánicos, manuales o digitales y computarizados que pueda imponer el empleador; aclarando que estos últimos son voluntarios, que no existe una obligación principal de implementarlos y que su existencia es una vertiente más de las facultades, entre otras, de control, dirección, subordinación; siendo muy distintos los avisos y registros previstos en el art. 6 de la ley 11.544¹⁰.

No obstante lo cual consideramos que si el empleador cuenta con ese registro y no lo exhibe a requerimiento de la contraparte, pueden aplicarse las presunciones en caso de falta de exhibición de documentos en poder de la parte¹¹.

8 DE MANUELE, Abel Nicolás y FREM, Gabriel, Jornada de trabajo y descansos análisis doctrinario y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2013, p. 115.

9 CNTrab., Sala IX, "Gavotti, Patricio Augusto c/ Establecimiento Gráfico Impresores S.A., s/ Despido, sent. del 18/10/2011, citado en FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato Trabajo Comentada, T. II, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 787.

10 DE MANUELE, Abel Nicolas – FREM, Gabriel, op. cit., p. 357.

11 ARTÍCULO 253, CPCC de Córdoba: Las partes en cuyo poder se encuentren documentos necesarios para la solución del litigio o para el cotejo pericial estarán obligados a exhibirlos o, si se tratare de copia, a designar donde o en poder de quién se encuentran los originales. La negativa de las partes o el incumplimiento de la obligación de exhibirlos dentro del plazo que se le fije constituirá presunción en su contra, si de otros elementos de juicio resulte

Cuestionando la posición contraria, Jorge Elías cita fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la SCJBA que las descarta como medio de prueba, por cuanto no existe disposición legal o reglamentaria que obligue a conservarlas y tampoco a exhibirlas¹².

C. Recibos de haberes

El art.138, LCT establece que todo pago en concepto de salario u otra forma de remuneración deberá instrumentarse mediante recibo firmado por el trabajador, o en las condiciones del artículo 59 de esta ley (firma o impresión digital). El recibo será confeccionado por el empleador en doble ejemplar, debiendo hacer entrega del duplicado al trabajador.

Los sucesivos artículos completan los requisitos y condiciones exigibles en la Ley de Contrato de Trabajo.

El recibo de pago deberá necesariamente contener, como mínimo, las siguientes enunciaci-ones: a) Nombre íntegro o razón social del empleador y su domicilio y su Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T); b) Nombre y apellido del trabajador y su calificación profesional y su Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.); c) Todo tipo de remuneración que perciba, con indicación substancial de su determinación. Si se tratase de porcentajes o comisiones de ventas, se indicarán los importes totales de estas últimas, y el porcentaje o comisión asignada al trabajador. d) Los requisitos del artículo 12 del decreto-ley 17.250/67. e) Total bruto de la remuneración básica o fija y porcentual devengado y tiempo que corresponda. En los trabajos remunerados a jornal o por hora, el número de jornadas u horas trabajadas, y si se tratase de remuneración por pieza o medida, número de éstas, importe por unidad adoptado y monto global correspondiente al lapso liquidado. f) Importe de las deducciones que se efectúan por aportes jubilatorios u otras autorizadas por esta ley; embargos y demás descuentos que legalmente correspondan. g) Importe neto percibido, expresado en números y letras. h) Constancia de la recepción del duplicado por el trabajador. i) Lugar y fecha que deberán corresponder al pago real y efectivo de la remuneración al trabajador. j) En el caso de los artículos 124 y 129 de esta ley, firma y sello de los funcionarios o agentes dependientes de la autoridad y supervisión de los pagos. k) Fecha de ingreso y tarea cumplida o categoría en que efectivamente se desempeñó durante el período de pago.

La remuneración abonada al trabajador debe ser acreditada mediante los recibos de haberes debidamente suscriptos por el trabajador, sumado ello a la transferencia de las sumas consignadas en las cuentas salariales abiertas a tal efecto, en caso que el trabajador niegue haber recibido las sumas consignadas en dichos recibos (art. 124, LCT y resolución 360/2001 MTESS).

Las normas impositivas y laborales se contradicen en este aspecto. Por el lado de la Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 124, se establece que las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por éste o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria o en institución de ahorro oficial. Dicha cuenta, especial tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún

verosímil su existencia y contenido.

12 ELIAS, Jorge, "La patología de la jornada de trabajo", en Revista de Derecho Laboral, 2006 - 1, Jornada y Descansos, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, Santa Fe, p.172.

concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada. La autoridad de aplicación podrá disponer que en determinadas actividades, empresas, explotaciones o establecimientos o en determinadas zonas o épocas, el pago de las remuneraciones en dinero debidas al trabajador se haga exclusivamente mediante alguna o algunas de las formas previstas y con el control y supervisión de funcionarios o agentes dependientes de dicha autoridad. El pago que se formalizare sin dicha supervisión podrá ser declarado nulo. En todos los casos el trabajador podrá exigir que su remuneración le sea abonada en efectivo.

Como se puede ver, el último párrafo admite el pago de los sueldos en efectivo.

Sin embargo, la Resolución 360/01 del Ministerio de Trabajo estableció que los empleadores deberán abonar las remuneraciones en dinero de su personal permanente y contratado bajo cualquiera de las modalidades previstas en la legislación vigente, en cuentas abiertas a nombre de cada trabajador. Según la norma, las cuentas tendrán que abrirse en entidades bancarias habilitadas que posean cajeros automáticos en un radio de influencia no mayor a 2 kilómetros del lugar de trabajo, en zonas urbanas, y 10 kilómetros en zonas no urbanas o rurales. Por último, la resolución dispone la gratuidad del servicio para el trabajador y la no imposición de límites de extracciones.

Hay también dos circulares del Banco Central relacionadas con este tema: «A» 2956/99 y «B» 6657/00. De ellas surge que los empleados tendrán la libre elección de la entidad y de la sucursal en la que se acreditarán los sueldos de los trabajadores.

Sin embargo, en otra dirección, la Ley Antievasión (25.345) del año 2000 estableció que no tendrán efectos entre las partes y frente a terceros los pagos superiores a \$ 1.000 que se realicen sin los medios de pago previstos en la norma.

Para esos pagos se prevén los siguientes medios de cancelación:

1. Depósitos en cuentas de entidades financieras.
2. Giros o transferencias bancarias.
3. Cheques o cheques cancelatorios.
4. Tarjeta de crédito, compra o débito.
5. Factura de crédito (casi sin efecto en la práctica).
6. Otros procedimientos que expresamente autorice el Poder Ejecutivo.

Los pagos que se efectúen sin esos medios, bancarizados, según la ley no tendrán efectos tributarios. O sea, quiere significar que a las empresas que no los hagan utilizando esos medios la AFIP podría impugnarles los créditos fiscales y la deducción del gasto en el Impuesto a las Ganancias.

Según esta última disposición, un empleador a quien su empleado solicitó el pago del sueldo en efectivo, según lo previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, podría ver afectada la posibilidad de la deducción del gasto en el Impuesto a las Ganancias, por la Ley Antievasión.

El importe de remuneraciones por vacaciones, licencias pagas, asignaciones familiares y las que correspondan a indemnizaciones debidas al trabajador con motivo de la re-

lación de trabajo o su extinción, podrá ser hecho constar en recibos por separado de los que correspondan a remuneraciones ordinarias, los que deberán reunir los mismos requisitos en cuanto a su forma y contenido que los previstos para éstos en cuanto sean pertinentes.

En caso de optar el empleador por un recibo único o por la agrupación en un recibo de varios rubros, éstos deberán ser debidamente discriminados en conceptos y cantidades.

Los jueces apreciarán la eficacia probatoria de los recibos de pago, por cualquiera de los conceptos referidos en los artículos 140 y 141 de esta ley, que no reúnan algunos de los requisitos consignados, o cuyas menciones no guarden debida correlación con la documentación laboral, previsional, comercial y tributaria.

El empleador deberá conservar los recibos y otras constancias de pago durante todo el plazo correspondiente a la prescripción liberatoria del beneficio de que se trate.

El pago hecho por un último o ulteriores períodos no hace presumir el pago de los anteriores.

La firma que se exigiera al trabajador en libros, planillas o documentos similares no excluye el otorgamiento de los recibos de pago con el contenido y formalidades previstas en esta ley.

El recibo no debe contener renunciaciones de ninguna especie, ni puede ser utilizado para instrumentar la extinción de la relación laboral o la alteración de la calificación profesional en perjuicio del trabajador. Toda mención que contravenga esta disposición será nula.

La autoridad de aplicación, mediante resolución fundada, podrá establecer, en actividades determinadas, requisitos o modalidades que aseguren la validez probatoria de los recibos, la veracidad de sus enunciaciones, la intangibilidad de la remuneración y el más eficaz contralor de su pago.

D. Libro de Inspecciones Laborales de la Ley n° 8015 de Córdoba

En el primer capítulo de esta ley cordobesa dedicado a las inspecciones de la autoridad administrativa local, se encuentra el art. 3, que dispone: "Los empleadores deberán habilitar un libro de inspecciones foliado y rubricado por el Ministerio de Trabajo. Este deberá ser requerido por los inspectores en la actuación que realicen en cada establecimiento dejando sentado en forma sucinta el resultado de su actuación, bajo su firma y sello."

En la actualidad en Córdoba este libro no se digitalizó, sigue siendo un libro manual, que debe ser sometido a rúbrica por el Ministerio, sin límite temporal y debe existir uno en cada establecimiento. Generalmente es poco utilizado, aún por los propios funcionarios, aunque lo consideramos una importante herramienta de los inspectores en la medida de una labor inspectiva cabal y metódica. De este modo, se registra el seguimiento al empleador y el mejoramiento –o no– de las medidas exigidas a éste en cada visita.

