

AÑO 4_Nº 4

Septiembre 2022

ISSN (Ver. online): 2683-8761

ISSN (Ver. impresa): en trámite

REVISTA DE ESTUDIO



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 4 · Nro. 4 · Septiembre 2022 // ISSN (Ver. online): 2683-8761 - ISSN (Vers. impresa): en trámite

REVISTA *de* ESTUDIO *de*

Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

Comite Editorial

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

Coordinadores

• ***Ab.Esp. Edder Hernán Piazza***

• ***Ab. Esp. María Valeria Yadón***

Consejo Científico

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

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

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

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

• ***Ab. Esp. Ana María Salas*** (*Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza*)

• ***Prof. Ing. Néstor Pisciotta*** (*Universidad Blas Pascal*)

Diseño y Diagramación

• ***Mauricio Tagliavini, DG***



Copyright © 2022 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 - ISSN (Versión impresa): en trámite

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

EDITORIAL

Por cuarta vez y siempre continuada ve la luz una nueva edición de la **Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral**, elaborada por la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral que funciona en el marco del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal de la ciudad de Córdoba, en la República Argentina.

Con la llegada de la pandemia del Covid-19 en 2020 abandonamos las reuniones plenarios mensuales de modo presencial de la Sala y pasamos a hacerlas de modo virtual.

De ese modo llegó a la vez la internacionalización de nuestras reuniones. Alternamos reuniones con contenido estrictamente local o nacional con otras de temas internacionales o de estudios comparativos de sistemas jurídicos laborales de varios países, sea americanos o europeos.

En esta ocasión se publica en papel (por primera vez) y también en forma digital varios artículos de autores nacionales (la mayoría de Córdoba y de Santa Fe, Mendoza) pero además una colombiana.

Lo particular de esta revista es que de los autores nacionales hay algunos que, si bien viven y trabajan en el ámbito provincial (son de Córdoba capital pero también de Jesús María y Río Cuarto) son muy jóvenes.

Otros que también escriben ya tienen un largo camino transitado en las aulas universitarias.

Las problemáticas jurídicas laborales se renuevan, son muy dinámicas.

Los temas que se abordan en esta revista son variados y sumamente actuales e interesantes.

Empero en esta presentación cabe hacer dos puntualizaciones de hechos que merecen señalarse este año.

Una es que el 30 de marzo de 2022 se cumplió el centenario del nacimiento del Dr. Antonio Vázquez Vialard, maestro del Derecho del Trabajo, de feliz memoria para el director de esta revista por haber sido su director de tesis, pero también por su aporte invaluable al Derecho del Trabajo argentino y con proyección internacional.

Es de justicia recordar a maestros como el Dr. Vázquez Vialard cuya obra escrita perdura, pero también nos queda su enseñanza personal y su conducta en nuestro recuerdo, las que son guías perennes para los muchos que fuimos sus discípulos.

Pero también se impone recordar al Dr. Juan Federico Arriola Cantero, de la ciudad de México, el que, además de permitirnos gozar de su amistad, fue miembro del Consejo Científico de esta revista en sus tres primeras ediciones.

El 15 de julio de 2022 el Dr. Arriola Cantero falleció dejándonos consternados. Su aporte al Derecho Constitucional y a la Filosofía quedarán para siempre en sus obras literarias.

Lo mismo será en nuestro corazón y permanente recuerdo de aquellos que procuraron la búsqueda de la justicia social desde el país que fue el primero en recibir en su Constitución a los derechos sociales en 1917, donde se entronca el derecho que cultivamos.

Que descansen en paz el Dr. Antonio Vázquez Vialard y el Dr. Juan Federico Arriola Cantero.

Expresamos nuestro renovado agradecimiento al Prof. Ing. Néstor Pisciotta y al Dr. Guillermo Ford, como a todos directivos, profesores y alumnos que en la UBP acogen nuestras propuestas y esfuerzos en pos de la justicia social que es la que impulsa el Derecho que, desde varias decenas de años atrás, hemos dedicado nuestros mayores esfuerzos.

Córdoba, primavera de 2022.

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

ÍNDICE

EDITORIAL	7
REPENSAR EL TRABAJO DE MUJERES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: Igualdad entre hombres y mujeres	
Evelyn Daniela Caminos	11
LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VÍNCULO PLATAFORMA-REPARTIDORES	
María Julia Foddanu	23
ESTÁNDAR PROBATORIO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN	
María Elena Arriazu	36
LA PROCEDENCIA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA MUJER DIVORCIADA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN COLOMBIA	
Jenny Esperanza Torres Martínez	46
UTILIDAD QUE TIENE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A LOS FINES DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. COMPARACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DERECHO CIVIL Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO LABORAL.	
Iriel Esperanza Munitz	55
LA EMPRESA LABORAL: LOS DESAFIOS DEL PRESENTE Y LAS PROYECCIONES FUTURAS	
Rosalía A. Pécora	70
CONTITUCIONALIDAD DEL ART.3 DE LA LEY 10.456 DE ADHESIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA	
Hebe Horny	78
LA PERSONA MIGRANTE Y SUS DERECHOS LABORALES	
Teresita N. Saracho Cornet	89
APLICACIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
Giselle Cragolino	101
EL PLURIEMPLEO EN LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO: CONSIDERACIONES JURÍDICAS, PRÁCTICAS Y PROBLEMÁTICAS EN SU APLICACIÓN	
Edder Hernán Piazza	114
ALGUNOS TEMAS CLAVES SOBRE EL TRABAJO EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA. NUEVOS APORTES DE LA ENCÍCLICA FRATELLI TUTTI DEL PAPA FRANCISCO SINTETIZADOS	
Ricardo Francisco Seco	124
EL DECRETO 329/20 Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA	
Carina Noemí Guevara y Ana María Salas	146
TEMAS Y REUNIONES PLENARIAS VIRTUALES 2022 DE LA SALA Y SEMINARIO PRESENCIAL	157

REPENSAR EL TRABAJO DE MUJERES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: *Igualdad entre hombres y mujeres*

Evelyn Daniela Caminos¹

Sumario: I. Introducción. II. Marco conceptual. III. Perspectiva de género en las relaciones sociales y en el derecho. IV. Desigualdad de las mujeres en el trabajo. V. Desigualdad de las mujeres en el Derecho Laboral. VI. Marco normativo internacional. VII. Sistema de Naciones Unidas. VIII. Sistema Interamericano. IX. Palabras finales.

Palabras clave: trabajo de mujeres - perspectiva de género - desigualdad estructural entre hombres y mujeres - derechos humanos de las mujeres - igualdad sustantiva.

I. Introducción

En las sociedades patriarcales los roles de los hombres y las mujeres se presentan de manera binaria. Mientras que al hombre se le atribuye el rol del trabajo, de proveedor, en el ámbito público; a la mujer se le asignaron los roles de reproducción y de cuidado, vinculándola al ámbito privado (Pautassi, 2007; Lozano, et. al, 2022).

El Derecho también ha sido creado por hombres para los hombres y reproduce prácticas patriarcales y androcéntricas en su propia legislación. En tanto discurso de poder contribuye a la perpetuación y/o (de) construcción de relaciones, jerarquías y estereotipos desde los cuales se legitima la discriminación y subordinación de ciertas personas y/o grupos (Ávila Santamaría et al, 2009). El derecho laboral no es la excepción y es reproductor de esta dinámica social.

El derecho del trabajo nace para dar cuenta de una situación de desigualdad inicial –trabajo y capital- y la ficción que genera es poner en igualdad a los trabajadores a través de protecciones normativas frente al empleador. Sin embargo, no se detiene a analizar la desigualdad social entre hombres y mujeres siendo que existe una marcada división sexual del trabajo e inequidad en las responsabilidades de cuidado (Pautassi, 2007; OIT, 2011; Lozano, et. al, 2022).

A pesar de que en los últimos años hubo avances normativos de suma importancia en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres, nuestra Ley de Contrato de Traba-

¹ Abogada (UNC); empleada en el fuero laboral del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; maestranda en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF); doctoranda en Administración y Política Pública (IIFAP – UNC), adscripta en la Catedra de Derecho del Trabajo (UCC); miembro Investigadora SECyT de la UNC. E-mail de contacto: caminosevelyn@gmail.com.

jo no se ha repensado y reformado para contemplar la situación de las mujeres víctimas de discriminación en el empleo.

Las mujeres sufren desigualdad como consecuencia de un desigual trato con respecto a los hombres, tanto para el acceso a un puesto de trabajo, como durante una relación laboral e inclusive una vez finalizada ella. Esto nos demuestra que urge repensar el trabajo de las mujeres y las disposiciones que lo regulan con perspectiva de género.

II. Marco conceptual

Para entender la problemática de la desigualdad de género en el derecho laboral es necesario introducir al lector en un marco conceptual general que nos ayude a comprender y delimitar el marco del examen realizado.

El concepto género producido por las teorías feministas pone de manifiesto que los saberes y las prácticas que se produjeron en el mundo, y que se autoconsideran parciales, neutrales y objetivos, en realidad no lo son.

En realidad, esos saberes han sido androcéntricos, es decir contruidos por hombres para los hombres, excluyendo a las mujeres de esos espacios de construcción y recludyéndolas al ámbito privado (Facio y Fries, 2005; Maffía, 2007; Blázquez Graf, et. al, 2012; Maffía, et. al, 2020).

El feminismo es una corriente de pensamiento que surge en el siglo XVII. Plantea la igualdad de los hombres y mujeres, acorralando los prejuicios relativos a la inferioridad de las mujeres y denunciando su condición (Dorlin, 2009,13). Pone en evidencia que existe una desigualdad hacia la mujer por el solo hecho de serlo.

En este sentido realiza una fuerte crítica al paradigma dominante androcéntrico. El androcentrismo es una visión del mundo que sostiene al hombre como centro de las cosas. Pero ¿a qué hombres hace referencia? No a toda la ciudadanía sino y solamente a *“varones adultos de pueblos y clases dominantes que intervienen en los escenarios públicos de los centros de poder, y los representa simbólicamente como si fueran superiores al resto de seres humanos. Legítima así el patriarcado como una organización social natural, universal e inamovible”* (Moreno Sardá, 2020, 33).

Por lo tanto, el feminismo propone *“leer y releer con mucha atención textos académicos diversos para preguntarse de quién hablan exactamente: qué dicen del hombre, y de los masculinos, y qué dicen de la mujer, y de los femeninos.”* (Maffia, 2020,36).

Debemos pensar porque nos hemos acostumbrado a creer que lo que se dice del hombre y los masculinos plurales se refiere al conjunto de los seres humanos y así repensar de forma crítica determinadas prácticas sociales y culturales.

III. Perspectiva de género en las relaciones sociales y en el Derecho

No es una tarea fácil definir qué se entiende por género, porque no es un concepto abstracto y universal; depende de *“contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras realidades como la de clase, etnia, edad, nacionalidad, habilidad, etc. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupo humano varía atendiendo a los factores de la realidad que concursan con éste.”* (Facio y Fries, 2005, 271).

Cuando hablamos de género hacemos alusión a los roles, las características y oportunidades definidos por la sociedad que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños, las niñas y las personas con identidades no binarias. En otras palabras, el género se refiere *“tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales”* (Facio y Fries, 2005, 271). El género es producto de relaciones sociales de poder que establecen estereotipos y roles prefijados objeto de discriminación y violencia de género.

Los estereotipos de género son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad, comportamientos, roles, características físicas, de apariencia, ocupaciones y supuestos de orientación sexual, etc. Por ejemplo: las mujeres son subjetivas y emocionales, en cambio los hombres son objetivos y racionales, las mujeres deben asumir las tareas de cuidado, o en cambio los hombres deben ser proveedores, las carreras de armas no son para las mujeres, etc. (Undurraga, 2017 en Clérico, 2018, pp. 73-74).

Como vemos, el género es un factor determinante de inequidades sociales estructurales que afectan directamente a las mujeres y otras diversidades. La igualdad de género es un derecho universal que consiste en la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para todas las personas. La perspectiva de género tiene como fin último propender a esa igualdad como derecho humano universal.

La perspectiva de género permite identificar que las relaciones sociales no se desarrollan de manera igualitaria, si no que precisamente están fundadas por una lógica asimétrica en las jerarquías entre los sexos, en las relaciones y en la concentración de poder. Se refiere a metodologías y mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres para realizar acciones y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la igualdad de género.

La perspectiva de género *“tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres”* (Lagarde, 1996, 13).

El enfoque de género tiene un potencial transformador en distintas disciplinas y ámbitos, entre ellos el derecho. *“La perspectiva de género en el derecho tiene, como pocas otras áreas, la virtud de ser siempre crítica. Y esto ya es refrescante en la tan pesada y monótona tradición jurídica. La ley nunca es neutra.”* (Ávila Santamaría, et al, 2009, 14).

IV. Desigualdad de las mujeres en el trabajo

En el mundo del trabajo la desigualdad estructural entre hombres y mujeres tiene una importancia sumamente destacable porque se ve reflejada en la división sexual del trabajo y de las tareas de cuidado.