3.2. Requisitos exigibles en el Sistema Único de Registro Laboral del art. 18, Ley 24.013

La registración ante los organismos pertinentes enunciados en el art.18. a LNE, se encuentra concentrada en la actualidad en el Sistema Único de Registro Laboral (S. U. R. L.); mecanismo organizado y conducido por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Mi-

nisterio de Trabajo (arts. 18 y 19, LNE). Dado que el Instituto Nacional de Previsión Social y las Cajas de Subsidios Familiares han sido suprimidos por el Decreto 2284/91 (arts. 91 y 96, de desregulación), el único organismo subsistente de los allí enumerados sería la obra social correspondiente. Sin embargo, debe considerarse que el sistema ha quedado integrado con el registro de empleadores y trabajadores a través de la Clave Única de Identificación Tributaria (C. U. I. T.) y del Código Único de Identificación Laboral (C. U. I. L.), respectivamente, anudados a la declaración del inicio de la relación, modalidad y tipo del contrato instrumentado a través de la Clave de Alta Temprana (C. A. T.) ante la AFIP.

El Sistema Único de Registración Laboral se encarga de concentrar la información sobre el empadronamiento de empleadores, trabajadores activos, desempleados beneficiarios de prestaciones sociales, asignaciones familiares y obras sociales. Las disposiciones 4/93, 1/97, 2/97 del SURL, relacionadas con la asignación del CUIL -que individualiza a los trabajadores tanto en sus relaciones con sus empleadores como frente a los organismos vinculados con la administración del trabajo y la seguridad social-, establecen que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES, confrontar sus Res. 194/95 y 232/99) es la encargada de asignar el CUIL de modo automático, sin excepción alguna, ante la presentación de los trabajadores en forma personal o por intermedio de sus empleadores, sean nacionales o extranjeros cuyo trabajo no fuera objeto prohibido por ser inmigrantes ilegales.

La resolución 899/00 instrumenta la Clave de Alta Temprana (C. A. T.) de trabajadores en relación de dependencia. Para efectuar la consulta de las claves de alta temprana otorgadas sólo debe contarse con CUIT del empleador y CUIL o CUIT, según corresponda, del trabajador, para consignarlos en el link respectivo del sitio web oficial de la AFIP.

La Res. Gral. 899/00 (AFIP), en su art. 1 (según texto modificado por Res. Gral. 943 –BO 18/12/00), establecía que los empleadores responsables del Sistema Unificado de la Seguridad Social (SUSS), incluidos aquellos que hayan adherido al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS), quedan obligados a solicitar la CAT de sus nuevos trabajadores dependientes, en los términos y condiciones establecidos en esa resolución general. Allí se dispone que la mencionada solicitud deberá realizarse con anterioridad a la fecha de inicio de las tareas de los referidos trabajadores, salvo en aquellas actividades comprendidas en el Anexo en las que la relación laboral puede ser dadas de alta el mismo día de ingreso del trabajador. A tales efectos, precisa que se considerará como fecha de inicio de la prestación de tareas la de comienzo efectivo de la relación laboral, cualquiera fuera la modalidad de contratación celebrada.

El Art. 2 (según texto R. G. 943/00), regula que a los fines previstos en el artículo anterior, los empleadores formalizarán la "Solicitud de Alta Temprana", según alguna de las modalidades que allí se indicaban.

La resolución 2988/2010 completa y sustituye las anteriores, con últimas modificaciones de la Res. 4955/2018.

El decreto 2284/91 del 31 de octubre de 1991, crea el Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS) Dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, que tendrá a su cargo todas las funciones y objetivos que hasta hoy competen a la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, a la Caja de Subsidios Familiares para el personal de la Industria, a la Caja de Asignaciones Familiares para el personal de la

Estiba, Actividades Marítimas, Fluviales y de la Industria Naval.

El sistema "SIMPLIFICACION REGISTRAL" denominado así por la *Resolución General N° 3489/2013 de la AFIP B.O. 29/4/2013* es el sistema a través del cual se formalizan las comunicaciones en el "Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social", en adelante el "Registro", referidas al alta o la baja de cada uno de los trabajadores que incorpora o desafecta el empleador de su nómina salarial, así como a la modificación de determinados datos informados.

Los empleadores comprendidos en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), en relación con cada uno de los trabajadores que incorporen o desafecten de su nómina salarial, aun cuando se trate de sujetos cuya modalidad de contratación sea la pasantía, quedan obligados a ingresar en el "Registro" los datos que se detallan en el Artículo 5°, así como los que contemplen las normas que dicten los organismos de la seguridad social intervinientes en el Programa de Simplificación y Unificación Registral.

Asimismo, el empleador respecto de cada uno de sus trabajadores podrá modificar determinados datos de la información que posee el "Registro", así como anular el alta comunicada en el caso de que no se haya producido el comienzo efectivo de las tareas.

PLAZOS PARA COMUNICAR E INFORMACION A SUMINISTRAR: La comunicación del alta en el "Registro" deberá efectuarse dentro de los plazos que, para cada caso, se indican a continuación:

- a) Trabajador que se contrate para realizar tareas inherentes a alguna de las actividades que se detallan en el Anexo I de la presente: hasta el momento de comienzo efectivo de las tareas, sin distinción de la modalidad de contratación.
- b) Trabajador que no se encuentre comprendido en el inciso precedente: hasta el día inmediato anterior, inclusive, al de comienzo efectivo de las tareas, cualquiera fuera la modalidad de contratación celebrada.

La comunicación de la baja en el "Registro" deberá realizarse dentro del plazo de CINCO (5) días corridos, contados a partir de la fecha, inclusive, en que se produjo la extinción del contrato de trabajo, por cualquier causa.

En el "Registro" se deberán ingresar, con carácter obligatorio, los siguientes datos:

- a) En relación con el empleador:
 1. Apellido y nombres, denominación o razón social, Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.), fecha de alta como empleador y domicilio fiscal.
 2. Código y denominación de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) contratada.
 3. Código/s y denominación/es de la/s Obra/s Social/es correspondiente/s a la/s actividad/es del empleador.
 4. Identificación del/los Convenio/s Colectivo/s de Trabajo que correspondan a la/s actividad/es que desarrolla el empleador.
 5. Domicilio/s de explotación, entendiéndose por tal el/los lugar/es afectado/s a la o las actividades del empleador.
 6. Código/s y denominación/es de la/s actividad/es económica/s realizada/s en el domicilio de explotación.
 7. Clave Bancaria Uniforme (C.B.U.) de la cuenta bancaria destinada al reintegro de asignaciones familiares.
- b) En relación con cada trabajador:

1. Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.) o, en el caso de no poseerlo y de tener asignada la Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.), esta última.
2. Apellido y nombres.
3. Domicilio real declarado.
4. Domicilio real actualizado, de corresponder.
5. Código y denominación de la Obra Social correspondiente a la actividad a la que se encuentra afectado cuando el trabajador no haya elegido un determinado agente de salud.
6. Monto de la remuneración mensual —sujeto a aportes según el Artículo 9º de la Ley N° 24.241 y sus modificaciones— pactada entre el empleador y el trabajador.
7. Código y denominación que indica la modalidad de liquidación de la remuneración.
8. Interrelación “Domicilio de explotación-Actividad económica”, correspondiente al lugar de desempeño del trabajador.
9. Código y denominación del puesto a desempeñar por el trabajador, mediante el que se identificará la tarea específica que realizará.
10. Código y denominación de la modalidad de contratación.
11. Si se trata de un trabajador agropecuario.
12. La fecha de inicio de la relación laboral, en el caso de una comunicación de alta.
13. La fecha de finalización de la relación laboral, cuando se trate de la modalidad de contratación a plazo fijo.
14. La fecha de inicio de la suspensión de la relación de trabajo, en el caso de las relaciones de trabajo permanentes y discontinuas a que se refiere el inciso a) del Artículo 5º del Decreto N° 1694 del 22 de noviembre de 2006.
15. La fecha de cese de la relación laboral y el código del tipo de baja de que se trate, en el caso de que se comunique una baja en el “Registro”.
16. Fecha de nacimiento.
17. Denominación del nivel de formación: se informará el nivel de estudios del trabajador.
18. Marca de incapacidad/discapacidad.
19. Clave Bancaria Uniforme (C.B.U.) de la cuenta sueldo, para el depósito de las asignaciones familiares y el pago de la cobertura de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), en caso de prestación dineraria por siniestro.
20. Vínculos Familiares que se indican en el Anexo III de la presente. Los datos ingresados deberán surgir de la documentación respaldatoria que se encuentre en poder del empleador.
21. Identificación del Convenio Colectivo de Trabajo y Categoría Profesional que le corresponda.
22. Identificación del tipo de servicio del trabajador.
23. Identificación de la boca de pago disponible, para los casos en que no se haya informado Clave Bancaria Uniforme (C.B.U.).
24. Número telefónico.
25. Dirección de correo electrónico.

Cabe destacar que el art. 75 del CCCN, modificado en junio de 2020, establece que las partes de un contrato pueden constituir un domicilio electrónico en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones, comunicaciones y emplazamientos que allí se dirijan. Es decir que en estos casos el intercambio de e-mails será prueba contundente de tales extremos.

Los demás datos del empleador y del trabajador que no se actualicen automáticamente en el sistema mediante la información suministrada por otras bases de datos, deberán

ser modificados por el primero de dichos sujetos dentro del plazo de CINCO (5) días hábiles administrativos, de haber ocurrido el evento que origina el cambio.

4. La documentación laboral específica y exigible en los regímenes especiales y estatutos particulares

A su vez, los estatutos particulares y regímenes especiales y ciertas modalidades contractuales, contienen aún más exigencias en torno a la documentación que deben llevar obligatoriamente, registrada, rubricada y debidamente conservada. Estos son los que lo definen, imponen y regulan su obligatoriedad.

No pretendemos en este trabajo agotar el universo de actividades posibles, sino presentarles las más habituales.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), la disposición 969/2014 sobre policía laboral prevé la siguiente documentación laboral obligatoria y sujeta a rúbrica: 1. Libro Especial del art. 52, LCT, 2. Libro para Pequeña y Mediana Empresa. 3. Libro para peluqueros. 4. Libro de órdenes para los trabajadores de casas de renta. 5. Libro de altas y bajas para la actividad gastronómica. 6. Libro para la actividad bancaria – horas extras. 7. Libro de altas y bajas para la actividad de la sanidad. 8. Libro de viajantes de comercio. 9. Libro para la actividad rural. 10. Planilla de horarios para el personal femenino. 11. Planillas de Kilometraje. 12. Libreta para trabajadores de casa de renta. 13. Libretas de trabajadores de automotor de pasajeros. 14. Obleas de Transporte. 15. Libro de horas suplementarias. 16. Libro de trabajo a domicilio¹³.