La división sexual del trabajo asignó a los varones el rol de productivo, de generación de salario; en cambio a las mujeres se le asignó el rol de cuidado, reproductivo, de actividades que no generan salario y que históricamente han sido subestimadas (Andújar, 2022, 26). *“Pensemos en la sobrecarga del trabajo doméstico no remunerado, la falta de reconocimiento del trabajo de cuidados remunerado, la extensión de formas precarias de trabajo, el crecimiento de la informalidad, entre otras”* (Partenio, 2022, 73).

Con el correr de la historia las mujeres se incorporaron masivamente en el mercado de trabajo a la par de los hombres; sin embargo, su inclusión en el ámbito productivo no significó que tuvieran iguales condiciones de trabajo que los varones. Por el contrario, los estudios demuestran que las mujeres generalmente sufren situaciones de discriminación vinculadas con su sexo, su situación matrimonial o sus responsabilidades familiares que afectan directamente a la garantía de igualdad (Pautassi, 2007, 27-29; Lobato, 2022, 106).

Sin embargo y a pesar de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y los cambios de las familias nucleares, la organización del cuidado de los miembros del hogar poco ha cambiado y siguen estando a cargo de las mujeres (Pautassi, 2007; Pautassi, 2013).

El trabajo de las mujeres atraviesa barreras invisibles como el suelo pegajoso y el techo de cristal.

Se denomina suelo pegajoso o *sticky floor*² en el ámbito de los estudios de género, a la realidad por la cual las mujeres tienen numerosas dificultades en comparación con los hombres para abandonar los puestos de trabajo más precarios, con mayor temporalidad o con peor remuneración. Las estadísticas a nivel global muestran que las trabajadoras son las que ocupan las actividades de la economía informal o los sectores de actividad con peores condiciones, acaparan la mayoría de las jornadas reducidas o empleos temporales y ejercen los roles laborales con remuneraciones más bajas³.

Junto al suelo pegajoso, que limita el desarrollo profesional de las mujeres en la base, la igualdad de género también está limitada en la cúspide. Es lo que se conoce como *techo de cristal* o *glass ceiling*⁴. De esta manera, mientras el suelo pegajoso retiene a las mujeres en determinados puestos de trabajo, como si de una especie de arenas movedizas se tratara, el techo de cristal bloquea sus aspiraciones profesionales, como una barrera invisible instaurada por las construcciones sociales arraigadas durante siglos⁵.

Estos fenómenos o barreras invisibles son consecuencia directa de *“la disponibilidad sesgada de tiempo que tienen las mujeres para desenvolverse en los ámbitos productivos; esto es, tienen menos tiempo para vender; y más ocupaciones y responsabilidades que atender, particularmente en el ámbito de sus relaciones familiares”* (Pautassi, 2007, 32).

En la Argentina, con mayores niveles educativos que los varones, las mujeres participan en menor medida en el mercado laboral y, cuando lo hacen, son más propensas a situaciones de subocupación horaria y desocupación. Esta menor participación se da en paralelo con una mayor presencia femenina en las actividades de cuidado de niños y niñas y en las tareas domésticas al interior del hogar. Al mismo tiempo, la menor percepción de ingresos laborales restringe la autonomía económica de las mujeres (INDEC, 2020).

V. Desigualdad de las mujeres en el Derecho Laboral

A partir de la desigualdad laboral que vivencian las mujeres, y tomando la propuesta de

2 Este concepto fue introducido por primera vez en 1992 por la doctora en Sociología Catherine Berheide en un informe para Centre for Women in Government.

3 Extraído de página web <https://www.becas-santander.com/es/blog/suelo-pegajoso.html>.

4 Es un concepto acuñado por la consultora empresarial Marilyn Loden en 1978 para ilustrar las dificultades que tienen muchas profesionales para acceder a cargos directivos.

5 Extraído de página web <https://www.becas-santander.com/es/blog/suelo-pegajoso.html>.

Diana Maffía de leer y releer con mucha atención los textos académicos, en este apartado examinaremos desde un enfoque crítico y con perspectiva de género nuestra Ley de Contrato de Trabajo –LCT- para ver qué dice del hombre y de los masculinos y qué dice de la mujer y de los femeninos.

El derecho laboral de nuestro país es reproductor de las prácticas androcéntricas sociales. Es la propia LCT reproductora de estereotipos de género que reflejan el ideario social de la sobrecarga de responsabilidades laborales y tareas de cuidado en la mujer.

La protección del trabajo de las mujeres y su regulación especial en LCT, son afines a la tradicional división sexual del trabajo que propicia el modelo tradicional de familia y están justificadas en razones fisiológicas –cuidado a la salud de la mujer desde el punto de vista de la gestación y lactancia-, sociales y familiares –fomentan la vida en familia-, y morales –como la limitación a ciertas ocupaciones- (Pereira, 2017, 273).

La legislación laboral garantiza la igualdad de trato⁶ pero a partir de una concepción formal de igualdad.

Luego en un capítulo aparte regula desde una concepción androcéntrica, algunas normas de excepción con respecto al trabajo de mujeres en razón del sexo, estado civil y maternidad. Estas normas son discutidas en razón de que protegen excesivamente a la mujer que trabaja, a veces perjudicándola.

Es difícil encontrar una explicación para mantener la prohibición del trabajo de las mujeres –por su mera condición de tales- en algunos lugares, tareas o condiciones de labor. Razón por la cual las regulaciones actuales del trabajo de las mujeres no solamente han caído en desuso, sino que se consideran que son normas de discriminación indirecta o invisible (Ackerman, 2000).

La única protección necesaria es la resultante de la maternidad y de los espacios de cuidado de los niños y niñas; sin embargo, no solo que resulta escasa, parcial e insuficiente, sino que también–como dice Ackerman- es una manifestación de discriminación indirecta en un doble sentido. Hacia el varón porque no le otorga el derecho de ejercer sus responsabilidades parentales a través de una licencia por paternidad para asumir su rol y permanecer en el hogar, a fin de ser corresponsable del cuidado de su grupo familiar. Y hacia la mujer porque la inexistencia de tales beneficios para el varón revierte negativamente sobre ella, única responsable del cuidado (2000).

El tema de la maternidad y las responsabilidades de cuidado adquieren un carácter paradigmático en tanto plantea una serie de interrogantes y problemas por resolver. La incorporación de la mujer al mercado laboral conjuntamente con el fenómeno de la precarización laboral quiebra la concepción tradicional del trabajo, del hombre jefe de hogar proveedor y reformulan los roles en el seno del grupo familiar.

Veamos en concreto que regula la LCT con respecto a la licencia por maternidad y el cuidado:

1. Licencia por maternidad

⁶ Art. 17. — Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

La normativa vigente que regula la licencia por maternidad otorga a la mujer el beneficio de noventa días remunerada⁷ y a los hombres como licencias especiales el beneficio por nacimiento de hijo de dos días⁸ inmediatamente consecutivos al nacimiento del hijo o hija. Esta normativa no contempla casos de adopción ni de familias monoparentales, ni necesidades especiales del infante o la madre.

Esta regulación *“no hace otra cosa más que fomentar la división cultural del trabajo, imponiendo a la mujer que se convierte en madre el ser la encargada principal respecto al cuidado los hijos, generando a través de este mandato, no sólo la vulneración de sus derechos, sino también una característica que deja al género femenino en franca desventaja respecto al hombre a la hora de insertarse en el ámbito laboral”* (Vázquez Paz, 2020, 2-3).

Nuestra LCT es una de las leyes con licencias por maternidad y por paternidad más cortas. Sin embargo, estas licencias han sido ampliadas por leyes específicas provinciales, por convenios colectivos de trabajo o para empleadas del sector público. Por ejemplo, en el caso de la provincia de Córdoba, mediante la ley 10.342, se extendió a un cuarto mes de licencia para trabajadoras del sector privado y empleadas de casas particulares.

También otra limitación es su sesgo maternalista porque *“persisten importantes diferencias entre las licencias otorgadas a mujeres y a varones, reforzando así la representación social que asigna a las mujeres el rol preponderante en el cuidado”* (UNICEF, 2020, 16).

Por otro lado, las mujeres que son madres tienden a trabajar por cuenta propia - monotributistas- y estar ocupadas por la economía informal, razón por la cual la actual regulación de nuestra LCT deja afuera a un inmenso número de mujeres madres que no se desempeñan en la economía formal. *“La mitad de la fuerza de trabajo actualmente no accede a licencias remuneradas, ya que se encuentra empleada por cuenta propia y/o en la informalidad”* (UNICEF, 2020, 16).

2. Descansos diarios por lactancia

La LCT otorga dos descansos diarios de media hora por lactancia⁹ a la trabajadora madre de lactante para amamantar a su hijo en el transcurso de la jornada de trabajo, por un periodo de un año posterior a la fecha del nacimiento. Sin embargo, nunca se reglamentó la forma de llevarlo a cabo por lo que en la práctica se realiza de diferentes formas.

7 Art. 177 LCT: “Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlos vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.

8 Art. 158: El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

a) Por nacimiento de hijo, dos (2) días corridos (...)

9 Art. 179 Descansos diarios por lactancia. Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan.

En el plano ideal, algunas empresas e instituciones en cumplimiento de normativa internacional y recomendaciones de la OMS, UNICEF y OIT¹⁰ protegen los derechos de amamantamiento de las trabajadoras y establecen medios para llevarlo a cabo. Por ejemplo, a través de lactarios e instalaciones que permitan la lactancia con las condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo.

Los lactarios se utilizan para amamantar al bebé o bien para otorgar a las madres trabajadoras un espacio físico adecuado para la extracción, conservación y suministro de la leche materna durante la jornada laboral, en su ámbito de trabajo sea público o privado. Otra alternativa para las empresas e instituciones es la reducción horaria para las madres trabajadoras que podrán entrar después o salir antes de su jornada laboral.

Sin embargo, los informes ponen en evidencia la falta de compromiso de las empresas o instituciones con los espacios necesarios para lactancia o reducción horaria para lactar a sus bebés. *“Se estima que en el país el 92% de las empresas ofrece licencias por maternidad de menos de 98 días, a pesar de que esta es la duración mínima recomendada por la normativa internacional. El 92% de las empresas no cuenta con un espacio de lactancia que facilite a las madres sostener esta práctica clave para la salud de las y los bebés en los primeros 6 meses de vida y hasta los 2 años. El 32% de las empresas tampoco brinda reducción de horario por lactancia. Solo 2 de cada 10 ofrece reducción de la jornada laboral para el cuidado de niñas y niños pequeños y la misma proporción permite el teletrabajo.”* (UNICEF, 2020, 16).

3. Espacios de cuidado

El art. 179 de la LCT continúa legislando sobre los espacios de cuidado: “En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan.”

El presente artículo fue reglamentado el 22 de marzo del 2022 luego de casi medio siglo sin implementación.

El decreto 144/2022 obliga a las empresas a proveer espacios de cuidado para niños y niñas que estén a cargo de sus trabajadores y trabajadoras durante la jornada laboral.

El decreto establece solamente el criterio de aplicación de la norma sustantiva sin modificar términos en desusos como *guarderías* y *salas maternas* reemplazándolos por *espacios de cuidado*, otra evidencia de los estereotipos de género analizados.

Se reglamenta que aquellos espacios laborales donde presten tareas un mínimo de 100 trabajadores deben proveer espacios de cuidado para los niños y niñas de entre 45 días y tres años de edad. Las empresas tienen un año desde la publicación del decreto para la efectivización de ellos o, en su defecto, el pago de un plus para que los trabajadores puedan vehicular el cuidado¹¹.

Sin embargo, en la actualidad *“el 95% de las empresas no facilita el acceso a espacios de cuidado*

10 OMS y UNICEF, “Estrategia Mundial para la Alimentación del Lactante y del Niño Pequeño”, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2003, pág. 8; Declaración Conjunta entre la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (1989). La OIT recomienda que se establezcan instalaciones que permitan la lactancia con las condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo.

11 El pago de esta suma no remunerativa se podrá efectivizar siempre que el cuidado este a cargo de instituciones habilitadas a tal fin o de personal incluido en el régimen de “trabajo en casas particulares”.

infantil dentro de los beneficios que ofrece a sus empleadas y empleados.” (UNICEF, 2020, 16).

VI. Marco normativo internacional

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres constituyen la base para garantizar su desarrollo y sus derechos en los ámbitos políticos, económico, cultural y social. La máxima participación de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país.

Los instrumentos de carácter obligatorio o vinculante obligan a los Estados a su defensa e incorporación en la agenda nacional y a crear las condiciones necesarias para que las mujeres puedan acceder a la igualdad. Mientras que los declarativos demuestran las preocupaciones de los movimientos de derechos humanos de las mujeres.