En Córdoba, la resolución 103/2010 de la Secretaría de Trabajo detalla la documentación laboral obligatoria (entre otras) sujeta a rúbrica según la autoridad de aplicación: a) Libro Especial de Sueldos y Jornales (Ley 20.774, art.52) b) Libro de Viajantes de Comercio (Ley 14.546, art.10) c) Libro de Trabajo a Domicilio (Ley 12.713, art. 6) d) Libro para la Actividad Agraria (Ley 22.248, art.122 y 123) e) Libro de Orden para Trabajadores de Casa de Rentas (Ley 12.981) art.25, Régimen Legal de los Encargados y Ayudantes de Casas de Departamentos) (CCT 378/04, art 23 inc 13) (CCT 390/04, art. 23 inc 13) de la ley 13.512 f) Libro de Inspección. (Ley 8015 Art.3- Cba.); g) Libro de Registro de horas suplementarias (Ley 11.544, art. 6, inc. c) h) Libro para la pequeña y mediana industria. (Ley 24.467, art. 84) i) Libro para peluqueros. (Ley 23.947, art. 6) j) Planilla de Kilometraje. (CCT 40/89) ll) Planilla de Horarios y Descansos. (Ley 11.544, art.6 y Dec. 16115, art. 20) k) Planilla de diagrama de horarios (horarios rotativos según convenio). l) Libreta de Trabajo de Personal Doméstico. (Dec. Ley 326/56, art. 11). m) Libreta de Trabajadores Automotor de Pasajeros. (Res. 17/98 MTSS) n) Libreta de Trabajo a Domicilio. (Ley 12.713, art 7). o) Libreta de horas suplementarias. (Dec. 16.115, art. 20) p) Registro de una sección particular del Libro Especial del Art.52 Ley 20.744 sobre registro de empresas con prestación de servicios eventuales (Dec.1694/06, art.13). q) Toda otra documentación a rubricar que en el futuro la Ley de fondo o convenio colectivo de trabajo establezcan.

4.1. Empresa de servicios eventuales. Sección particular del Art. 13 (Decreto 1694/2006) – Decreto 762/2014

Las empresas usuarias y de servicios eventuales deberán llevar una sección particular del

13 FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato Trabajo Comentada, T. II, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 785.

libro especial del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t. o. 1976) y sus modificaciones, que contendrá:

1. EMPRESAS USUARIAS: a) Individualización del trabajador que preste servicios a través de una empresa de servicios eventuales; b) categoría profesional y tareas a desarrollar; c) fecha de ingreso y egreso; d) remuneración denunciada por la empresa de servicios eventuales o el importe total de la facturación; e) nombre, denominación o razón social, número de C. U. I. T., número de habilitación y domicilio de la empresa de servicios eventuales a través de la cual fue contratado el trabajador.

2. EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES: a) Individualización del trabajador que preste servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual; b) categoría profesional y tarea a desarrollar; c) fecha de ingreso y egreso en cada destino; d) remuneración; e) nombre, denominación o razón social, número de C. U. I. T. y domicilio de las empresas usuarias donde fuera destinado el trabajador.¹⁴

Las registraciones que se realicen de conformidad con las exigencias de la norma, además de las que efectúe la empresa de servicios eventuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º, LE, respecto de los trabajadores que prestan servicios en las empresas usuarias, en todos los casos surtirán plenos efectos, respecto de estas últimas, en lo que hace a la obligación de registración.

El decreto 762/2014¹⁵ establece en su artículo 2 y siguientes que a los fines específicos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo n° 24.557 y sus modificatorias, los trabajadores provistos por Empresas de Servicios Eventuales (E.S.E.) para la prestación de las tareas definidas en el decreto n° 1694/2006, deberán incluirse dentro de la nómina salarial de la empresa usuaria (E.U.) mientras se encuentren prestando servicios para ella, siendo de aplicación los artículos 23 y siguientes de dicha ley. La ART contratada por la empresa usuaria será la que deberá cumplir con las prestaciones correspondientes, mientras el trabajador se encuentre prestando servicios para dicha empresa. De los pagos que efectúe a la ESE, la empresa usuaria deberá retener el importe correspondiente a las cuotas por ART y hacer el depósito respectivo. Será la empresa usuaria la obligada a denunciar cualquier accidente o enfermedad profesional relativa al trabajador eventual contratado a través de la ESE.

4. 2. Libro especial para PYMES

El régimen laboral especial establecido por ley 24.467 para las PYMES, en su Título III destinado exclusivamente para la *pequeña* empresa (no así la *mediana*), creó el registro único de personal para la pequeña empresa (R. U. P), cuya definición surge del art. 83 de la ley citada. El art. 86 ib, prevé que: "*En el Registro Único de Personal quedarán unificados los libros, registros, planillas y demás elementos de contralor que se señalan a continuación: a) El libro especial del art. 52 del régimen de contrato de trabajo (LCT, T.O. 1976). b) La sección especial establecida en el art. 13, ap. 1, del dec. 342/92. c) Los libros establecidos por la ley 12.713 y su decreto reglamentario 118.755/42 de trabajadores a domicilio. d) El libro especial del art. 122 del régimen nacional de trabajo agrario de la ley 22.248" (anterior régimen).*

A través del art.87 de la ley 24.467, se indican los datos que deben consignarse: "*En el*

14 FOGLIA, Ricardo, "Empresas de servicios eventuales" en RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (director), BARILARO Ana (coordinadora) Ley de contrato de trabajo, La Ley, Buenos Aires, 2007, tomo 2, p. 264.

15 Decreto PEN 762/2014 (B.O.,30/5/2014).

registro único de personal se hará constar el nombre y apellido o razón social del empleador, su domicilio y número de CUIT, y además se consignarán los siguientes datos: a) Nombre y apellido del trabajador y su documento de identidad. b) Número de CUIL. c) Domicilio del trabajador. d) Estado civil e individualización de sus cargas de familia. e) Fecha de ingreso. f) Tarea a desempeñar. g) Modalidad de contratación. h) Lugar de trabajo. i) Forma de determinación de la remuneración asignada, monto y fecha de su pago. j) Régimen previsional por el que haya optado el trabajador y, en su caso, individualización de su administradora de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP). k) Toda modificación que se opere respecto de los datos consignados precedentemente y, en su caso, la fecha de egreso. La autoridad de aplicación establecerá un sistema simplificado de denuncia individualizada de personal a los organismos de seguridad social". La sustitución de los libros y registros exigidos por la LCT y otras normas laborales estatutarias o convencionales, por el "registro único de personal", no es obligatorio, sino facultativo para las pequeñas empresas (art. 84, ley 24.467).¹⁶

4. 3. Régimen de Trabajo Agrario – Ley 26.727

A partir de la sanción de la ley 26.727 (B.O.,28/12/2011) las disposiciones de la LCT son aplicables a los trabajadores agrarios (art. 2) en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la nueva ley, razón por la cual, la normativa desarrollada resulta aplicable en su totalidad.

La libreta del trabajador agrario, documento personal intransferible y probatorio de la relación laboral. Su uso es obligatorio para todos los trabajadores que desarrollen tareas correspondientes a la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, comprendidas en el ámbito de aplicación del Régimen del Trabajo Agrario en todo el territorio de la República Argentina.

El Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) es la entidad en la que deben inscribirse obligatoriamente empleadores y trabajadores agrarios. El RENATRE brinda prestaciones por desempleo, cobertura de salud y de sepelio, las capacitaciones, certificación de competencias laborales, entre otros.

4. 4. Estatuto del viajante de comercio

La ley 14.546 establece en su art.10 un libro especial: Los comerciantes o industriales llevarán un libro especial registrado y rubricado en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio, en el cual se harán las siguientes anotaciones: a) nombre, apellido y fecha de ingreso del viajante; b) sueldo, viático y por ciento en concepto de comisión y toda otra remuneración; c) determinación precisa e individualizada de la zona o lugar asignado para el ejercicio de sus operaciones; d) inscripción por orden de fecha y sucesivamente de las notas de venta entregadas o remitidas, estableciendo el monto de la comisión devengada y de las notas y comisiones que correspondan a operaciones indirectas. De las mismas efectuarán liquidación detallada, que entregarán o remitirán al viajante, conjuntamente con las copias de facturas; e) naturaleza de la mercadería a vender.

4. 5. Régimen de la Construcción

La ley 22.250 estableció el Registro Nacional de la Industria de la Construcción como órgano de aplicación de la ley, que funciona como ente autárquico en jurisdicción del

16 LAYÚN, Camel Rubén – BLANC de ARABEL, Mercedes, Flexibilidad laboral y relaciones de trabajo en las PYMES, Marcos Lerner, Córdoba, 1995, p. 91.

Ministerio de Trabajo de la Nación y con competencia en todo el país. En él deben inscribirse obligatoriamente el empleador y el trabajador comprendidos en el régimen de la ley según lo determinado en el artículo 1. El empleador se inscribirá dentro de los quince (15) días hábiles de iniciada su actividad como tal y realizará la inscripción del trabajador dentro de igual plazo contado desde la fecha del ingreso de éste.¹⁷

El IERIC (Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción) es un Órgano de Aplicación de la ley 22.250, autárquico, con competencia en todo el territorio nacional.

La Credencial de Registro Laboral es el instrumento obligatorio que expide el IERIC. Contiene en formato digital los datos de identidad, filiación y domicilio del trabajador; constancias del número y de la fecha de inscripción de este último, otorgadas por el Instituto, como así también las anotaciones correspondientes a los sucesivos contratos laborales celebrados con los diversos empleadores y demás constancias que le garanticen al trabajador, la percepción del Fondo de Cese Laboral. Los plazos para dicha entrega están previstos en los arts. 13 y 14, ley 22.250.

El Fondo de Cese laboral del trabajador: es la suma que percibirá el trabajador al extinguirse la relación laboral, independientemente de la causa de extinción y de cuál de las partes rescindió el contrato.

Se integra a partir del inicio de la relación laboral con una contribución obligatoria a cargo del empleador del 12% el primer año y del 8% los restantes años. El mismo debe realizarse mensualmente sobre la remuneración bruta del trabajador, sin incluir recargo de horas extras, SAC (Sueldo Anual Complementario) ni indemnizaciones de cualquier naturaleza, arts. 15 a 18, ley 22.250. Si el contrato de trabajo se extingue y reanuda luego, el empleador vuelve a contribuir con el 12% inicial.

4. 6. Encargados de casas de rentas

La ley 12.981 establece que el empleador deberá anotar en la libreta de trabajo las constancias siguientes: a) Fecha de ingreso del trabajador y retribución estipulada; b) Constancia mensual de haberse efectuado el pago del salario convenido; c) Época en que se le acordó el descanso anual a que se refiere el inciso c) del artículo 3º, d) Si el trabajador lo solicitare, constancia del tiempo que lo tuvo a su servicio. Asimismo, queda prohibido al empleador asentar recomendaciones personales sobre el comportamiento del empleado.¹⁸

4. 7. Libro especial de peluqueros

La ley 23.947 establece que los comerciantes llevarán un libro especial registrado y rubricado en las mismas condiciones que se exigen para los restantes libros laborales, en el que constará: inscripción por orden de fecha, numeradas y correlativas de las copias de facturas por servicios o ventas a los clientes (art. 6).¹⁹

4. 8. Régimen Especial del Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares - Ley 26.844

La ley 26.844, publicada en el Boletín Oficial con fecha 12 de abril de 2013 establece un régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares, que

17 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Astrea, Buenos Aires, 2001, tomo 1, pp. 680-681.

18 GOLDÍN, Adrián, Encargados y otros trabajadores de edificios en propiedad horizontal. Buenos Aires: Hammurabi, 1992, pp. 203-208.

19 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, op. cit., p. 722.

reformula y sustituye el régimen de Servicio Doméstico dispuesto por el Decreto-ley 326/1956. De este modo y asimismo, se modifica el artículo 2 de la ley 20.744, estableciéndose que las disposiciones de la LCT son aplicables al personal de casas particulares (art. 2) en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la nueva ley.

La Resolución General AFIP 3491/2013 creó el llamado "Registros especiales de la Seguridad Social" en el marco del programa de Simplificación y Unificación Registral. Se accede al mismo a través del sitio web de AFIP www.afip.gob.ar con clave fiscal habilitada y allí deben efectuarse las comunicaciones de altas y bajas y/o modificaciones de este colectivo de trabajadores. También dicha reglamentación estableció una suerte de moratoria o jubileo hasta el 30 de junio de 2013 para registrar a los trabajadores con relaciones laborales existentes al 31 de mayo de 2013.

A más de la libreta de trabajo, documento registral con las características y requisitos que disponga la autoridad de aplicación, mediante la utilización de tarjetas de identificación personal u otros sistemas que faciliten la fiscalización y permitan un acceso pleno a los derechos consagrados por la ley, esta nueva normativa desarrolló el formulario 102/B (AFIP) para la denuncia de modalidad laboral, jornada y remuneración, con el consecuente pago de aportes y contribuciones al SUSS y el pago de la cuota a la ART denunciada. Sumado a ello el formulario 575/B (AFIP) determina el pago aportes voluntarios para acceder al PMO (programa médico obligatorio), para incluir a su grupo familiar primario dentro de la cobertura del PMO y para obtener o mejorar su haber jubilatorio.

4.9. CCT 40/89 - Camioneros

Según el art. 4.2.15 del CCT 40/89, el empleador tiene la obligación patronal de llevar debidamente confeccionada, registrada y rubricada la Planilla de Contralor de Km. recorridos. El empleador tendrá la obligación de llevar por duplicado, una planilla rubricada por la autoridad de aplicación, en la cual se asentarán los kilómetros recorridos en cada viaje, la que para conformidad firmarán las partes y mensualmente el principal entregará el o los duplicados debidamente firmados. Este es un soporte fundamental ya que el conductor de larga distancia es aquel que durante la jornada supera los 100 kms. de distancia de su lugar habitual. No labora durante una jornada horaria, sino que lo hace recorriendo kilómetros. Por los viajes que le son encomendados, le tome el tiempo que le tome, teniendo como límites los límites que le impone la reglamentación (días u horarios prohibidos de conducción) y las 12 hs. de descanso entre jornada y jornada y los francos compensatorios al retorno de los viajes o la llegada a destino.

Entonces, el régimen de horas extras es suplido por el adicional de kms. recorridos (art. 4.2.3), de carácter remunerativo que se duplica el sábado después de las 13 hs. el domingo y los feriados. Existen además otros adicionales funcionales, es decir en función del recorrido y de la efectiva prestación de servicios, tales como viático por km. recorrido - Viático en garantía (art. 4.2.4) (por día y por persona en viaje); Permanencia fuera de la residencia habitual (art. 4.2.5); El control de descarga (4.2.6), El promedio km. (art. 4.2.7): El conductor no es ocupado efectivamente y se considera una sanción injusta, el adicional del Transporte pesado de larga distancia (art. 4.2.8), entre otros, todo lo cual debe ser asentado en estas planillas.

4.10. Transporte Automotor de Pasajeros

En el ámbito del transporte automotor de pasajeros rige la obligación de confección y portabilidad de la Libreta de Trabajo para el Transporte Automotor de Pasajeros. El Dec. 1038/1997 (PEN) establece los empleadores serán responsables de asegurar que todo conductor porte ese documento, como condición necesaria para la prestación de sus tareas. La libreta deberá tener sus registros permanentemente actualizados, debiendo consignarse la hora de entrada y salida del trabajador al momento del inicio y culminación de las tareas. El conductor deberá exhibirlo cada vez que le fuera requerido por personal de inspección del trabajo o de fiscalización del transporte".

El MTESS dictó la Resolución 17/1998 y dispone que las libretas de trabajo deberán ser llevadas con sus registros permanentemente actualizados y serán rubricadas por la Autoridad Administrativa del Trabajo correspondiente al lugar del domicilio legal del empleador, cuando se trate de sociedades o entidades regularmente constituidas, o el del asiento principal de sus negocios, en los supuestos de sociedades irregulares o personas físicas.

Contendrán las fojas necesarias que abarquen las registraciones horarias correspondientes a doce (12) meses. Regirán para la libreta de trabajo las prohibiciones que a continuación se transcriben: 1. Alterar los registros efectuados en ella. 2. Dejar espacios en blanco o intercalar anotaciones. 3. Tachar o modificar anotaciones. 4. Suprimir fojas, o alterar su foliatura o registro. 5. Hacer anotaciones en lápiz o con algún otro material que posibilite su alteración. 6. Hacer interlineaciones, raspaduras, agregados o enmiendas, las que de efectuarse deberán ser salvadas en la respectiva libreta, con la firma del representante de la empresa y del trabajador, en el espacio destinado a observaciones.

El ejemplar de Libreta de Trabajo correspondiente al empleador podrá ser llevado en registro de hojas móviles numeradas correlativamente, a través de sistemas informáticos, con sus registraciones horarias diariamente actualizadas, requiriendo para ello la previa autorización y rúbrica por parte de la autoridad administrativa, debiendo estar precedido cada conjunto de hojas por una constancia extendida por dicha autoridad de la que resulte su número y fecha de habilitación.

El ejemplar del trabajador no podrá ser retenido por ningún empleador, salvo que medie expreso requerimiento por escrito de autoridad competente.

Los empleadores deberán presentar las solicitudes de renovación y las nuevas libretas para su rúbrica ante la Autoridad Laboral correspondiente, con suficiente anticipación.

5. La prueba. Los sistemas procesales generales. El proceso laboral en particular

El concepto de prueba tiene carta de ciudadanía en las diferentes ramas del derecho, pero varía en su acepción; tal movilidad continúa aún dentro de la ciencia procesal de acuerdo al sistema elegido para la realización de los derechos²⁰.

En sentido jurídico procesal la prueba se presenta como la comprobación judicial por los medios que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.²¹

20 FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA, Cristina, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465, Comentado y Concordado con los Códigos de la Nación y Provinciales, Tomo II, Segunda Edición actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 359.

21 MORELLO, Augusto M., "La prueba tendencias modernas", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991 p. 102, citado en FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA, Cristina, op. cit. p. 363.

El procedimiento probatorio comprende entonces la totalidad de las actividades procesales relacionadas con la prueba en sus diversas etapas o fases²²

Palacio expresa que es la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes como fundamentos de sus peticiones²³.

Couture hace referencia a un método idóneo para la demostración de la verdad de los hechos alegados por las partes en un determinado proceso.²⁴

Sin embargo, por vigencia de diferentes sistemas imperantes en el procedimiento civil, penal, entre otros, la actividad de probar adquiere diversas significaciones. Ello ocurre por el mayor o menor grado de preponderancia de ciertos postulados básicos propios de cada sistema y por la evolución del pensamiento jurídico procesal y doctrinario.

Desde esta proyección clásica se han esbozado términos antinómicos: comprobación – averiguación y verdad formal – verdad real.

En el procedimiento civil de corte dispositivo puro, cuyo modelo toman la mayoría de los códigos, el impulso del proceso, la fijación de las pretensiones y la aportación de las pruebas es actividad exclusiva de las partes; está en consecuencia vedado al Tribunal la iniciativa probatoria salvo excepcionalmente para ordenar medidas para mejor proveer cuya utilización es restringida.

Las reglas del sistema inquisitivo, en cambio, imponen al juzgador el deber de investigar autónomamente para averiguar la verdad real sin límite alguno.

Se nos presentan así el dispositivo y el inquisitivo como sistemas opuestos. Sin embargo, los ordenamientos procesales no se presentan en forma pura sino mixturados o combinados unos con otros. Así hoy se señala que una regla es prevalentemente dispositiva o inquisitiva ya que es imposible que carezcan de algún rasgo del opuesto²⁵.

En forma conteste la doctrina²⁶ considera que existe un sistema intermedio o mixto en el que el juez tiene iniciativa probatoria y la posibilidad de dar impulso a la prueba también.