Dentro de los hitos relativos al reconocimiento de derecho de las mujeres podemos mencionar la I Conferencia Mundial de la Mujer (México - 1975), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y Protocolo Facultativo (1999), II Conferencia Mundial de la Mujer (Copenhague 1980), III Conferencia Internacional de la Mujer (Nairobi 1985), Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (Viena 1993), La Convención Belém do Pará (1994), IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing 1995), Beijing +5/10/20 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

En nuestro país, la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, conforman el *corpus* normativo internacional más relevante en materia de derechos humanos de las mujeres. Consecuentemente, en el año 2009 se sancionó en nuestro país la ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Profundizaremos los más relevantes con respecto a la temática bajo análisis, y distinguiremos entre dos sistemas de derechos: el internacional –ONU- y el interamericano –OEA.

VII. Sistema de Naciones Unidas (ONU)

1. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y Protocolo Facultativo (1999).

La Convención define el significado de igualdad e indica cómo lograrla. En este sentido, establece un programa de acción para que los Estados parte garanticen el goce de esos derechos.

Según el art. 1, por discriminación se entiende “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (...) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. La Convención afirma positivamente el principio de igualdad al pedir a los Estados Parte que tomen todas las medidas apropiadas para garantizarle a las mujeres el goce de sus derechos en igualdad de condiciones con el hombre.

Destaca en sus disposiciones el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en las familias y en la educación de sus hijos.

El papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. Es decir, destaca que existe una igualdad de responsabilidades de ambos sexos en la vida familiar e iguales derechos con respecto a la educación y al empleo.

2. Recomendaciones

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer formula recomendaciones sobre cualquier cuestión que afecte a las mujeres y a la que, a su juicio, los Estados parte deban prestar más atención. Hasta diciembre de 2021 el Comité ha adoptado 38 recomendaciones generales. Profundicemos algunas de ellas:

A. Recomendación General N° 19

Recuerda a los Estados parte que la aplicación de la Convención exige que adopten medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, deben examinar sus leyes y políticas.

Aclara que la violencia puede ser practicada por cualquier persona, organización o empresas y que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

B. Recomendación General N° 25

Establece las obligaciones que tienen los Estados Parte. En primer lugar, tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en los ámbitos público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación -que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares- por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.

La segunda obligación es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar, están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

Otra cuestión importante es que pone énfasis en lograr la igualdad sustantiva entre la mujer y el hombre. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias, será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias.

Las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales.

Puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer.

Las leyes, las políticas y los programas que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre. Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre.

C. Recomendación General N° 35

En 2017, el Comité vuelve a pronunciarse sobre la violencia contra las mujeres esta vez enfatizando en el factor del género dado los notables avances en la delimitación y conceptualización del fenómeno y abordaje teórico y metodológico de este problema. Esta recomendación complementa y actualiza la orientación formulada a los Estados parte en la Recomendación 19 y debe leerse conjuntamente con ella.

3. Organización internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo –OIT– es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. El mandato de la OIT de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo está consagrado en su Constitución y fue proyectado en las normas internacionales del trabajo pertinentes.

Los Convenios claves en materia de género de la OIT son: el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio 183 sobre la protección de la maternidad (2000).

Los Convenios 100 y 111 también se cuentan entre los ocho Convenios fundamentales de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Por último, el instrumento internacional más actual en la materia es el Convenio N° 190 de la OIT ratificado por Argentina en el 2020 y que entró en vigor hace apenas unos meses, el 23 de febrero del 2022.

Reconoce el derecho de toda persona a un mundo laboral libre de *violencia y acoso*, incluidos la *violencia y el acoso por razón de género*. El convenio contiene definiciones amplias de violencia y acoso y también de violencia y acoso por razón de género, y ampara a las personas que trabajan tanto en el sector público como en el privado. Asimismo, establece que tales conductas pueden tener lugar durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo.

El mandato de la OIT respecto de la igualdad de género queda reforzado por las Resoluciones conexas adoptadas por el órgano supremo de decisión de la Organización, la Conferencia Internacional del Trabajo. La más reciente de ellas es la Resolución relativa a

la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada en junio de 2009; y la Resolución relativa a la promoción de la igualdad de género, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad, adoptada en junio de 2004. En su decisión de marzo de 2005, el Consejo de Administración encomendó incorporar la perspectiva de género en la cooperación técnica.¹²

VIII. Sistema Interamericano

1. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994)

Esta Convención afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Establece que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Además que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida. La violencia contra la mujer incluye el sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

IX. Palabras finales

Como podemos observar, se ha avanzado mucho en lo que respecta a los derechos humanos de las mujeres protegidos en los instrumentos internacionales. Sin embargo, y a pesar de la obligación de los Estados Parte de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes, nuestra Ley de Contrato de Trabajo regula de manera tal el trabajo de mujeres que perpetúa estereotipos y desigualdades sociales de división sexual del trabajo entre hombres y mujeres.

Más aún, en nuestra Ley de Contrato de Trabajo se consagra una igualdad formal entre hombres y mujeres cuando debería aspirarse a legislar una igualdad sustancial, protegiendo a las mujeres de las desigualdades estructurales.

Como se manifiesta en la Recomendación n° 25 de la CEDAW, las leyes que son neutras desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre.

Por estos motivos, es que urge repensar las regulaciones del trabajo de las mujeres y de las familias con perspectiva de género para que el papel de la mujer en la procreación no sea causa de discriminación de la mujer como trabajadora y puedan desarrollarse laboral y familiarmente en igualdad de condiciones con respecto a los hombres.

¹² Extraído de <https://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang--es/index.htm>

Bibliografía.

- Ackerman, M. (2000): "La condición legal de las mujeres trabajadoras en la Argentina" en Birgin, H. (coop.): *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo.*, 1ra. Ed., Biblos, Buenos Aires, pp. 26-46.
- Andújar A. (2022)-: "Andares de clase: mujeres, trabajos y luchas por derechos en la Argentina, 1880-1920" en Lozano M.P; Terragno M.M; Censi Luciana (Coords.). *Derecho Laboral Feminista.* 1ra. Ed., Mil Campanas, CABA, pp. 15-43.
- Ávila Santamaría, R., Salgado, J. y Valladares, L. (Comp.) (2009): *El género en ensayos críticos.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.
- Blázquez Graf, N; Flores Palacios, F.; Ríos Everardo, M. (Coord.) (2012): "Investigación Feminista: epistemología, metodología y representaciones sociales". México: UNAM, Centro de investigaciones interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades: Centro Regional de investigaciones multidisciplinarias: facultad de psicología, Colección Debate y Reflexión, p. 407
- Clérico, L. (2018): "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad". *Revista Derecho del Estado*, (41), Universidad Externado de Colombia, pp. 67-96.
- Conferencia Internacional del Trabajo (2011): *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.* OIT, Ginebra. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf
- Dorlin, E. (2009): *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista.* Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires.
- Facio, A. y Fries, L. (2005): "Feminismo, género y patriarcado", *Academia -Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, Número 6.
- INDEC (2020): *Dossier estadístico en conmemoración del 109° Día Internacional de la Mujer.* Recuperado de: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/publicaciones/dossier_estadistico_8M.pdf
- Lagarde, M. (1996): "El género", fragmento literal: 'La perspectiva de género', en *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Ed. horas y HORAS, España, pp. 13-38.
- Lobato, J. (2022): "Andares de clase: mujeres, trabajos y luchas por derechos en la Argentina, 1880-1920" en Lozano M.P; Terragno M.M; Censi Luciana (Coords.), *Derecho Laboral Feminista*, 1ª ed, Mil Campanas, CABA, pp. 105-167.
- Lozano M.P; Terragno M.M; Censi Luciana (Coord.) (2022): *Derecho Laboral Feminista.* 1ª ed., Mil Campanas, CABA.
- Maffía, D.; Moreno Sardá, A.; Espinosa Miñoso, Y. y Radi Blas. (2020): *Apuntes Epistemológicos. Cuadernos feministas para la transversalización.* 1ª ed. UNR: Rosario Editora.
- Maffía, D. (2007): "Epistemología feminista: la subversión semiótica de las mujeres en la ciencia". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 12, n° 28, pp.63-98.
- Partenio, F. (2022): "El Trabajo visto desde lentes feministas: viejos tópicos y nuevos problemas de un debate clásico en la agenda de los feminismos" en Lozano M.P; Terragno M.M; Censi Luciana (Coord.). *Derecho Laboral Feminista.* 1ª ed, Mil Campanas, CABA, pp. 47-87.
- Pautassi, L. (2007): *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. Serie mujer y desarrollo.* Naciones Unidas CEPAL, Santiago de Chile.
- Pautassi, L. (2013): "Perspectivas actuales en torno al enfoque de derechos y cuidado. La autonomía en tensión" en Laura Pautassi y Carla Zibecchi (Coords.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*, Editorial Biblos, Buenos Aires pp. 99-132.
- Pereira, G. (2017): "Contrato de Trabajo de las mujeres" en Sudera J. y Tula D. (Coords.) Ackerman M. y Maza M.A (Dirs.), *Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, pp. 273-285.
- UNICEF (2020): *Cuadernos para la acción. El derecho al cuidado: conciliación familiar y laboral en las empresas*, 1ra. Edición. Diciembre 2020. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/informes/el-derecho-al-cuidado>
- Vázquez Páez, S. V. (2020): "La necesidad de equiparar las licencias laborales por maternidad y/o paternidad, sea biológica, por filiación o por adopción". *El derecho - Revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, N° 9 - septiembre 2020.

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VÍNCULO PLATAFORMA-REPARTIDORES

María Julia Foddanu¹

Sumario: I. Introducción. II. La calificación jurídica del vínculo plataforma-repartidores. Posturas. III. Los indicios de laboralidad de la OIT. IV. El accionar de la policía del trabajo y su convalidación judicial. V. Reflexiones Finales.

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

I. Introducción

La primera revolución industrial marcó el paso de la producción manual a la mecanizada con la máquina de vapor a finales del siglo XVIII en Inglaterra. La segunda revolución industrial se produjo un siglo más tarde con el descubrimiento de la electricidad y el desarrollo de la producción en cadena. A mediados del siglo XX se inicia la tercera revolución industrial con la electrónica y las tecnologías de información y comunicaciones. Esta vez no se trata de la aplicación a la industria de nuevas tecnologías, sino de la confluencia de ellas.

El auge de la cuarta revolución industrial representa un cambio de paradigma que repercute en la forma que vivimos y nos relacionamos. En dicho contexto, emergen las plataformas digitales de trabajo.

Las plataformas digitales pueden definirse como "redes o plataformas informáticas que sirven para intermediar y coordinar la transacción de bienes o servicios en el mercado a través de algoritmos informáticos". En el ámbito laboral, interesan especialmente las segundas, pues mientras que la transacción de bienes no suele generar una relación laboral directa entre las partes implicadas, las de servicios sí suelen hacerlo².

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

Si bien la Comisión advierte que las plataformas digitales de trabajo adoptan distintas

¹ Abogada (UNC); empleada en el fuero laboral del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; maestranda en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF); autora de diversas publicaciones

² FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. (Dir), "El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de los riesgos laborales", Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, 2018, pág. 31.

formas, considera que es útil distinguir entre el “trabajo colaborativo” que se refiere habitualmente a actividades o servicios que se realizan en *línea*, independientemente de la ubicación de quien los presta y el “trabajo a pedido a través de aplicaciones” que se refiere a actividades físicas o servicios que se realizan *localmente*.

En las próximas líneas analizaremos especialmente la situación laboral de los trabajadores que prestan los servicios de mensajería y de entrega de productos a domicilio mediante el uso de plataformas digitales -usualmente conocidos como repartidores, *delivery* o *riders*-. Las principales empresas del rubro que operan actualmente en nuestro país son PedidosYa y Rappi.

No desconocemos el amplio abanico de tareas que pueden realizarse mediante el uso de apps (como el transporte o cuidado de personas), aunque destacamos que el modelo de negocios que utilizan este tipo de empresas es similar en todos los casos³.

El trabajo ejecutado mediante el uso de plataformas digitales despierta interrogantes acerca de la situación laboral de sus trabajadores y del carácter de las propias plataformas, motivo por el cual se debate la calidad autónoma o dependiente de aquellos, y en este último supuesto, si las normas laborales existentes resultan aplicables o no a la particular modalidad de prestación de servicios o si es necesaria la creación de un nuevo régimen jurídico⁴.

II. La calificación jurídica del vínculo plataforma-repartidores. Posturas.

Actualmente, los repartidores son calificados por las empresas como “autónomos o independientes”. En consecuencia, deben inscribirse en el régimen simplificado conocido como “Monotributo”.

Los trabajadores inscriptos en el régimen del “monotributo” obtienen prestaciones que revisten un carácter básico y quedan por fuera de componentes importantes del régimen de protección social que rige para los asalariados registrados, como la prestación por desempleo, la licencia por enfermedad y la cobertura por accidentes de trabajo.

La doctrina nacional e internacional laboralista está haciendo hincapié en el estudio de la naturaleza jurídica del vínculo plataforma-trabajadores.