Dentro de este último sistema ubicamos al derecho procesal laboral pues en el proceso laboral “el juez no se encuentra limitado en su quehacer a la iniciativa de las partes,[...] pues si bien no procede a iniciar de oficio la acción, una vez incoada esta, la impulsa y continúa hasta su terminación, sin necesidad de la incitación de las partes, ordenando la ejecución de las medidas probatorias conducentes a obtener la verdad real, supliendo con su actividad, la pasividad de los directos interesados y ello como consecuencia de

22 DEVIS ECHANDÍA, “Teoría general de la prueba judicial”, Ed. Zavalía, 1970, Bs. As., p. 274.

23 PALACIO, Lino, “Manual de Derecho Procesal Civil, Vol. 2 p. 82, citado por: SANSINENA, Patricia Josefina, en “Medidas probatorias”, Revista 14 bis de la ADTYSS Cba., Año IV, N° 24, 2002, p. 3.

24 COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° Ed. (póstuma), Depalma, Bs. As., 1958, p. 215 y 216, citado por CHÉRCOLES, Ricardo León en ARESE, César –Director- “Código Procesal del Trabajo de Córdoba comentado y concordado-, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, p. 473.

25 FERREYRA DE DE LA RÚA Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, op. cit., p. 360.

26 En el mismo sentido se expresan FERREYRA DE DE LA RÚA Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL en Medios de Prueba, Córdoba, Advocatus, 1995, p. 13 y SOMARÉ - MIROLO y HÜNICKEN, ob cit., p. 173.

que, atento las características del derecho de fondo que ha de aplicar, está en juego el orden público, según el cual, por sobre el interés de los particulares litigantes, está el interés de la colectividad que prevalece sobre el de aquellos”.²⁷

En el plano probatorio resulta impostergable aludir al concepto de verdad, definirla y ponerla dentro de sus justos límites, no en una visión ontológica o gnoseológica, sino en relación con lo jurídico – procesal. Se alterna entonces entre verdad real, material o histórica con el concepto de verdad formal, ficta o aparente, como conceptos opuestos, el último específico de los procedimientos en los que se debaten derechos disponibles y el otro, propio del derecho penal.

En la actualidad estos conceptos son reemplazados por otro que resulta superador y que se ajusta a los fines públicos del procedimiento. En este sentido, ya tiene formulación doctrinaria el concepto de *verdad jurídicamente objetiva* y no puede por sus postulados el juez renunciar a su búsqueda por motivos estrictamente formales²⁸. Este concepto se perfila en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se completa con la noción de exceso de rigor formal, desde el caso “Colalillo, Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata” del 18/9/57²⁹, la CSJN y a partir de ella, los tribunales inferiores.

La expresión verdad jurídica objetiva se entronca directamente con el concepto de servicio de justicia y el cumplimiento de los fines que a ella competen. Se trata de un concepto superador de la tradicional verdad formal y material, pues con ella lo que se pretende es que los jueces desempeñen un papel protagónico, dirijan el proceso y ejerzan en la forma efectiva sus poderes de dirección e instrucción a fin de cumplir con la función pacificadora y de justicia que se persigue en él.

Concluimos diciendo que el Procedimiento Laboral es una mixtura entre ambos, por cuanto las partes son las que incitan al órgano jurisdiccional mediante la interposición de demanda, proponiendo un esquema probatorio y coadyuvando a su diligenciamiento, pero el impulso procesal está a cargo del juez por estar comprometido el orden público laboral (art. 15, CPT), quien además es el director del proceso y puede disponer de las medidas para mejor proveer en pos de la averiguación de los hechos controvertidos (art. 33, CPT).

Este sistema resulta apropiado para compensar las desigualdades de las partes teniendo en cuenta la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos en juego.

Esta fuerte injerencia del Juzgador en la disposición de los derechos por las partes, tanto en la sentencia como en los otros modos de conclusión del proceso (acuerdos conciliatorios, desistimientos) y la potestad de la búsqueda de pruebas más allá de las propuestas por las partes, resultan facultades deliberadamente establecidas para cumplir deber de tutela judicial efectiva³⁰ que el Estado debe garantizar en virtud de los mandatos previstos en el art.14 bis, CN y los tratados y convenios que conforman el bloque de constitucionalidad (art.75 inc.22, CN).

27 SOMARÉ - MIROLO, ob. cit., p. 231.

28 FERREYRA DE DE LA RÚA Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, op. cit., p. 361.

29 elDial.com - AA688

30 ARESE, César, “Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur” Arese, C. 2020. Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur, Documento de trabajo de la OIT 10 (Ginebra, OIT).

Es decir que el Tribunal con competencia laboral se encuentra facultado para ordenar la ejecución de medidas probatorias, supliendo con su actividad la pasividad de los interesados e integrando la voluntad de las partes en la producción de las pruebas e incluso desechando prueba inconducente, todo lo cual ha sido acentuado con la reforma introducida por la ley 10.596.

Es que uno de los problemas más acuciantes del quehacer judicial es la excesiva prolongación de los juicios en el tiempo. Como consecuencia de ello, las sentencias se dictan fuera de los plazos ideales previstos en la ley y la demora opera como una valla para el acceso a la justicia y la percepción de los créditos de naturaleza alimentaria, como son los créditos laborales y la defensa de los derechos fundamentales laborales. Y claramente, la mayor demora se produce en la etapa probatoria.

6. Reglas del *onus probandi* en materia laboral. Fuentes internas y externas. Propuestas doctrinarias

Todo proceso impone a las partes la realización de determinadas conductas, que al no ser observadas pueden traer aparejadas ciertas consecuencias jurídicas desfavorables. Se encuentran orientadas a establecer a quién corresponde la acreditación de los hechos controvertidos en el proceso. Estas son las reglas del *onus probandi* o las teorías de la carga de la prueba. Es entonces, la conducta impuesta a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de hechos denunciados por ellos³¹

La carga de la prueba lleva implícita dos funciones principales, constituye una regla para el juez, ya que le indica cómo fallar cuando no se encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión. También configura una regla de conducta para las partes: les señala los hechos controvertidos sobre los cuales es necesario ofrecer y producir prueba. Esto no importa un deber u obligación procesal, sino conceptualmente una "carga", es decir un imperativo surgido del propio interés del litigante, quien de no cumplir, queda expuesto a perder el litigio.

La idea de carga de la prueba se relaciona con establecer a cuál de las partes le corresponde producir la prueba. En consecuencia, un primer concepto está referido a la conducta que la ley impone a las partes en un proceso para que acrediten la verdad de los hechos por ellos expresados. Constituye *un imperativo del propio interés*, una circunstancia de riesgo; quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, no es pasible de sanción alguna sino que queda expuesto a la perspectiva de una sentencia desfavorable³².

Para Devis Echandía la carga de la prueba es una "una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte"³³.

31 CHERCOLES, Ricardo León, citando a Couture, op. cit. p. 471.

32 ECHENIQUE, Arturo José, "Actividad Probatoria" en Derecho Procesal Civil, Teoría del Proceso, dirigido por ZINNY, Jorge Horacio, Atenea, Córdoba, 1997, p. 253.

33 DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., p.197.

La carga de la prueba no determina ni establece una obligación en cabeza de ninguna de las partes del proceso, sino que simplemente apunta o señala a la que tiene un interés jurídico en que determinado hecho sea probado en el caso. El instituto de la carga de la prueba depende de la medida que se asigne a la carga de afirmar o de negar. Según la estructura del proceso que consiste en la verificación de las respectivas alegaciones. Se basa en una neutralidad a priori del ordenamiento en el sentido que le asigna el mismo crédito o descrédito inicial a cada una de las versiones contrapuestas, corolario del principio de igualdad ante la ley.

La mera negativa del demandado posee una *aptitud constitutiva de la controversia* ya que la carencia de prueba de cargo implicará el rechazo de la demanda. Una suerte de presunción de inocencia, justificada en el Derecho Penal, que asiste al demandado en pleitos privados de contenido patrimonial, donde su justificación es más dudosa si se atiende a que en la mayoría de los pleitos que se promueven le asiste razón total o parcial al demandante.

Resulta importante que la ley procesal distribuya en forma anticipada la carga de la prueba estableciendo con claridad meridiana qué le corresponde acreditar al actor y qué al demandado en juicio, de acuerdo a las afirmaciones que hayan vertido en sus respectivas alegaciones de demanda y excepciones. De esa forma se conseguirá mayor seguridad jurídica, armonía social y el respeto por el derecho a la igualdad ante la ley.

El esquema de distribución del esfuerzo probatorio no puede ser alterado retrospectivamente en la sentencia sin desbaratar la esencia de un proceso justo. Y en consecuencia, cuando el juez ha decidido modificar el esquema de la carga probatoria, debe hacer conocer decisión.

En el postulado de la neutralidad está ínsito el principio de disposición sobre la prueba, como cuestión que atañe sólo a las partes y frente a la cual el juez debe asumir un rol pasivo. Se propicia una revisión del modelo tradicional comenzando por una reasignación del contenido y finalidad de la función adjudicativa.

El juez no puede permanecer neutral ante la verdad sin renunciar a una parte esencial de lo que su competencia republicana que le impone en defensa del interés público en sentencias justas. Se modifica el rol de las partes emplazándoselas como deudoras de cooperación con el órgano inspirado en una visión solidarista del proceso. Surge entonces otro concepto, el de cooperación procesal. Por el principio de adquisición, las pruebas son del proceso, con prescindencia de quiénes las hayan ofrecido o producido (principio de adquisición). Las reglas sobre distribución de las cargas probatorias no tienen por exclusivo destinatario a las partes. Es el juez que se enfrenta con un remanente dudoso sobre los hechos cuando debe decidir si las consecuencias desfavorables de esa incertidumbre deben ser soportadas por el actor o el demandado. No se trata de fijar quién debe llevar la prueba sino quién asume el riesgo de que falte.

Tampoco existe un modo fijo e invariable de disposición de las reglas sobre la distribución de las cargas probatorias. Los axiomas no son rígidos.

Sin embargo, resulta aceptable partir de la premisa de que: "a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto fáctico a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualesquiera sea su posición procesal, para luego acomodarla a los casos concretos con base en los criterios de normalidad, flexibilidad y facilidad.

La CN establece en su art.16 la igualdad ante la ley de todos los habitantes³⁴, principio éste que fue interpretado como igualdad de los iguales en idénticas circunstancias, criterio sustentado incluso por la CSJN en varios fallos³⁵.

Si media igualdad entre las partes parece ser lo justo y lo equitativo que corresponda al actor probar su afirmación y al demandado su negativa.

Pero si la realidad pone de manifiesto que tal igualdad no existe, es meramente formal, por aplicación del principio constitucional del art.16 de la Carta Magna, que debe interpretarse como igualdad de los iguales, la carga de la prueba en juicio no puede ser distribuida sin hacer distinciones³⁶.

No se transgrede la norma cuando a situaciones disímiles establecidas legalmente se le otorga un tratamiento distinto, ya que generalmente esta diferenciación se funda en el respeto por el orden público y el interés colectivo.

Coincidimos con Somaré y Mirolo cuando sostuvieron que “corresponderán mayores cargas, a quién dispone de mayores posibilidades en orden a la posesión de los medios idóneos de pruebas”³⁷, aduciendo posteriormente que “dentro del ordenamiento laboral, al imponer mayores cargas en orden al régimen de las pruebas, a una de las partes, no se quiebra aquel principio, pues con ello sólo se introduce una razonable distinción entre quienes se encuentran en distinta situación. Es que el principio se mantiene, precisamente, cuando en función de verdaderas desigualdades que la realidad nos muestra, se trata de armonizar aquéllas con éstas”³⁸.

Éste es uno de los fundamentos más importantes de la carga de la prueba en materia laboral, pues nos permite colocar en cabeza de una de las partes –normalmente la demandada- la obligación de cumplimentar con mayores requisitos probatorios a los fines de acreditar sus afirmaciones, en función de que es la que cuenta -en los hechos- con mayores posibilidades para hacerlo. Todo ello pretende resguardar debidamente las garantías establecidas constitucionalmente.

En el proceso laboral la carga de la prueba no concluye con la actividad de las partes. Nuestro proceso tiene también caracteres inquisitivos, por lo que el juez posee facultades suficientes para instar el proceso e incluso para recabar aquellos elementos probatorios que considere necesarios para fundamentar acabadamente su decisión.

El régimen legal le otorga distintos elementos a este fin: la inversión de la carga de la prueba, y la posibilidad de fallar *ultra petita*.

Además la ley otorga otros instrumentos de los que el juez puede valerse a los fines de establecer la verdad de los hechos, entre los que resultan de gran importancia las

34 Art. 16, CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

35 Fallos, T. CLIV, p. 283.

36 SECO, Ricardo Francisco, La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo y el principio de la inversión probatoria, Semanario Jurídico N° 1012, 24/11/1994, p.533 y ss

37 SOMARÉ - MIROLO, ob. cit., p. 229.

38 SOMARÉ- MIROLO, ob. cit., p. 234.

presunciones legales que posibilitan deducir de un hecho conocido otro que resulta desconocido o controvertido.

Éstas son:

Prueba de los hechos controvertidos. Las partes deben ofrecer y producir prueba sobre los hechos controvertidos. Es decir que, ante la ausencia de negativas o ante la presencia de afirmaciones coincidentes, no es necesaria actividad probatoria alguna.

Es ampliamente conocido y aceptado que la exigencia de prueba en el proceso se presenta siempre que un hecho alegado como base de la acción o excepción sea contradictorio; cuando no se presenta contienda por ausencia de negativas o se verifican afirmaciones concurrentes de las partes que configuren un acuerdo en torno a determinados enunciados sobre lo acontecido estos no integran la relación litigiosa.

Por lo tanto, los hechos alegados y litigiosos son aquellos que requieren actividad probatoria de las partes.

Además, en dicho proceso, el Juez es soberano en la apreciación de los medios de conocimiento, en la fijación de los hechos del caso y en la determinación de la norma jurídica aplicable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en principio, convalida esta soberanía y agrega que es facultad y responsabilidad de la autoridad judicial juzgar con equidad los casos judiciales sometidos a conocimiento y decisión. En este ámbito, indica también, aplicar la ley no es una tarea mecánica, reñida con la naturaleza misma del derecho (CS, Fallos 302:1611). Lo inmediatamente precedente, se resume en las sentencias breves y comúnmente recibidas: *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos y yo te daré el derecho) e *iura curia novit* (el Juez conoce el derecho).

La valoración de la prueba se encuentra íntimamente vinculada con la eficacia de los medios probatorios: cómo gravitan y qué influencia ejercen sobre la decisión que el magistrado debe expedir. En este sentido, el art. 63 de nuestra ley foral manda a los jueces a apreciar la prueba conforme las reglas de la sana crítica racional (lógica, psicología y experiencia común), salvo cuando las leyes de fondo o de forma establezcan normas especiales de valoración, como ocurre con los arts. 9, 54, 55, 57 LCT o con el art. 39 de la LPT, entre otras normas.

Entonces, la regla clásica, como dijimos, es una derivación del principio de igualdad que a cada parte le corresponde acreditar sus afirmaciones, pero, sobre la base de la naturaleza de los hechos objeto de prueba (constitutivos, impeditivos y extintivos), podemos decir que al actor le corresponde la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado le corresponde acreditar los hechos impeditivos o extintivos de la pretensión del accionante. La clásica máxima procesal *onus probandi incumbit qui dicit, non qui negat* (la carga de la prueba incumbe al que afirma, no al que niega).

La regla in dubio pro operario factis. En este contexto cobra especial relevancia el principio *in dubio pro operario factis*. La ley 26.428 del 26/12/2008 reestableció la clásica redacción del art. 9 de la LCT que consagra el principio *in dubio pro operario factis*; es decir que en caso de duda sobre la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla deben decidir en el sentido más favorable al trabajador.

Pero este principio no alcanza a cualquier duda subjetiva y tampoco puede suplir la prueba ausente o indudablemente insuficiente ni alterar el equilibrio procesal y reemplazar, en la valoración, la prueba que por negligencia o impericia el trabajador no obtuvo, sino que por el contrario, el principio referido solo resulta aplicable en supuestos de duda objetiva e insuperable sobre los hechos, supuestos estos en los cuales los jueces deben considerar probados los extremos alegados por el trabajador, por ser éste la parte más débil de la relación laboral. Desde otra óptica y con fundamento en el principio pro homine, se ha sostenido que el principio pro operario en materia de prueba, debe ser aplicado también al supuesto de simple insuficiencia de prueba puesto que la norma no establece condicionamiento alguno. Coincidimos con Chércoles que la valoración debe tener en cuenta la dificultad probatoria en el caso concreto.

La teoría de las cargas dinámicas de la prueba. En el proceso laboral ha tenido amplia aceptación la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, en virtud de la cual, el peso de acreditar un hecho recae sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones de probarlo. Esta teoría ha sido receptada en nuestro CCCN como una facultad judicial, pero exponiendo que el uso de este criterio debería ser advertido a los litigantes durante el proceso de modo de permitirles ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa (art. 1735, CCCN).

Esta teoría tiene lógica relevancia en materia procesal laboral en virtud de la posición de desigualdad y desequilibrio de los litigantes. Es el empleador quien se encuentra obligado a llevar y exhibir toda la documentación laboral. Teniendo además de los medios de producción, los instrumentos de trabajo y en definitiva, la posición económica es más favorable. Es decir que hay un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y de otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador³⁹

El principio de inversión de la carga probatoria es el principio por antonomasia en este singular procedimiento. En virtud de este principio, la regla clásica del *onus probandi* es alterada a favor de la parte más débil en la relación jurídico - procesal. En efecto, el art. 39 de nuestro código procesal en Córdoba establece que, en los supuestos en que alguna norma legal o convencional imponga al empleador el deber de documentar actos relativos a las relaciones de trabajo con sus dependientes, cuando estos últimos reclamen el cumplimiento de dichos actos, corresponderá al empleador la demostración del acabado cumplimiento de los mismos o de lo contrario, deberá acreditar la falta de legitimación activa o pasiva o que la obligación no existe.

Este principio quiebra la regla clásica del *onus probandi* debido a que el trabajador se encuentra en situación de inferioridad frente al empleador, quien es el que tiene la infraestructura y medios de organización y económicos a los que por supuesto, el trabajador no tiene acceso, como son los libros laborales, contables, impositivos, legajos. En el proceso judicial, este principio debe ser aplicado por el juzgador al momento de valorar la prueba para dictar sentencia, pues generalmente cuando el empleo del trabajador no se encuentra registrado, o cuando se discute el monto de la retribución prevista en la escala salarial del CCT, o diferencia de haberes por diferencia de categoría profesional,

39 BAYLOS GRAU, Antonio, "La prueba en el proceso laboral", Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Castilla La Mancha (Toledo), 1997 p.28.

fecha de ingreso, etc. A petición de parte, el Juez de Conciliación fija una audiencia con la finalidad que el empleador exhiba la documentación laboral exigible y si no lo hace, por aplicación de los arts. 55, LCT y 39, CPT, se activa una presunción a favor del trabajador sobre los hechos y circunstancias que debían constar en tales asientos. En ese contexto, el juez debe expedirse expresamente invocando la inversión de la carga probatoria⁴⁰.

En materia laboral la inversión de la carga de la prueba hace referencia a la actividad probatoria que la ley asigna al empleador con prescindencia de lo que haya alegado en juicio.

Ello se fundamenta en el fin que persigue esta disposición, cual es mantener la igualdad de las partes dentro del proceso, “teniendo en vista la desigualdad jurídica preexistente, ante la realidad indubitable del económicamente más débil, exonerando al obrero de acreditar ciertos hechos o proposiciones formuladas por el mismo, previamente determinadas por la ley, que traslada esa carga al empleador”⁴¹.

El art. 39 comienza con el vocablo “Corresponderá”, término de neto carácter imperativo, en virtud del cual la ley impone en cabeza del empleador una obligación personal en las tres hipótesis que menciona y consagra de manera clara el principio inverso al clásico del derecho procesal civil.

“En el proceso laboral el trabajador se limita a afirmar, correspondiendo al empleador la prueba en contrario – aunque no en todos los casos y en tan amplia extensión- y sin perjuicio de prueba en contra”⁴².

El inc. 1) de la norma se aplica en todos aquellos supuestos en los que el trabajador reclame el cumplimiento de algunas de las obligaciones que la ley, los CCT o laudos con fuerza de ley establecen en cabeza del empleador, tales como: la comunicación del preaviso (art. 235, LCT); el pago de las remuneraciones (art.74, LCT), otorgamiento de las vacaciones (art.154, LCT), pago del SAC (art. 122, LCT), la justa causa de despido (art.243,LCT) ,despido por abandono de trabajo(art.244,LCT) etcétera.