Se advierten principalmente tres posturas troncales e irreconciliables⁵. En primer lugar se enrola la postura que sostiene que se trata de un vínculo de naturaleza civil y comercial, de carácter colaborativo o asociativo. En segundo lugar, quienes afirman que se trata de una relación de dependencia, siéndole aplicable lisa y llanamente el orden público laboral. Por último, aquellos que sostienen que son nuevas modalidades de contrataciones laborales (no reguladas por nuestro ordenamiento) que requieren protección por la sólo condición de ser trabajadores de plataformas on demand vía apps, sin necesidad de que acrediten —ni que se les atribuya— un determinado status en la lógica autonomía/dependencia.

3 La doctrina estadounidense denomina a este nuevo modelo de negocio como «crowdwork offline específico» o. El crowdwork consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria. Todolí Signes, Adrián. “El trabajo en la era de la economía colaborativa”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. p.20.

4 Litterio, Liliana Hebe “Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo” ¿De la informatización al informalismo? La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2020, p. 102.

5 Cuadrado, Anibal. “Naturaleza jurídica de la relación de los hombre moto de rappi/glovo, etc”. Cita: RC D 1241/2019. Disponible en: http://www.nuevasperspectivas.com.ar/sitio/noticia_detalle.php?id=210. Fecha de consulta: 04/07/2022.

A continuación explicaremos con mayor grado de profundidad los fundamentos de cada una de las corrientes.

1) Postura de la naturaleza civil y comercial: las plataformas digitales de reparto se presentan como empresas informáticas que procuran el encuentro entre clientes y prestadores de servicios, por lo que, consecuentemente, se conciben como simples intermediarias que no operan en un sector específico, como es la entrega de productos a domicilio, sino que integran el amplísimo espacio de las empresas tecnológicas⁶. Con tales argumentos, manifiestan que la relación con sus repartidores o choferes, es de carácter colaborativa y asociativa, pues entre todos se prestan sus servicios en forma de colaboración para que, cada uno de los intervinientes, obtenga su ganancia. Sostienen que quienes se "asocian" colaborativamente con las Apps lo hacen en forma ocasional, bajo libre autonomía, sin exclusividad, con sus propios medios y herramientas, no sometidos a un régimen disciplinario ni horario. Desechan, en definitiva, toda relación de dependencia. Esta postura la expresan desde importantes y costosas campañas publicitarias, dirigidas tanto al consumidor como a quienes quieren captar para desarrollar la prestación que ofrecen al primero. Expresan que el mundo ha cambiado y que nos encontramos ante nuevas relaciones humanas de colaboración, la economía colaborativa 4.0⁷.

2) Postura de la naturaleza dependiente: el vínculo plataforma-trabajador es un vínculo alcanzado por el orden público laboral. El eje de esta postura es la primacía de la realidad como principio rector del derecho laboral⁸. El objeto comercial de las empresas es el transporte de cosas o personas para poder alcanzar su fin de lucro. La empresa organiza, dirige y controla la prestación. Defienden que el trabajador se inserta en una organización ajena. Respecto del sistema de control y supervisión que se utiliza, se pone en cabeza del usuario o consumidor (quien requiere el servicio) o de la empresa que utiliza la prestación (el restaurante, por ejemplo) la capacidad de evaluar y calificar a la persona que realiza la labor de entrega a domicilio. Resaltan que el sistema de puntajes o niveles permite sumar o restar puntos en función del cumplimiento con los parámetros establecidos por los algoritmos. Por ejemplo, en relación con el horario que se haya elegido o la zona en la que se ha de realizar la labor, como así también si el trabajador llega tarde a retirar el pedido o a entregar el producto en el domicilio del consumidor y las tasas de cancelación de pedidos. El control de la labor encomendada se maximiza mediante la posibilidad de obtener la geolocalización de los dispositivos móviles utilizados por el repartidor, y una actualización en línea de los estados en los que se encuentra la solicitud⁹. Si el trabajador no cumple con los parámetros establecidos, puede ser suspendido o bloqueado lo que equivale al despido. Además, sostienen que la exclusividad no es indicio de laboralidad, ya que no es un requisito establecido por la LCT. Respecto a las herramientas de trabajo, puntualizan que el principal medio de producción es la plataforma digital que vale millones de dólares como unidad técnica de ejecución. Agregan que en relación a los pagos es la plataforma la que cobra al consumidor y al comercio por el servicio prestado y paga la comisión semanal o quincenal al trabajador. La relación jurídica trabajador.plataforma se inserta en la norma establecida por el art. 23 de la Ley

6 Lopez Mourelo, Elva. "El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Argentina: Análisis y recomendaciones de política" Buenos Aires; Oficina de país de la OIT para Argentina, 2020, p. 31. SBN 9789220327937 (impreso) ISBN 9789220327920 (pdf web).

7 Cuadrado. ob. cit.

8 Véase Grisolia, Julio Armando. "Manual de Derecho Laboral". Edición 2016 revisada y actualizada. p. 87. El autor destaca: "Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un "contrato-realidad".

9 Mugnolo, Juan P., Golcman, Martín F. y Caparrós, Lucas J., "Análisis jurídico sobre las relaciones de trabajo en los servicios de entrega de productos a domicilio a través de plataformas digitales en la Argentina" Primera Parte. DT2019 (mayo), 1069. p. 6.

Nacional de Contrato de Trabajo n° 20.744 que activa la presunción iuris tantum de que la prestación del servicio es contrato de trabajo y será la empresa la deberá probar lo contrario¹⁰.

3) Postura de la protección legal independientemente de la calificación dependencia/autonomía: defienden que el trabajo al servicio de plataformas se despliega en la práctica al margen del sistema tradicional de protección del trabajo humano. Afirman un proceso de desestandarización contractual que tiene proyecciones aún más complejas como consecuencia de la creciente “difuminación” o desdibujamiento de las fronteras entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo. Desaconsejan asignar a los trabajadores que se desempeñan en el sector, alguna una genérica categorización —dependientes, autónomos, sujetos de un cierto “tertium genus”— opciones que conllevan en cada caso un riesgo no menor de no corresponderse lealmente con numerosas situaciones contractuales presentes en la diversidad resultante de aquella heterogeneidad. Pregonan que es imprescindible asegurar condiciones de trabajo decente para esos trabajadores, hoy desprovistos de todo amparo y tutela. Un régimen adecuado debería asegurar el acceso inmediato del trabajador de plataformas a la protección que se prescriba. En ese marco, consideran necesario regular el trabajo al servicio de plataformas para asegurar el acceso inmediato a condiciones de trabajo decentes para los trabajadores que se desempeñan para ellas, sin necesidad de impetrar en las instancias judiciales el hipotético reconocimiento de la condición de dependencia. El objeto de regulación serían específicamente los trabajadores de plataformas on demand vía apps, que requieren protección por esa sólo condición, sin necesidad de que acrediten —ni que se les atribuya— un determinado status en la lógica autonomía/dependencia. Se trata sólo de que para acceder a la tutela no sea necesario acreditar una u otra condición, sino la condición de trabajador de plataformas como decisivo centro de imputación. La aplicación de las instituciones del régimen especial no ha de conllevar por lo tanto presunción alguna de dependencia ni de autonomía. No quedaría invalidada, en cambio, la presunción general del artículo 23 del régimen de la Ley de Contrato de Trabajo. Lo que no podría agregarse a esa presunción legal —pues el régimen especial lo excluiría de modo expreso— sería la invocación del goce de los derechos de este régimen como presupuesto de esa presunción¹¹.

Las primeras dos posturas -naturaleza civil y comercial; naturaleza dependiente- fueron recogidas y desarrolladas en pronunciamientos de tribunales de diversos países, teniendo en cuenta las distintas regulaciones jurídicas de los países en los cuáles se han emitido. Para el año 2019, ya existían diversos fallos sobre el tema en Estados Unidos, Gran Bretaña, España, Italia y Holanda. Entre las sentencias que determinaron el carácter dependiente de la relación podemos citar: “Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles Country” Sentencia N° S222732 del 30/04/2018; “Jose Enrique c. ROOFOODS SPAIN S.L.” Juzgado de lo Social de Valencia N° 6, Sentencia 244/2018; Employment Tribunals de Londres, “Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd- case n.2202551/2015 & Others”. Por el contrario, en autos “Mohamed Adel Naguib Mohamed Elazab contra Foodinho SRT” Sentencia n° 1853/2018 el *Tribunale di Milano, Sezione Lavoro* resolvió la inexistencia del vínculo laboral.

10 Art. 23 LCT: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.”

11 Goldin, Adrian. “Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/44), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020. Pág. 63/64.

La tercera postura resulta novedosa, un tanto utópica, ya que no existen regulaciones de tal tipo, al menos por ahora, en Argentina.

A nuestro juicio es clarísima la relación de dependencia de cada trabajador con las empresas de aplicaciones. En este punto, quisiéramos anexas la inexistencia de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 30 de la LCT para los comercios que forman proveen los productos, ya que éstos, ignoran que repartidor va a llegar hasta su negocio para retirar la mercadería y llevarla a destino. El vínculo es exclusivamente entre plataforma y repartidor.

III. Los indicios de laboralidad recomendados por la OIT.

La Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicada en el año 2006, establece en el párrafo 13, ítems a) y b) una serie de indicios enunciativos -pero no limitativos- que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo dependiente frente a circunstancias donde ésta pueda aparecer como ambigua, encubierta o simplemente inexistente.

Desde luego que esos indicios no pueden operar sino de la mano del principio de la primacía de la realidad, principio transversal de interpretación que se reitera en toda la legislación laboral iberoamericana y según el cual no importa la denominación jurídica que las partes le den, sino el tipo de relación que surge de la manifestación factual de esta.

Los indicios que ordena la Recomendación aceptan todavía una distinción que vale la pena destacar: por un lado, los indicios cerrados que responden a la relación laboral más clásica (fordista-taylorista), entre otros, el servicio de tipo dependiente prestado dentro de un horario de trabajo y bajo supervisión directa del empleador, con percepción de un salario, derecho a vacaciones, derecho a descanso, etc, y por el otro lado, los indicios abiertos, que, pareciendo de ámbito indeterminado, resultan finalmente los más inclusivos y expansivos y por eso pueden tener un impacto mayor a propósito de la determinación de la naturaleza de la relación y de la prestación de servicios que se dan bajo la intermediación de plataformas digitales. En particular, la Recomendación núm. 198 establece como indicio “el hecho de que el trabajo: (...) implica la integración del trabajador en la organización de la empresa”¹².

La integración del trabajador a la organización de la empresa -que no se define explícitamente- sugiere sí un tipo abierto y plural que pudiera incluir las distintas formas que ella adopte.

El corolario de este indicio abierto y complejo tiene que ver con la concepción que se tenga de la empresa en el marco de las relaciones laborales posfordistas, que rigen en un mundo donde la mayoría de los trabajos se da en el ámbito de los servicios y ya no en el sector de la industria como fue la tradición. Por eso, aquella relación centrípeta e inclusiva que se valió de la confluencia de trabajadores en el espacio de la empresa presenta hoy una tendencia de signo contrario, más bien centrífuga, donde la empresa ya no requiere de un espacio físico. Esta nueva empresa puede estar en el sitio de un móvil conectado a una aplicación que conduce a una plataforma digital capaz de vincular a demandantes y ofertantes de un servicio.

12 Villasmil Prieto, Humberto. Del trabajo industrial al trabajo por plataformas digitales: las relaciones de trabajo del posfordismo. OIT Cono Sur - Nota del 28/11/2019. Disponible en: https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_731018/lang-es/index.htm

Por lo tanto, es imperativo repensar la noción de la empresa. En la época fordista-taylorista era un espacio donde se verificaba la imputación de los derechos y las obligaciones que surgían del trabajo; por esa misma razón era posible una supervisión verificable y la concentración de trabajadores, sin la cual la coalición no hubiera sido posible y menos el derecho a la libertad sindical. Hoy en día, la empresa puede ser una actividad que ya no requiere de un lugar físico donde se concentre el trabajo, y sí más bien, muchas veces, de plataformas digitales y formas cibernéticas de relacionamiento donde aquel espacio tradicional no existe.

Por eso el indicio más abierto y más trascendente que incluye la Recomendación núm. 198 es el del ítem a) del párrafo 13, esto es, el que permite presumir la relación de trabajo cuando un trabajador se entienda integrado a la organización de la empresa.

Finalmente, cabe destacar que en plano nacional nuestra Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744 al definir "establecimiento" en su art. 6 no exige que éste sea "físico" y por ende, dicho establecimiento puede ser virtual. El legislador laboral ha sido un gran precursor en su redacción cuyo texto permite ayornarse a las nuevas realidades.

IV. El accionar de la policía del trabajo y su convalidación judicial.

En nuestro país, tanto el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS) como los estados provinciales realizan tareas de inspección del trabajo enmarcados en un sistema federal, bajo el principio de cooperación. En el Pacto Federal del Trabajo (ratificado por la Ley N° 25.212), el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (creado por la Ley 25.877) y los distintos convenios que en su marco se han celebrado con los gobiernos provinciales se destaca esta división de competencias, como así también las facultades en materia de inspección y aplicación de sanciones¹³.

En cada una de las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hay alguna instancia administrativa dependiente del Poder Ejecutivo Provincial que ejerce las funciones inherentes a los servicios de inspección del trabajo. El ejercicio efectivo de dicha competencia se materializa a través de inspecciones mediante las cuales se determina la existencia o no de infracciones a las normas de aplicación, correspondiendo en el primer caso, la iniciación de un sumario administrativo de investigación, el cual debe asegurar el legítimo derecho de defensa del sumariado con basamento en la Constitución Nacional e Instrumentos Supranacionales con esa jerarquía, culminando con una Resolución que, eventualmente, puede resultar sancionatoria.

Lo anteriormente descrito guarda relación con lo ocurrido en el mes de junio del año 2021, cuando el Subsecretario Técnico, Administrativo y Legal del Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires emitió la resolución n° 1855 que impuso a KADABRA SAS (Glovo), una multa de \$6.318.000 por infracciones a la normativa vigente en materia laboral. Para así hacerlo se valió de actas labradas por sus inspectores en diversos procedimientos llevados a cabo en las ciudades de La Plata, Quilmes, Martínez, Vicente López, San Isidro, Avellaneda, Lanús, Ramos Mejía, Lomas de Zamora y Banfield. A partir de tales actuaciones, atendido el descargo y agotado el proceso administrativo pertinente, meritó que KADABRA SAS, bajo el nombre de fantasía o marca "Glovo" y mediante el uso de una plataforma digital, resulta ser empleadora -en el marco de la LCT- de trabajadores respecto de los cuales no cumple con la normativa específica.

¹³ Ver: <https://www.argentina.gov.ar/trabajo/fiscalizacion/competencia-laboral> consultada el 06/07/2022.

La mentada resolución ministerial sentó las bases para la posterior actuación judicial. La empresa planteó recurso de apelación cuestionando —en lo que aquí interesa— las facultades de la autoridad administrativa del trabajo para declarar la existencia de dependencia.

El Tribunal del Trabajo nro. 4 de ciudad de La Plata en autos "KADABRA SAS C/ MINISTERIO DE TRABAJO S/ APELACION DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA" Expediente N° 29059" puntualizó: "La operatoria bajo examen involucra la prestación del servicio de transporte de mercadería, del tipo delivery, por personas físicas, mediante diversos medios de transporte propios o de su tenencia, comúnmente moto o bicicleta, a cambio de una contraprestación dineraria, organizada en torno a una plataforma digital que provee y explota con beneficio económico KADABRA SAS, bajo la marca o nombre de fantasía Glovo que de ordinario está logueada o ploteada en la caja y/o vestimenta, de los repartidores. Esa es por otra parte la realidad que surge de las actas labradas por los funcionarios del Ministerio de Trabajo Provincial y no escapa a la comprensión de cualquier observador. La discrepancia de la sociedad infraccionada con la resolución del Ministerio de Trabajo Provincial, deriva de las diversas implicancias que atribuyen a la utilización y funciones de la plataforma digital".

Sinópticamente, los magistrados convalidaron la atribución del Ministerio para declarar la existencia de la relación laboral citando el precedente "Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio del Trabajo s/ Recurso de hecho" de la CSJN.

En relación al vínculo jurídico plataforma-trabajadores el tribunal de grado sostuvo: "surge de las actuaciones de marras que los repartidores involucrados se integran mediante la plataforma digital a una organización ajena, la empresa KADABRA SAS, con nombre de fantasía "Glovo", que a través de una plataforma digital, les asigna los viajes en función de cuya realización aquéllos reciben una contraprestación dineraria de cuantía impuesta por la empresa. También queda claro que KADABRA SAS prioriza, valora y precia, la rapidez de entrega y el buen comportamiento de los repartidores a quienes puede o no encomendar viajes y variar la intensidad de asignación de los mismos, incluso bloquearlos o cancelarlos, arbitrariamente. *Las condiciones de la prestación de tareas descripta, en particular la incorporación del trabajador a una estructura empresarial ajena, implica la relación de dependencia* (arts. 22 y 23 de la LCT)".

En el párrafo que antecede, podemos ver cómo el órgano jurisdiccional dice el derecho aplicando el indicio abierto de integración del trabajador a la empresa ajena recomendado por la OIT para determinar la naturaleza dependiente del vínculo, conforme fuera desarrollado supra.

Respecto a la sociedad infractora en particular destacan: "Por su parte KADABRA SAS no puede desconocer su carácter de empresario -organizador, mediante su plataforma digital, de los medios personales, materiales e inmateriales, para el logro de fines económicos o beneficios (art. 5 de la LCT)¹⁴. El propio descargo de Glovo en el expediente administrativo da cuenta de su condición de organizador de los servicios que presta el

14 Art. 5 LCT: A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa".

repartidor. Las empresas para las que se distribuye son "clientes" de Glovo (no del repartidor) y usualmente el precio del servicio es percibido por Glovo, quien luego le paga al repartidor. A ello se adiciona que el precio pagado al distribuidor domiciliario por sus servicios es impuesto por la empresa de plataforma, sin posibilidad de negociación, la que además regularmente califica a los trabajadores conforme su rendimiento, pudiendo llegar hasta el bloqueo del mismo. Todas notas que dan cuenta de que la empresa en la que se inserta el repartidor es completamente ajena y su trabajo es asignado y distribuido por la organizadora -KADABRA SAS quien obtiene beneficios económicos de las operaciones globales que realiza a través del medio digital (la plataforma)".

Por último, proveyendo a los argumentos de la empresa respecto a la calidad de empresario de quien presta el servicio y la soberanía de la libertad a la hora de elegir su jornada, el Tribunal con buen tino y en forma fulminante le contesta: "La tenencia de una moto y la inscripción en monotributo no convierte al trabajador de plataforma en empresario (art.14 LCT)¹⁵ y tampoco es real que los trabajadores de la plataforma de KADABRA SAS tengan libre albedrío para elegir dónde y cuándo trabajar. Tal elección, ..., se encuentra muy condicionada a la posibilidad concreta y cotidiana de percibir menor remuneración o ser excluido de la plataforma (necesidad alimentaria)".

En síntesis, el fallo resuelve que existe en el caso trabajadores y empresa, relación dependiente y contrato de trabajo, a pesar del enmascaramiento bajo la existencia formal de monotributo (arts. 4°, 5°, 6°, 14, 21 a 23 de la LCT)¹⁶. La sentencia¹⁷ es de tan prístina claridad que se recomienda su lectura completa a los lectores.

Por otro lado, quisiéramos mencionar otro fallo de excelencia en la materia. Se trata de los autos "Ministerio de trabajo c/ Rappi Arg S.A.S. s/ Apelación de resolución administrativa"¹⁸ sentencia nro. 49.930 de fecha 29/09/21 del Tribunal del Trabajo nro. 2 de La Plata. En igual sentido que el analizado precedentemente, confirma la multa impuesta por el Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires por más de dieciséis millones de pesos¹⁹ a la empresa Rappi Arg. S.A.S, alineándose así una clara tendencia jurisprudencial en Argentina, no solo en materia de la dependencia de sus trabajadores sino también en cuanto a legitimidad de la autoridad de policía del trabajo en su facultad para la declaración de la misma; cuestión central que intentó poner en crisis la infraccionada al sostener que el Ministerio debía abstenerse de intervenir, desde que —sostenía— solo podía hacerlo el Poder Judicial.

El Tribunal, con bisturí quirúrgico, dispuso: "Del hecho de que la forma republicana de gobierno justifique la distribución de las funciones estatales en tres poderes diferentes (y asigne, cuando exista una controversia entre particulares, o entre una autoridad pública y un particular, la decisión final sobre la interpretación de las normas jurídicas a los jueces) en modo alguno se deduce que los restantes poderes del Estado (y, en lo que

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

16 En igual sentido: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nro. 31, Sentencia del 31/08/2021, "Bolzan, José Luis vs. Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otros s. Despido".

17 Disponible en: <https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2059/kadabra-sas.html> consultada 06/07/2022.

18 TR LALEY AR/JUR/152186/2021.

19 Multa de \$16.426.800 (pesos dieciséis millones cuatrocientos veintiséis mil ochocientos), por infracción a los arts. 52, 128 y 140 de la Ley de Contrato de Trabajo, 7 de la ley 24.013, 27 de la ley 24.557, 2 de la resolución 299 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y de las Resoluciones 135/2020 y 151/2020 del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires.

aquí interesa, la autoridad administrativa del trabajo) estén impedidos de interpretar, dentro del ámbito de sus atribuciones, el sentido de las reglas jurídicas. No se advierte de qué modo podrían válidamente los funcionarios del Ministerio de Trabajo cumplir con la esencial función de policía laboral si se los privase de la potestad de desentrañar el sentido y los alcances de las normas laborales y sociales cuyo cumplimiento por parte de los empleadores deben controlar. Bajando a la concreta controversia presentada en el caso, es a todas luces evidente que, una vez colectada la prueba (v.g., interrogatorios a los repartidores que constan en las actas de inspección), la autoridad debió necesariamente formular un análisis de hermenéutica jurídica para definir si los hechos constatados encuadran o no dentro de las normas que definen las notas tipificantes del contrato de trabajo (arts. 21/23, LCT), para, de arribar (como finalmente sucedió en la especie) a una respuesta afirmativa, sancionar al empleador que había incumplido su deber de registrar esos vínculos y observar las normas laborales y de la seguridad social. Es que, de resultar válida la posición de la apelante, en cada caso en que, en el marco de una inspección, detectase una relación laboral informal o clandestina, la autoridad administrativa del trabajo (impedida, en esa inteligencia, de interpretar normas jurídicas como las contenidas en los arts. 21/23 de la LCT o 7 y 18 de la ley 24.013) debería recurrir a un juez para poder aplicar una sanción, lo que demuestra el absurdo de esa tesis que, de convalidarse, provocaría la parálisis y esterilidad absolutas de la función estatal de policía de trabajo”.

Confirmadas las atribuciones del Ministerio de Trabajo en el ejercicio de su poder de policía laboral, el Tribunal se adentra en la cuestión de fondo, „trabajo autónomo o dependiente, confirmando la segunda de las tesis. Rechaza los agravios expuestos por la empresa.

En tal sentido, resaltamos la doctrina judicial que emana de este precedente:

En cuanto al establecimiento a donde imputar derechos y obligaciones, la apelante refirió que la sanción debía reputarse nula, ya que la autoridad laboral interrogó a personas que no se encontraban en su establecimiento, sino que estaban en la calle portando indumentaria alusiva a la empresa, sin que se haya dado aviso a ésta para fiscalizar y presenciar la inspección. El Tribunal consideró que la policía del trabajo está legalmente habilitada para realizar todas las inspecciones que estime pertinentes, dentro o fuera de las sedes físicas de las explotaciones de los empleadores, y sin que resulte obligatorio en todos los casos que previamente ponga en conocimiento de la empresa eventualmente inspeccionada la realización de los procedimientos (art. 12 del Convenio N° 81 de la OIT; art. 7 del Anexo del Pacto Federal de Trabajo). Asimismo, puntualizó que, en este tipo de empresas, el establecimiento no es un lugar físico, sino la propia plataforma informática a través de la cual se producen todos los intercambios y relaciones entre el prestador de servicios y la empresa propietaria de aquella. En efecto, en la medida en que los repartidores conectados virtualmente con la empresa mediante una aplicación informática no prestan sus servicios en ningún lugar físico de propiedad de la empresa —sino en la vía pública— señaló que no puede advertirse de qué otra forma pudo la autoridad laboral haber practicado la fiscalización que ordenó, ya que esos repartidores nunca prestan servicios en alguna sede inmueble de la compañía.

En materia de presunción de laboralidad partió el Tribunal de confirmar la aplicación de la establecida en la norma del art. 23 LCT indicando el reconocimiento de la empresa de la prestación de servicios y la falta de prueba en contrario: "En el caso, debiendo soportar la carga de la prueba sobre el carácter no laboral de la relación, la empresa apelante no

logró desvirtuar la aludida presunción de laboralidad que nació a partir del reconocimiento de la prestación de servicios. En efecto, como ya ha sido señalado, aun cuando tuvo la posibilidad de hacerlo, la empresa no produjo la prueba que ofreció en sede administrativa, por lo que, lógicamente, no logró desvirtuar la presunción de laboralidad que nació por aplicación del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo"

Además el Tribunal ingresó al tratamiento de las notas típicas de un contrato de trabajo:

- Trabajo realizado en forma personal e infungible:

"En primer lugar, no se ha controvertido (y, además, fue acreditado por los inspectores laborales) que los repartidores prestaron servicios personales e infungibles para "Rappi". Amén de que resulta evidente que los repartidores prestan un servicio personal y arriesgan su cuerpo todos los días al distribuir (de ordinario, en motos o bicicletas) los productos que la empresa les encomienda por medio de la aplicación, el carácter infungible de la prestación queda demostrado con la documental acompañada por la propia empresa, pues de los "términos y condiciones" que, a modo de contrato de adhesión, se les hace suscribir a los mismos cuando ingresan a prestar servicios (y tiene un carácter "obligatorio y vinculante", según se establece allí), surge que la cuenta personal que se asigna a cada "rappitendero" para poder conectarse a la aplicación y realizar las tareas de reparto, es "personal, única e intransferible", y que cada repartidor solo puede tener una sola cuenta y esta no puede ser cedida ni delegada hacia terceros, pues en caso contrario la cuenta es inhabilitada o cancelada (ver cláusula primera, punto 1.4 del documento denominado "Términos y condiciones- Rappitenderos", agregado a fs. 55 y ss. del expediente administrativo electrónico anexado a esta causa). Queda claro, pues que la actividad que realizan estos repartidores no es sino la prestación personal e infungible, dirigida por otro, que nuestra legislación califica como trabajo (arts. 4, 21 y 37, LCT)".

- La prestación del servicio en favor de otros (régimen de ajenidad):

"...lejos de limitarse a un mero rol pasivo de intermediación, en su carácter de propietaria de ese medio de producción virtual que es la plataforma, "Rappi" se apropia de los frutos del trabajo ajeno a cambio de una contraprestación en dinero, acaparando la ganancia económica que se genera con la prestación de servicios de los repartidores, quienes (impedidos de trabajar para sí mismos, por no contar con un medio de producción propio) no participan de esa ganancia empresaria, para cuya generación el trabajo prestado por las personas que distribuyen las mercaderías es indispensable. Es dable destacar que la propia empresa ha admitido que es ella quien recibe los pagos que efectúan los consumidores que encargan los productos a ser repartidos, y luego transfiere, quincenalmente, a cada uno de los repartidores, la retribución que (según "Rappi" determina) les corresponde (ver recurso, fs. 195 y ss.)..." "...la empresa, valiéndose de la propiedad de su medio de producción (la plataforma) se apropia de parte del trabajo prestado por el repartidor, retribuyendo solo una parcela del valor aportado por los trabajadores (pues de otro modo no tendría margen de ganancia alguno)". "No hay dudas, pues, de que los repartidores se integran una organización empresaria ajena y fungen, en este tipo de emprendimientos, como uno de los "medios inmateriales" de los que se vale la empresa para alcanzar sus objetivos económicos (arg. art. 5, LCT), lo que los convierte en personas físicas que prestan servicios en los términos del art. 21 de la LCT (y, por tanto, en trabajadores, art. 25, LCT), así como a la empresa que los ocupa en sujetos que requieren sus servicios (es decir, en empleadores, art. 26, LCT).

- La asunción de riesgos por parte de la empresa:

"La empresa ha admitido que paga una cobertura de seguro de accidentes personales en beneficio de los repartidores, así como que les ha proveído elementos de protección personal para protegerlos del contagio de COVID-19. Más allá de que, en rigor, al existir relación laboral entre las partes, debió asumir el deber de seguridad (art. 75, LCT), y asegurarles la cobertura de los riesgos del trabajo ante una A.R.T. (arts. 4, 26 y cc. L.R.T.). el hecho de que la empresa se haga cargo (aunque no de la forma jurídicamente correcta) de cubrir los riesgos de accidentes a los que se encuentran sometidos los repartidores, también constituye un indicio que evidencia la ajenidad como nota tipificante del vínculo, pues, si se tratase de verdaderos vínculos autónomos, no habría razón para justificar que sea la empresa quien asuma los costos de esa cobertura".

- La subordinación técnica y jurídica:

"...esa relación de subordinación surge nítida en la especie, pues resulta evidente a todas luces que "Rappi" tiene el poder de reemplazar la voluntad de los trabajadores por la de la empresa: es ésta la que, en el momento inicial de la contratación, fija unilateralmente las condiciones en las que deben prestarse los servicios, la que provee la herramienta principal de trabajo (la aplicación) y determina cómo debe ser utilizada, la que asigna los clientes a los que deben trasladar los productos a repartir y, en definitiva, quien tiene un poder de dominio sobre los operarios a partir del control absoluto de la plataforma, al punto que no solo (como lo tuvo por demostrado el Ministerio de Trabajo, en conclusión que no pudo ser rebatida) imparte órdenes e instrucciones a los "riders" y realiza un control unilateral de su trabajo, pudiendo aplicar sanciones indirectas en caso de que los repartidores se nieguen a tomar un viaje, sino que hasta puede despedirlos por conducto de darlos de baja del sistema informático. En la medida en que los trabajadores están permanentemente geolocalizados satelitalmente mediante GPS, lo que permite, en este gran panóptico virtual en el que se ha convertido el mundo actual, controlar en tiempo real sus movimientos, pudiendo eventualmente darles indicaciones y/o sancionarlos en caso de que no se adecuen a los requerimientos de la empresa, no puede ponerse seriamente en discusión la existencia de un poder de dirección y control de la empresa de plataforma de repartos sobre los repartidores (independientemente de que esos poderes hayan sido utilizados o no en el caso, lo que lo altera en lo más mínimo la existencia de la relación de dependencia como nota tipificante del contrato de trabajo)... la existencia del poder disciplinario fue implícitamente admitida por la empresa, cuando dijo en el recurso, entre otras cosas, que si un pedido no es entregado el usuario es "advertido" por la plataforma, para garantizar estándares mínimos de seguridad. En adición, el argumento defensivo basado en que no existe poder de dirección ni disciplinario en cabeza de "Rappi" porque la organización del proceso de asignación de viajes está definida "por un algoritmo matemático" es falsa y debe ser descartada, ya que la empresa mantiene las potestades de dirigir y controlar el proceso productivo, aplicando, cuando considera que un repartidor se desvió de la conducta pretendida por ella (v.g., rechazando un viaje asignado) sanciones o represalias al trabajador (incluso, despidiendo en forma virtual al repartidor por conducto de desconectarlo del acceso a la aplicación)".

- La subordinación económica:

"También se ha probado en el caso que los repartidores dependen económicamente de la empresa, al punto que, según la información que recabaron los inspectores, muchos de ellos se ven obligados a trabajar más de 8 horas diarias y 48 horas semanales para conformar un ingreso mínimo para atender sus necesidades materiales de existencia, lo que demuestra que dependen de esa retribución para vivir".

- La jornada de trabajo:

"Es por completo irrelevante que los repartidores no tengan días y horarios fijos de labor. La existencia de un horario predeterminado de trabajo en modo alguno constituye una nota tipificante del contrato de trabajo (lo que explica, como es del todo evidente, que ese recaudo no haya sido incluido en la definición del art. 21 de la LCT)... Si ello siempre fue así, con mayor razón aún lo es en los tiempos actuales, en los que las nuevas modalidades laborales facilitadas por las tecnologías de la información y la comunicación permiten (precisamente, como lo demuestra el caso bajo análisis, o las distintas variables del teletrabajo) que la realización de las labores por parte de los trabajadores sean efectuadas con una cierta "libre disponibilidad" (siempre relativizada por la necesidad de asegurar ciertos resultados o, al menos, una determinada cantidad de trabajo) de los tiempos por parte de ellos, sin que esa circunstancia autorice a sostener (pues no se difumina por ello la dependencia) la inexistencia de relación de trabajo en tales supuestos. Dicho en otros términos: la existencia o no de un horario fijo de labor nunca fue un requisito determinante para excluir el linaje laboral de una relación, y mucho menos lo es a partir de que las innovaciones tecnológicas permiten organizar y dirigir el proceso productivo sin sujeción a límites horarios estrechos".

Las sentencias analizadas contienen valiosos argumentos que nos permiten enfatizar la importancia de un efectivo ejercicio del poder de policía del trabajo por parte de los organismos administrativos, como uno de los instrumentos fundamentales para hacer realidad el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas a condiciones de trabajo decente. Asimismo, la descripción pormenorizada de las notas de dependencia que resultan de la relación plataformas-repartidores despeja con claridad de excelencia jurídica todas las dudas que pudieran presentarse sobre la calificación legal del vínculo.

V. Reflexiones finales.

Respondiendo al interrogante inicial sobre la calidad autónoma o dependiente de los trabajadores "a pedido a través de plataformas digitales" podemos afirmar que nos encontramos ante una relación jurídica de naturaleza subordinada.

En consecuencia, ante la ausencia de un régimen especial, estos trabajadores están amparados por la Ley de Contrato de Trabajo n° 20744 y tienen la potestad de ejercer sus derechos laborales reconocidos tanto en la legislación nacional como en la internacional. Las empresas han obtenido beneficios a través de su discurso estratégico y fuertes campañas publicitarias, con evidente intención fraudulenta al orden público laboral. Pero en definitiva, estos trabajadores son falsos autónomos.

No desconocemos que para hacer valer sus derechos estos trabajadores muchas veces se verán obligados a acudir a la instancia judicial, y que en ese recorrido, también serán muchos los que quedarán en el camino.

Frente a esta realidad, es inminente un fuerte compromiso social que abarque distintas dimensiones: la concientización como consumidores, el despliegue de medidas de acción colectiva, el efectivo ejercicio del poder de policía por parte de los organismos administrativos, la visibilización de esta realidad por los medios de comunicación, políticas públicas por parte de los estados provinciales y nacional, y por supuesto, una respuesta judicial rápida y eficaz.

La verdadera ratio detrás de la legislación laboral es la hiposuficiencia económica del trabajador, de la cual parte su desigual posición al momento de establecer el modo en que prestará el servicio. Por ello, son estos trabajadores los sujetos de preferente tutela a fin de equilibrar las relaciones de poder.

Si exigimos a una empresa tradicional el cumplimiento de sus deberes como empleador, no existe fundamento plausible que permita eximir de tales deberes a empresas multinacionales que facturan millones de dólares.

El trabajo ejecutado mediante el uso de plataformas digitales es trabajo humano, y por lo tanto, debe ser trabajo decente.



ESTÁNDAR PROBATORIO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN

“La violencia racial, de género, sexual y otras formas de discriminación y violencia, no pueden ser eliminados sin cambiar la cultura”

Charlotte Bunch

María Elena Arriazu¹

Sumario: I. Exordio. II. Carga probatoria. III. Doctrina judicial de los tribunales inferiores. IV. Postura de nuestro máximo tribunal nacional. V. Reflexión final.

Palabras clave: Estándar probatorio. Discriminación. Doctrina judicial

1. Exordio

El presente trabajo se ocupa de afirmar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado doctrina judicial laboral sobre asuntos extraños a la materia federal en fallos emitidos por ella, luego de habilitar la instancia especial, reivindicando sus propios criterios sobre la arbitrariedad de sentencia. Tan es así que, en un considerable número de pronunciamientos, en los cuales se debatían asuntos de temática laboral, la mentada Corte subrayó de manera enjundiosa la autoridad institucional de sus precedentes, evidenciando la pretensión de ejemplarización de sus decisiones, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

En esta línea de pensamiento, tuvieron un protagonismo estelar la Carta Magna y las normas internacionales, tanto los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) como los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro orden superior por el constituyente de 1994, por imperio del art. 75, inc. 22 C.N.

Así, la vocación del máximo tribunal nacional de dar fuerza coercitiva a sus precedentes puede verse como una contribución a la seguridad jurídica, pero lo cierto es que frente a los casos en que la doctrina sentada por la Corte con pretensión de obligatoriedad transita por el ámbito excepcional de la arbitrariedad de sentencia, el tribunal eminente no oficia como intérprete de la Constitución, los tratados y las leyes cuya validez haya sido cuestionada, sino de normas de derecho común.

En especial, produjo un derecho judicial que generó verdaderas innovaciones en materias laborales como la discriminación, con declaración de nulidad del despido originado en un móvil discriminatorio en el caso “Álvarez”, con la consecuente definición de la apli-

1 Abogada y Notaria (UCC); maestranda en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales UNTREF; Fundadora y Secretaria de la Asociación Civil “Espacio Nacional de Jóvenes Académicos del Derecho del Trabajo”; adscripta a la cátedra de DTySS, FACE,UNC; autora de diversas publicaciones

cabilidad de la ley 23.592 a la relación de trabajo, la fijación de reglas probatorias de la motivación discriminante en los fallos “Pellicori” y “Sisnero” y el estándar probatorio o las reglas para tener por acreditada la discriminación por actividad sindical en autos “Varela” y “Fontana”.

II. Carga probatoria

En cuanto a la carga de la afirmación, es deber primario del actor el cuidar concretar en la demanda la conducta que determina la responsabilidad atribuida al accionado.

Se trata, además, de un pilar que hace al principio de congruencia y que da pábulo a la prueba: ella debe aludir a los hechos controvertidos y conducentes; y sobre estos últimos el juez podrá ejercer facultades de investigación; pero sólo en el marco de la propuesta sometida a la instancia anterior podrá el tribunal posteriormente expedirse.

La contracara es el deber del demandado, de la carga de la negación que debe ser fundada.

A modo de ejemplo, si el actor alega determinada categoría en función de las tareas que denuncia, no le basta al demandado con negar, debe decir cuál le corresponde.

Es así que la doctrina moderna pugna por la sanción de quien viola el deber procesal de exposición.

Trabada, entonces, la relación procesal puede ingresarse al estudio de la carga probatoria, por lo que encontré atinado abordar el tratamiento que ha merecido la problemática en el ámbito de la discriminación por parte de nuestro máximo órgano jurisdiccional nacional.

En materia de trato discriminatorio, los tribunales han convalidado podríamos decir la “flexibilización” de la carga probatoria, en función del nivel en donde está operando la conducta discriminatoria: lo oculto.

La exigencia de la prueba directa del motivo subyacente puede constituir un obstáculo insuperable para la reparación del perjuicio causado.

Así, el compromiso con la búsqueda de la verdad real es un imperativo de la justicia que debe adecuada protección a los derechos humanos fundamentales en juego.

Así lo ha expresado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. con referencia al Convenio 111 sobre Discriminación.-

Entonces, el trabajador deberá aportar indicios suficientes y entonces el empleador deberá demostrar que la extinción se produjo por un hecho objetivo alejado de la imputación -máxime a la luz de normas tales como el art. 9° de la L.C.T. que resolverá la cuestión aún en el caso de duda-.

Por ello era importante aclarar la secuencia lógica -afirmación - negación - precisión-, pues la negación fundada compromete la conducta de la parte en el pleito y su responsabilidad en la etapa probatoria, ya que es sabido que la carga no se distribuye en función de la posición de actor o demandado (ni determina quien debe probar), sino que juega en atención a las posturas que se adoptan en el pleito para determinar quién va a salir perjudicado si no se prueba.

Entonces, al tocar la carga probatoria, se distingue técnicamente la inversión de la carga probatoria con la precisión de la carga probatoria; tal es este último caso del trato discriminatorio, en los supuestos de aplicación de los arts. 17, 72, 81 y 172 L.C.T., Ley de Actos Antidiscriminatorios 23.592, arts. 14 bis, 16 y 75 inc. 22 C.N. y Convenio 111 de O.I.T. ratificado por Argentina, entre otros, con cita de algunos fallos emblemáticos de la C.S.J.N., que sin entrar a un análisis profundo, voy a centrarme estrictamente a la cuestión probatoria:

Cuando hablamos de discriminación, la asociamos inmediatamente a los derechos fundamentales que son aquellos derechos humanos que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han reconocido como indispensables y que necesariamente deben estar expresados en los documentos, básicos y superiores y que componen el conjunto de derechos esenciales de la persona.

III. Doctrina judicial de los tribunales inferiores

En cuanto a la necesidad de aportar indicios del trato discriminatorio por trabajador, se dijo: "Así, la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 C.P.C.C.N., ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causas previstas en esta ley -raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.-, deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste; y queda en cabeza del empleador acreditar que, el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio, si median indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos" (C.N.A.T., Sala II, 07/07/05, "Cresta, Érica Viviana c/ Arcos Dorados S.A. s/ Daños y perjuicios" y Sala VIII, 30/11/07, "Cáceres, Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/ Juicio sumarísimo").

"En materia de despidos en los que se alegan motivos discriminatorios, corresponde seguir el criterio que inclusive rige en sede civil -en donde el principio protectorio y las normas adjetivas que hacen a la facilitación de la prueba en el proceso no son aplicables-, según el cual no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, pues basta a tal efecto con indicios suficientes en tal sentido -conf. art. 163 inc.5 C.P.C.C.N.-. En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos" (C.N.A.T., Sala II, 07/08/17, "Oliva, Carlos Ignacio y otro c/ Cosméticos Avon S.A. s/ Juicio sumarísimo").

En torno a la procedencia del despido discriminatorio por actividad sindical, se resolvió: "Con relación a la prueba, no corresponde exigir al trabajador la plena prueba del motivo discriminatorio, bastando que se aporten indicios suficientes y concordantes en el sentido expuesto y en tal contexto debe estarse a la carga dinámica de las pruebas, o sea, quien se encuentre en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar quedando a cargo del empleador la justificación

de que el acto obedece a otros motivos y no a una actitud discriminatoria. Por tanto, quien se considere afectado deberá demostrar que resulta lesionado por el acto que cuestiona y el empleador deberá acreditar que el despido tuvo como causa un motivo distinto para resolver el vínculo. En el caso se trata de un despido directo con invocación de causa efectuado el 03/9/15 -de un trabajador con fecha de ingreso 01/11/04-, donde el actor sostiene que el despido obedeció a su participación activa en actividades políticas y gremiales, tal como lo señala en el escrito de inicio. Por su lado, la empresa sostiene que en la planta se implementó un plan de reforma que culminó con la salida de personal de nivel gerencial y algunos operarios con un marcado mal desempeño, entre los que se encontraba el actor. Retomando lo expresado anteriormente, con relación a la carga dinámica de las pruebas ya se anticipó que en materia de despido discriminatorio basta que el trabajador proporcione indicios *razonables relativos a la concreción de esa ilicitud para que se invierta la carga de la prueba -conf. Doctrina de la C.S.J.N. en 'Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal', del 15/11/11, Fallos: 334:1387-. En consecuencia, cabe determinar si el despido, constituye un acto discriminatorio lesivo de la libertad sindical que viabilice la aplicación de la ley 23.592. El texto legal se refiere a actos u omisiones discriminatorios determinados entre otros por la "ideología, opinión política o gremial,....". La demandada sostiene -en su responde y lo mantiene en el escrito de expresión de agravios- que se limitó a hacer uso de la facultad extintiva prevista en el art. 245 L.C.T., porque el Sr. Lell 'no cumplía con los objetivos de trabajo, por su falta de colaboración ... y que el despido nada tiene que ver con cuestiones políticas o sindicales, ya que jamás efectuó o manifestó actos o ideas políticas gremiales ...' ... fundamento que reitera en la expresión de agravios. Las declaraciones de Ali Emiliano Aníbal ..., Ramírez Pablo Alfredo ..., Jara, Jorge Alberto ..., Silvestri Pablo Aníbal ... y Zunzunegui ..., valorados a la luz de la sana crítica conjuntamente con la prueba documental que obra en el sobre agregado por cuerda, cuya autenticidad llega firme a esta Alzada ... acreditan que el actor tenía activa participación en la agrupación gremial Marrón, así como también era militante del Partido de Izquierda. Que dichas circunstancias eran de público y notorio conocimiento en la accionada por lo que pese al esfuerzo desplegado por los testigos de la demandada ... no podían ser desconocidos por la patronal -arg. arts. 163, inc. 5 y 386 C.P.C.C.N.-. Por su lado la parte demandada, tal como ya lo adelantara la Sra. jueza a quo no aportó prueba idónea tendiente a acreditar 'el bajo rendimiento laboral del demandante' en el que fundó la desvinculación pues no exhibió el legajo personal del trabajador que obraba en su poder, argumento sobre el cual no se efectuó una crítica concreta y razonada en la expresión de agravios lo que genera convicción suficiente acerca del proceder antijurídico en el que incurrió la empresa al disponer la disolución del vínculo con el trabajador de acuerdo a lo previsto en el art. 1 ley 23.592" (C.N.A.T., Sala I, 04/08/17, "Lell, Walter Hugo c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. s/ Juicio sumarísimo").*

"Tal como lo he sostenido en otras oportunidades, incluso como Juez de 1ª Instancia -en autos "Areco, Maximiliano c/ Praxair S.A. s/ Juicio sumarísimo", S.D. 10.991, del 23/06/06, del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo 37-, no cabe duda que resulta aplicable la Ley 23.592 a las relaciones laborales; norma que no sólo se encuentra avalada ya por la C.N. de 1853 por los arts. 14 y 16, luego por el art. 14 bis C.N. y además hoy día, a partir de la reforma constitucional de 1.994 -art. 75, inc. 22-, encuentra sustento en normas internacionales que garantizan el principio de igualdad: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la

Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; asimismo, la discriminación arbitraria está expresamente vedada por los Convenios 87, 98 y 111 de O.I.T., y por la Declaración Sociolaboral del Mercosur; y la Ley 26.485 y su Dec. reglamentario 1011/10 de Protección Integral a las Mujeres, normativa que tiende a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los cuales desarrollen sus relaciones interpersonales -entre los que, claramente, se encuentra el ámbito laboral-. A ello se suman los pronunciamientos del Alto Tribunal en esta materia en las causas "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cenconsud S.A. s/ Acción de amparo" -del 07/12/10- y "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados" -del 15/11/11-, ratificados recientemente en autos "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo sindical" -del 04/09/18-. En "Pellicori" se sostuvo que, de conformidad con la normativa internacional ratificada por nuestro país y lo dispuesto por los órganos de aplicación, ante los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas de discriminación y la exigencia de protección efectiva que cabe otorgar en tales casos resulta suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación... todo ello examinado a la luz de la 'sana crítica'. Aunque aclara el Tribunal que lo expresado no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, en ese supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el 'prima facie' acreditado. Sentado lo expuesto, y en orden a dichas pautas, debo decir que las pruebas reunidas en la causa dieron cuenta de que D. H. sufrió las situaciones de hostigamiento y discriminación de las que dijo haber sido víctima, como así también indicios relevantes que permitieron inferir una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedirla, justificando así el pago de un resarcimiento adicional a las indemnizaciones por despido -v., en sentido similar, esta Sala in re "Sciammarella, Ana María c/ Fundación Sanidad Naval Argentina s/ Despido", S.D. 105.581, del 28/02/19-" (C.N.A.T., Sala IV, 29/03/19, "D. H., R. J. c/ Aegis Argentina S.A. y Otro s/ Despido").

"Es que, habiéndose demostrado la participación del actor en la convocatoria al paro nacional de la U.O.M. para el 30/07/09, la extinción del vínculo -exclusivamente de Ruíz Lacreu- constituyó un indicio claro de que se trató de una represalia por la actividad sindical desplegada. En este sentido, se expidió el Máximo Tribunal de la Nación, in re 'Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo' -C.S.J.N., P 489 XLIV, 15/11/11-, atribuyendo la carga probatoria al empleador cuando se acreditan hechos que, 'prima facie' evaluados, resultan idóneos para inducir la existencia de discriminación. El contexto fáctico apreciado por el juzgador lo condujo a encuadrar el despido del actor en lo dispuesto por el art. 1 Ley 23.592, el cual, ordena reparar el daño moral y material ocasionado por el comportamiento abusivo -art. 1.071 C.C.-, que excede la relación contractual y menoscaba el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. Frente a ello, la pretensión de que el despido 'sin causa', en realidad obedeció a problemas personales del accionante con los socios de la firma de apellido Bonetto, deviene tardía si al contestar la demanda esgrimió facultades de organización" (T.S.J.Cba., Sala Laboral, Sent. 105/16, 20/10/16, "Ruíz Lacreu, Sebastián c/ Talleres Industriales SBZ S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3125326)").

Mientras que en relación a la improcedencia del despido discriminatorio por actividad

sindical, se dispuso: *“Para que la labor desplegada por una persona involucrada o interesada en la cuestiones que afectan al conjunto de trabajadores pueda llevar a calificarla como un ‘representante sindical de hecho’ es necesario que, por lo menos, su actuación haya involucrado intereses colectivos o que su labor haya tenido una incidencia de ese carácter puesto que, más allá de que el activismo que invoca hubiera sido ejercido a raíz de la situación padecida por los trabajadores de su sector, lo cierto es que para vincular el acto que se reputa discriminatorio con el factor sensible que se alega -activismo gremial-, es necesario demostrar la calidad que erigiría al demandante en un sujeto especialmente vulnerable a eventuales actos segregatorios o peyorativos, lo que no es posible predicar en la especie, en tanto no se ha demostrado la naturaleza colectiva o de representación de la actividad desplegada y mucho menos, su carácter público”* (C.N.A.T., Sala II, 18/08/09, “Braun, Ricardo Jorge c/ Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación s/ Juicio sumarísimo”).

“Tampoco el mero hecho de que el despido haya sido resuelto sin expresión de una causal, permite vincular a la decisión adoptada con un acto de discriminación por motivos sindicales puesto que, como lo ha sostenido esta Sala, entre muchos otros, aun cuando la decisión patronal pudiera no compartirse, no cabe presuponer que esa actitud encubra una motivación claramente antisindical, si no se aportaron indicios suficientes como para validar tal conjetura” (C.N.A.T., Sala II, 07/05/10, “Castro, Brenda Leticia c/ Casino Buenos Aires S.A. Cía. de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ Juicio sumarísimo”).-

“Cabe destacar que la imposición de la carga de la prueba en este tipo de supuestos en que se alega el trato discriminatorio, resulta coherente con lo dispuesto por los arts. 17 y 81 L.C.T. y con la doctrina que al respecto sentó la C.S.J.N., in re ‘Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes’ y más recientemente, en la causa ‘Pellicori, Liliana S. c/ Colegio Público de Abogados s/ Amparo’ antes citada; criterio que, en principio, no se ha visto conmovido a través de la normativa constitucional y supra-legal aplicable, puesto que no se ha interpretado de manera disímil tal tópico por los organismos de control de la O.I.T., ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o la Declaración Universal de Derechos Humanos no se oponen a la interpretación propiciada, y a través de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo -O.I.T., 1998- se han establecido las bases para el compromiso internacional en torno al alcance de las garantías que emergen de los convenios fundamentales -entre los que se encuentran los relativos a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo- pero nada se ha dispuesto con relación al modo en que deben aplicarse las cargas probatorias en el proceso, las que, necesariamente, en lo que respecta a la configuración de un trato discriminatorio apoyado en la invocada calidad de ‘activista sindical’, se encuentran a cargo de quien lo alega, quien al menos debe aportar elementos indiciarios en tal sentido. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación -empleo y ocupación- de 1958, ratificado por Argentina, señala que sólo en ciertas circunstancias, la carga de la prueba de la discriminación no debe corresponder al que la alega. El trabajador tiene la carga de aportar, un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación -Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación-. En sentido similar se ha expedido la C.S.J.N., en autos ‘Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal’, del 15/11/11 y también esta Sala, en autos ‘Sotelo, Ramón Olegario c/ Wall Mart Argentina’, del 25/04/12. En síntesis de las consideraciones

expuestas, en casos como el que aquí se analiza, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial configuró un obrar discriminatorio en razón de su actividad sindical, es decir que para ello no es suficiente la mera invocación de tales extremos fácticos, sino que es necesario que se acompañen elementos de prueba que permitan inferir su existencia, es decir, que aun cuando no creen plena convicción sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, induzcan a creer racionalmente justificada su posibilidad. En el caso de autos, por las razones que seguidamente expondré, estimo que el trabajador no ha aportado indicio alguno con respecto a la invocada actividad sindical, por lo que no corresponde admitir la inversión del onus probandi” (C.N.A.T., Sala II, 13/07/18, “Pérez, Patricio Hernán c/ ESPN Sur S.R.L. s/ Juicio sumarísimo”).

Por su parte, en atención a la improcedencia del despido discriminatorio por juicio contra empleador, se señaló: *“El juzgador, presumió la conducta censurable a partir del reclamo judicial que Loyola inició en procura de ser resarcido de manera integral y desestimó la reorganización invocada por la empleadora al no constatar reducción de personal. Sin embargo, la circunstancia que le permitió afirmar la existencia de un ‘despido discriminatorio’, en la causa, deviene enervada por otro hecho que excluye la motivación presumida. Es que, si la situación que nos convoca, indica que, efectivamente, la demandada de manera contemporánea y con posterioridad a la ruptura con Loyola, tomó idéntica decisión afectando una proporción importante de su personal, ello obró de conraindicio relevante que permite concluir que la presunción sostenida por el a quo, carece de la consistencia necesaria, a los fines de evidenciar una conducta persecutoria. Asimismo, la transformación alegada, no necesariamente se traduce en reducción de personal. Por otra parte, aun descalificada la razón expresada -reestructuración-, no existió ilícito adicional, en perjuicio del trabajador, ya que la empresa hizo uso del sistema legal vigente, a fin de reparar su determinación unilateral, abonando el equivalente a una desvinculación sin causa -estabilidad impropia que legisla la L.C.T.-. Por todo lo expuesto, corresponde ... rechazar la demanda” (T.S.J.Cba., Sala Laboral, Sent. 114/18, 21/08/18, “Loyola, Mario Daniel c/ Luba S.R.L. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3242674)”).*

Finalmente, referente a la improcedencia del despido discriminatorio por consumo de drogas, se ordenó: *“Para arribar a la conclusión aludida la a quo evaluó la prueba oral y de los testimonios derivó que la patronal discriminó al trabajador. Refirió a los dichos que relataron que fue después del procedimiento policial, que se produjo el despido de Fiandino, sin invocación de causa. Ello constituyó un indicio hábil para generar la inversión de la carga de la prueba, como corresponde frente a actos que se tildan de segregacionistas, y que la accionada no logró revertir la presunción. Es en este aspecto del pronunciamiento donde la denuncia del impugnante encuentra cabida: la derivación que de los hechos siguió el Tribunal luce arbitraria. Se determinó que Fiandino fue controlado en un operativo en las inmediaciones de la empresa, a raíz de una denuncia anónima, oportunidad en que se le encontró droga y se procedió a su detención. Tal como el propio accionante manifiesta en el escrito inicial, es a partir de este suceso que sale a la luz el tema de la dependencia. Entonces, no se acreditó que AGD estuviera en conocimiento de este extremo, de modo tal de poder encuadrar el accionar patronal en el marco teórico pretendido. Es que los declarantes que eran compañeros del actor expresamente dijeron que nunca vieron o advirtieron que estuviera bajo el efecto de sustancias. Además, del auto de sobreseimiento surge que la droga encontrada no fue exteriorizada a terceros, permaneciendo oculta entre la ropa que aquél vestía. Quedó claro que el consumo de Fiandino no era público, ni notorio, ni traspuso su esfera personal, ni mucho menos afectó su rendimiento laboral. Luego, no aparece razonable fijar como cierta la premi-*

sa inicial que impone colocar al empleado como una persona enferma. De ello se sigue que, la conclusión relativa a que la patronal rescindió en violación de las leyes antidiscriminatorias y al principio de igualdad, no deriva de las circunstancias valoradas. Frente a ello, cobra relevancia el incumplimiento laboral por violación del Código de Ética que la empresa introduce en el memorial. Debe tenerse en cuenta que la empresa hizo uso del sistema legal vigente, a fin de reparar su decisión unilateral de desvincular sin causa al trabajador -estabilidad impropia que legisla la L.C.T.-. En definitiva, del material incorporado a la causa no resulta posible la verificación de un acto que, por su móvil, deba calificarse como doblemente ilícito. En consecuencia corresponde ... rechazar el daño moral solicitado como adicional al despido” (T.S.J.Cba., Sala Laboral, Sent. 58/19, 06/06/19, “Fiandino, Nicolás R. c/ Aceitera Gral. Deheza S.A. – Ordinario – Otros – Rec. de casación (Expte. 335469)”).

IV. Postura de nuestro máximo tribunal nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación apeló al ámbito excepcional de la doctrina de la sentencia arbitraria para descalificar decisiones de las instancias ordinarias, aunque lo hizo con tal intensidad y sentando una línea tan marcada que, sin duda, ha señalado a los tribunales inferiores una clara posición destinada a ser seguida, otorgándoles a sus conceptualizaciones un valor *“impropiamente casatorio”*.

Si bien, hay casos de discriminación, con declaración de nulidad del despido originado en un móvil discriminatorio, tal es el caso de “Álvarez”, con la consecuente definición de la aplicabilidad de la ley 23.592 a la relación de trabajo, lo cierto es que la fijación de reglas probatorias de la motivación discriminante recién se sienta en los casos “Pellicori” y “Sisnero”.

Por ello comenzaré con el primer caso, que trata de un despido por actividad sindical: del 15/11/11, en autos: “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”, donde la Corte dijo: *“Según las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, la acreditación de hechos que, ‘prima facie’ evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. La doctrina del Tribunal no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente -entiéndase creíblemente- siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el ‘prima facie’ acreditado”*.

El segundo caso, versa sobre una contratación por género para transporte urbano de pasajeros: del 20/05/14, en autos: “Sisnero, Mirtha Graciela y Otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ Amparo”, donde la Corte dijo: *“Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y había ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un 30% de la planta de choferes, pues al concluir el a quo en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente, ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas*

probatorias, por lo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular”.

El tercer caso, nuevamente trata de un despido por actividad sindical: del 04/09/18, en autos: “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo sindical”, donde la Corte dijo: *“Tal como surge del estándar de ‘Pellicori’, quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar ‘prima facie’ o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión. Una vez demostrados verosímilmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado. Por último, sea que se trate de la parte que alega el motivo discriminatorio o de aquella que niega su existencia, para la acreditación de los extremos mencionados y para la evaluación de la prueba deben emplearse los medios habituales”.-*

El cuarto caso, versa también sobre un despido por actividad sindical: del 08/04/21, en autos: “Fontana, Edith Fabiana c/ Cibié Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo”, donde la Corte dijo: *“Esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación - ‘Pellicori’, ‘Sisnero’ y ‘Varela’-. Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de Cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a*

que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente -tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia ...-, lo cual configura 'prima facie' una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada".-

En el quinto y último caso, trata de un despido por relación sentimental en ámbito laboral-vida privada-: del 10/06/21, en autos: "Camino, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ Despido", donde la Corte dijo: *"No implica desconocer la facultad constitucional de la empleadora de despedir sin causa. La garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar -arts. 14 y 19 C.N.-. La facultad de despedir sin causa, no obstante, reconoce límites en la ley 23.592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio. En particular, si se denuncia que una circunstancia 'prima facie' discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo a la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio. La necesidad de establecer si hubo realmente discriminación es crucial".*

IV. Reflexión final.

Es sabido que, sin la prueba del derecho, estaríamos expuestos a su irreparable violación, pues tal como reza el adagio: *"tanto vale no tener un derecho como no poder probarlo".*

He hecho especial hincapié en los fallos analizados, al término "verosímil", toda vez que hay mucha tinta sobre el particular, haciendo referencia a "supuestos" vaivenes de nuestro tribunal cimero al respecto, en torno a la temática.

En síntesis, nos encontramos estrictamente frente a la precisión de cargas probatorias del trato segregatorio, donde el trabajador deberá probar con indicios fuertes y concordantes -esto es, verosímiles- las circunstancias del diferente trato irrazonable, desproporcionado e ilegítimo, puesto que la violación estructural de derechos no siempre es discriminación y el empleador deberá probar las razones objetivas que puedan justificarlo.

Ergo, el compromiso de los operadores jurídicos, como actores sociales, es sin hesitación necesario en este ámbito, donde se procura la tutela de derechos humanos fundamentales, para evitar lo que Vélez Sársfield consignara en la nota al art.3136 del C.C.: *"Sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara".*

LA PROCEDENCIA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA MUJER DIVORCIADA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Jenny Esperanza Torres Martínez¹

Sumario: I.-Introducción. II.-El enfoque de género en las sentencias de los jueces laborales y de la seguridad social. III.- La fundamentabilidad del derecho a la seguridad social integral en Colombia. IV.- Normas internacionales del trabajo en torno al derecho a la seguridad social y sistemas de protección social .V.- El derecho pensional de sobrevivientes y su naturaleza jurídica en el sistema jurídico colombiano. VI.- Trabajo productivo y reproductivo. VII.- Violencia de género y su impacto en el derecho pensional de sobrevivientes en Colombia. VIII.-Conclusiones.

Palabras clave: Pensión - sobrevivientes -mujer divorciada - víctima de violencia de género

I.- Introducción

El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para personas víctimas de violencia de género en sede de recurso extraordinario de Casación cumple con la función unificadora en el alcance de las normas jurídicas y la corrección de la valoración probatoria² que deben hacer los jueces de instancia que se le ha dado al máximo tribunal de la justicia ordinaria.

Igualmente, se entiende que el juez en sede judicial y las administradoras de pensiones en materia administrativa deben hacer observancia de las previsiones legales tanto en los requisitos para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes y las de violencia de género junto con la prohibición de todo tipo de violencia contra las mujeres incluyendo el enfoque de género en las decisiones judiciales.

De la misma manera se construye la discusión en torno al rol de la seguridad social en la respuesta que debe dar a los casos de mujeres divorciadas por causa de las distintas formas de violencia que se ven revictimizadas bajo la tolerancia del órgano judicial al no poder acceder a la pensión de sobrevivientes del pensionado por una aplicación literal o formalista de la norma que no reconoce que ellas ayudaron a construir con su trabajo reproductivo no remunerado la pensión de vejez que estaba disfrutando su pareja.

¹ Abogada, Universidad del Cauca. Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Doctoranda en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Docente perteneciente al Departamento de Derecho Laboral, Universidad del Cauca. Correo: jetorres@unicauca.edu.co

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, sentencia 911-2016. Bogotá.

En ese sentido, se vislumbrará en el texto el enfoque de género en las sentencias de los jueces laborales y de la seguridad social, la fundamentalidad del derecho a la seguridad social integral en Colombia, las normas internacionales del trabajo en torno al derecho a la seguridad social y los sistemas de protección social, el reconocimiento de pensión de sobrevivientes en el ordenamiento jurídico colombiano, la discusión entre el trabajo productivo y reproductivo en conjunto con su bajo reconocimiento y las conclusiones.

II. El enfoque de género en las sentencias de los jueces laborales y de la seguridad social

A partir de la Constitución de 1991 se reconoció a las mujeres