La jurisprudencia es conteste en aplicar la inversión de la carga de la prueba cuando el actor afirma no haber percibido alguno de los conceptos antes referidos⁴³.

El primer inciso del art. 39 establece que cuando el trabajador afirme que el empleador ha incumplido con alguna obligación legal, convencional o impuesta por un laudo con fuerza de ley, será este último quien deba acreditar lo contrario. Es decir que corresponde la inversión de la carga de la prueba respecto al deber de registrar, de pagar salarios, de ingresar aportes retenidos, de comunicar y otorgar vacaciones, etc.

40 BRAIN, Daniel Horacio, Derecho Procesal del Trabajo, Ed. Advocatus, Córdoba,2008, p. 41.

41 SECO, ob. cit., p. 536.

42 DESPONTIN Luis A., PEPE Ivo Iram, SCIARRA DE ARICO, María A. , El proceso laboral en Córdoba, Talleres Gráficos de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1966, p.111,

43 Cám.Civ.Com.Trab. y Fam. ,Cruz del Eje, 25/4/1994, “Mercado Adelma c/ Elvira López de Alsina y otras- Laboral”: “[...] Es a cargo del empleador del servicio doméstico acreditar que ha otorgado vacaciones a su dependiente por tratarse de una prestación impuesta por la ley[...]”. Cámara del Trabajo, Córdoba, Sala IV, 21/06/2002, “Peralta Gladys L. C/ Il Cafetal y/u otro- -demanda” : “[...] Afirma la actora que no se le abonó el salario correspondiente al mes de julio del año 2000 y tampoco la remuneración de los días de agosto en los que su fuerza de trabajo aún estaba a disposición de los demandados, por lo que en consecuencia reclama esas sumas. Los accionados por su parte, tal como visto está, no aportaron ninguna prueba al proceso tendiente a acreditar el pago de estos rubros. En función de resultar los mismos de legítimo abono, vigente la relación laboral, y de lo previsto por el art. 115 de la LCT, corresponde acoger sin más éste aspecto del reclamo de Peralta por los montos discriminados en la planilla que se acompaña a la demanda [...]” .

Y aquí surge el dilema de la prueba legal o tasada ya que no está de más aclarar que en los supuestos establecidos en el inciso primero, la acreditación por parte del empleador podrá ser intentada tanto mediante la documentación correspondiente (recibos de haberes, alta y baja del trabajador en los organismos tributarios, etc.), como también a través de cualquier otro medio.

El segundo inciso de la norma bajo estudio establece que pesa sobre el empleador la carga de la prueba contra las afirmaciones del trabajador cuando el reclamo verse sobre rubros, montos u otras cuestiones que deban constar u obtenerse de la documentación laboral obligatoria que debe llevar el empleador (art. 55, LCT), o de la documentación cuya exhibición hubiere sido ordenada judicialmente ante el pedido de la contraria (art. 253, CPCC).

El tercer inciso del art. 39, CPT alude particularmente al monto de las remuneraciones y torna operativa la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que el trabajador reclamara el pago de dichos importes hasta las sumas fijadas por la ley, el CCT o el contrato de trabajo.

La prueba de presunciones. Por último, cobran singular importancia en las reglas del *onus probandi* laboral, las presunciones a favor del trabajador ante la falta o deficiente exhibición de la documentación laboral (art. 55, LCT) y ante el silencio del empleador posterior a una intimación fehaciente, formulada por trabajador (art. 57, LCT).

En efecto, el art. 55 de la ley 20.744 establece una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o sus derechohabientes contenidas en su demanda, y que versaren sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos, en caso de falta de exhibición a requerimiento administrativo o judicial de los libros, registros, planillas u otros elementos de control. Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. El supuesto previsto en materia administrativa dependerá de cada autoridad local que podrá aplicar multas, pero huelga aclarar que quien hará efectivos los apercibimientos en definitiva será siempre la autoridad judicial.

En cuanto al art. 57, LCT, también se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. La ley crea para el empleador la carga de explicarse respecto de toda intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra constancia que haga que se creen, modifiquen, extingan derechos derivados del contrato de trabajo. Dicha carga excluye también las respuestas ambiguas. En realidad, el deber de explicarse está impuesto de forma más genérica, toda vez que el silencio configura un comportamiento inequívoco por conducta omisiva (arts. 263 y 264, CCCN).

7. La relevancia de la documentación laboral exigible en las reglas del *onus probandi* en materia laboral –con especial referencia a la ley procesal cordobesa-

Entonces, conforme a lo precedentemente expuesto, podemos decir con Luis E. Rubio⁴⁴ que en el Derecho Procesal del Trabajo, la regla clásica del *onus probandi* es deliberadamente quebrantada y el trabajador que es generalmente el actor, es exonerado en lo

44 RUBIO, Luis E., "La prueba en la Ley Procesal del Trabajo", en SOMARÉ, José I., MIROLO, Rene R., HÜNICKEN, Javier –Directores-, Estudios de Derecho Procesal del Trabajo con especial referencia a la ley 7987, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 174.

sustancial de la obligación de probar sus dichos y la carga de la prueba recae en lo básico sobre el empleador.

Dice el autor, que pueden extraerse las siguientes reglas: a) La demanda se presume verdadera, lo que se traduce en un apercibimiento de tener por cierto su contenido, si el demandado incumple con la incontestación; b) La demanda impone respuesta específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de controversia expresa implica allanamiento tácito; c) El trabajador tiene la obligación formal de probar la existencia de la relación laboral o del hecho de la prestación de servicios, sin que implique una exoneración absoluta de demostrar los hechos que afirma; d) Corresponde al empleador que no debe, que no incumplió sus diversas obligaciones que como tal le asignan las leyes o convenios colectivos acreditarlo. Y ello es así por la situación de inferioridad del trabajador en cuanto al acceso de los medios probatorios.⁴⁵

En efecto, la obligación de llevar documentación laboral con las formalidades exigidas por la ley y su consecuente exhibición a requerimiento judicial o administrativo produce severas alteraciones en las reglas de la carga de la prueba, relativo a los diferentes extremos de la relación laboral.

La obligación se circunscribe a las circunstancias que deben constar necesariamente en tales asientos obligatorios. La primera aproximación la aporta el detallismo del Libro del art. 52, LCT: Fecha de ingreso y egreso, datos personales, remuneración, categoría, jornada, modalidad contractual, cargas de familia, etc.

Los efectos serán disímiles según el grado de infracción: falta de registro, registro insuficiente o deficiente, omisión de su exhibición⁴⁶.

Como indica el autor reseñado, es fundamental primero acreditar la relación laborativa (la prestación de tareas que activa el art.23, LCT) o la realización de horas extras *-no su quantum-*, para que sea luego exigible la obligación de llevar y exhibir libros, documentación y registros. Luego así, se activarían las presunciones a favor del trabajador – actor.

Si el empleador no lleva libros o recibos de pago de salarios corresponde aplicar las presunciones previstas en el art. 55, LCT. Si el empleador reconoció la realización de horas extras o ello fue acreditado por cualquier medio probatorio y no lleva la planilla de horarios que impone el art. 54, LCT y art. 6 inc.c de la ley 11.544, también resulta aplicable la presunción antes mencionada.

Si bien no es obligatorio el uso de tarjetas reloj, credenciales magnéticas u otros dispositivos electrónicos idóneos a tal evento, si el trabajador acredita que el empleador lleva estos registros, su falta de exhibición, provoca la presunción en contra de quien lleva esos registros y no los exhibe, tal como lo disponen las leyes procesales locales (art. 253, CPCC de Córdoba)⁴⁷.

Ante la obligación de exhibir, puede presentarse el supuesto en que el empleador se

45 RUBIO, Luis E., op. cit., p. 175.

46 TOSTO, Gabriel E., op. cit., p. 589.

47 ARTÍCULO 253, CPCC CBA..-Las partes en cuyo poder se encuentren documentos necesarios para la solución del litigio o para el cotejo pericial estarán obligados a exhibirlos o, si se tratare de copia, a designar donde o en poder de quién se encuentran los originales. La negativa de las partes o el incumplimiento de la obligación de exhibirlos dentro del plazo que se le fije constituirá presunción en su contra, si de otros elementos de juicio resulte verosímil su existencia y contenido.

presente y ponga a la vista la documentación que se le requiere pero careciendo ésta de alguna formalidad prescripta o teniendo defectos, deben los jueces valorar dicha prueba en función de las particulares circunstancias de cada caso (art. 53, LCT).

Es decir que estos instrumentos tienen eficacia probatoria relativa, con lo que se ha desvirtuado la primigenia previsión normativa anterior a la reforma de la ley 21.297. El art. 57 de la ley 20.744 en su redacción original (1974) establecía que en ese caso no poseían eficacia alguna para demostrar el cumplimiento de obligaciones y deberes.

En definitiva, los libros defectuosos siguen conservando fuerza probatoria, por más que se halle sujeta a meritación judicial.

También el art.54, LCT ha sufrido una significativa reforma en tanto dispone que idéntico requisito de validez deberán reunir los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, que serán apreciadas judicialmente según lo prescrito en el artículo anterior.

Es decir que fueron incluidos los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, con lo que se dispersó la duda acerca de la inclusión de la planilla de horas suplementarias del art.6 inc. c), de la ley 11.544.

8. Las reformas de la ley procesal laboral en lo relativo a la carga probatoria de la documentación laboral exigible y de contralor

La ley 10.596 introduce notables reformas en el proceso laboral de la provincia de Córdoba, con incidencia en la temática que nos ocupa.

La incomparecencia del demandado a la audiencia de conciliación del demandado a la audiencia de conciliación del art. 50, **sumada a la falta de ofrecimiento de prueba** transforma el proceso laboral común en PDA (procedimiento declarativo abreviado con audiencia única), más ágil, con plazos más breves y en el cual, el Juez de Conciliación y Trabajo dicta la sentencia, por ende, no se eleva la causa ante la Cámara del Trabajo.

Así lo expresa el art.52 bis, de la ley 7987 con la modificación invocada: Cuando en el proceso ordinario el demandado no compareciere a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 50 de esta Ley, no contestare la demanda y no ofreciere prueba vencido el plazo para el ofrecimiento de la misma, el Juez ordenará la continuación del trámite por el procedimiento declarativo abreviado previsto en el Capítulo Sexto del Título VI de esta Ley.

Otro que merece nuestro comentario es el modificado artículo 53, cuando establece que *El Juez podrá sustituir de oficio medios probatorios cuando existieren notoriamente otros que permitan la acreditación de los hechos con mayor celeridad y eficacia. En contra de la resolución que deniegue o sustituya alguna prueba procederá el recurso de reposición y apelación.*

El legislador provincial ha traído a la ley ritual cordobesa una facultad similar a la prevista en el ordenamiento procesal laboral nacional (art.80, 2º párrafo de la ley 18.345), con la salvedad de que aquí el Juez de Conciliación y Trabajo no dictará sentencia sobre el fondo de la cuestión (salvo procedimiento declarativo abreviado y procedimientos especiales),

lo que sí acontece en la Justicia Nacional del Trabajo⁴⁸.

Por último, diremos que la documentación laboral exigible, registros, planillas y todo otro elemento de contralor tendrán destacada incidencia en el Procedimiento Declarativo Abreviado con Audiencia Única, previsto en la modificación introducida por el art. 83, bis de la ley 7987.

Este procedimiento ha sido pensado para agilizar el trámite procesal de aquellos juicios laborales en los cuales por naturaleza del reclamo no existe complejidad en el debate o amplitud probatoria, ya que se trata de supuesto en los que la verosimilitud de la demanda surge al menos a priori de la propia documental acompañada⁴⁹. Sumado al hecho que el demandado podrá resistir dicha demanda, también y solamente, acompañando la documentación que acredite su efectivo cumplimiento.

Se trata de garantizar la tutela judicial efectiva para la percepción de aquellos créditos de naturaleza alimentaria, provocando la instauración de procesos urgentes en el Derecho del Trabajo.

Cada supuesto de procedencia requerirá determinada documentación –y no otra- que será exigida o como requisito de admisibilidad de la demanda o como prueba a ofrecer y producir. Veamos entonces.

I) Indemnizaciones derivadas del despido directo sin invocación de causa, incluyendo la indemnización especial prevista en el artículo 2° de la Ley Nacional N°25.323. En este caso, el requisito de admisibilidad será el telegrama o cualquier otra comunicación fehaciente del despido directo, tal como acta notarial, comunicación escrita del preaviso, etc. Y la prueba documental admisible del pago de las indemnizaciones, serán los recibos suscriptos y en su caso, la transferencia bancaria.

II) El inciso siguiente resulta un supuesto similar pero con cierta complejidad y debate en torno a qué y cuántos haberes justifican el la injuria del despido (Inc. b) Indemnizaciones derivadas del despido indirecto fundado exclusivamente en la falta de pago de haberes previamente intimados).

III) En el inciso c) así como el inciso e) y h), los recibos de pago serán también la única defensa posible: *c) Indemnizaciones derivadas del despido directo fundado en causas de fuerza mayor o en falta o disminución de trabajo por razones económicas no imputables al empleador, ya sea cuando no se haya abonado al trabajador la indemnización prevista en el artículo 247 de la Ley Nacional N° 20744 -de Contrato de Trabajo- o la que la sustituyere, o cuando aquél pretenda el cobro de la indemnización del artículo 245 de dicha ley en el caso de que el empleador no hubiere realizado el trámite administrativo correspondiente ante la autoridad de aplicación; e) Pago de salarios en mora cuando con la demanda se acompañe la intimación de pago y copias de recibos por períodos anteriores u otros instrumentos de los que se desprenda verosímilmente que la relación laboral se encontraba vigente al momento en que se afirman devengados; h) Pago del salario correspondiente al mes de la extinción, el sueldo anual complementario y vacaciones, cualquiera sea la causal de la extinción del vínculo.*

48 ALCÁZAR, Carlos E. en, ARESE, César –Director- “Código Procesal del Trabajo de Córdoba comentado y concordado”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, Tomo II, p.95.

49 VILLADA, Ignacio y ANGULO, Calixto, en ARESE, César, op. cit., p. 301.

IV) En el inciso g) por el cual se reclama la extensión de los certificados del art. 80, LCT y en su caso, la indemnización a favor del trabajador, la registración en AFIP será concluyente para poder cumplir con esta obligación de hacer. El inc. g) establece que el PDA (proceso declarativo abreviado con audiencia única) procederá en el supuesto de reclamarse: *"...Extensión de la certificación de servicios y remuneraciones y demás documentación a que alude el artículo 80 de la Ley Nacional N°20744 -de Contrato de Trabajo-, así como cualquier otra certificación y constancias documentadas que deba extender el empleador conforme las leyes vigentes, siempre que con la documental acompañada se desprendan las circunstancias de hecho que deban asentarse en las mismas y, en su caso, la indemnización correspondiente por su falta de entrega..."*

El art. 12 de la RG AFIP N° 3781/2015 estableció que el Certificado de Trabajo se otorgará a través del sistema "Simplificación Registral", opción "Certificado Art. 80 LCT", mediante el formulario F.984 "Certificado de Trabajo Artículo 80 - LCT". El mismo se emite por duplicado y para su validez deberá contar con las firmas certificadas de la autoridad responsable -o del apoderado legal del empleador- y del trabajador, destinándose el original para este último y el duplicado para el empleador. Estos sistemas informáticos actuales permiten la emisión del formulario desde el sitio web una vez abonado el último F931, es decir el correspondiente al último mes laborado por el trabajador.

V) El inc. i) del art. 83 bis, LPT, permite el PDA en el supuesto que se reclame: *La entrega de la libreta de aportes del fondo de cese laboral de la Industria de la Construcción, el pago del fondo de cese laboral por falta de aportes del Régimen de la Industria de la Construcción y la indemnización prevista para el caso de incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 17 de dicho régimen.*

En el régimen de la construcción (ley 22.250 y CCT 76/75) la entrega de la credencial de registro laboral y la libre disponibilidad del Fondo de Cese Laboral serán los instrumentos necesarios para enervar la acción iniciada por el trabajador.

Nótese que en la reforma el legislador ha llamado erróneamente a esta credencial o tarjeta: Libreta de Fondo de Cese laboral y esta tarjeta no es una libreta hace ya varios años.

VI) El último supuesto que nos convoca es el relativo al pago de la sanción conminatoria dispuesta en el art.132 bis, LCT (art.83 bis, inc. j, LPT). En ese caso, como requisito de admisibilidad de la demanda deberá acompañarse la documentación fehaciente que acredite la extinción del vínculo, la efectiva realización de las retenciones previstas en dicha norma, la falta de ingreso total o parcial de los montos correspondientes y la intimación efectuada al empleador a tales fines.

En este caso, la documentación laboral relevante será a nuestro criterio, además de las que acreditan la extinción y la intimación fehaciente por 30 días, los recibos de haberes y la consulta de aportes en línea de AFIP que se utiliza con clave fiscal.

En efecto, los trabajadores en relación de dependencia comprendidos en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) pueden acceder desde su *homebanking*, *onlinebanking* o el sistema de banca electrónica que utilice el banco habitual o desde la página web de AFIP ingresando con clave fiscal para una consulta completa o sin clave fiscal para una consulta simple.

La consulta simple solamente indica si se el empleador pagó los aportes y contribuciones y si el pago fue total o parcial.

A través de la consulta con clave fiscal, el trabajador encontrará en este sitio la declaración jurada presentada por su empleador para informar los aportes y contribuciones del mes. También, los importes descontados de su remuneración (aportes), las contribuciones patronales a cargo de su empleador, los organismos a los cuales se dirigieron los fondos (Anses, obras sociales, ART, etc.).

A través de la opción “buzón de observaciones”, el empleado podrá dejar asentadas las diferencias o inconsistencias que encuentre: No está declarado y trabaja o trabajó en relación de dependencia. Está declarado pero con diferencias. Está declarado sólo en algunos períodos.

Esta será la documentación que deberá presentar el actor a nuestro criterio como fundante de la acción. Y el empleador, sólo podrá resistir la demanda con la constancia documentada de los pagos efectuados al sistema: F931, y VEP (Volante Electrónico de Pago) de las deudas de la seguridad social, certificado del art. 80, LCT emitido por AFIP que indica los pagos totales, planes de pago AFIP vigentes.

Cabe destacar claramente que este procedimiento declarativo abreviado previsto en el artículo 83 bis, no procederá cuando se trate de una relación laboral no registrada en los organismos pertinentes o cuando el trabajador invoque la deficiente registración de la misma.

Los arts. 83 quinquies y 83 sexies refuerzan las facultades de juez laboral para ordenar el proceso, determinar el objeto del mismo con precisión y fijar los hechos conducentes controvertidos a fin de delimitar las cuestiones litigiosas. Puede además, disponer sobre la producción de la prueba y la designación y notificación de peritos, fijando los puntos de pericia en función de lo peticionado por las partes y el Tribunal. Puede limitar el número de testigos ofrecidos incluso por debajo del mínimo previsto en el artículo 41 de esta Ley, teniendo en cuenta la determinación del objeto y la fijación de los hechos controvertidos. Podrá sustituir de oficio medios probatorios cuando existieren notoriamente otros que permitan la acreditación de los hechos con mayor celeridad o eficacia, en cuyo caso los proveerá de oficio. Puede declarar la inadmisibilidad de las pruebas que sean manifiestamente improcedentes, inconducentes, sobreabundantes, meramente dilatorias o estuvieren prohibidas por la ley o que la cuestión sometida a análisis es de puro derecho.

En consecuencia, este nuevo Juez de Conciliación y Trabajo podrá separar pruebas útiles de pruebas innecesarias, sobreabundantes, evitar pruebas reiteradas o inoficiosas, y recurrir a los medios más ágiles para la dilucidación de la causa. Y si al estudiar la causa para fallo, el tribunal advierte que una prueba no admitida era finalmente necesaria, podrá proveerla como medida para mejor proveer.⁵⁰

50 GILETTA, Ricardo Agustín, en ARESE, César, op. cit., p. 363.



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar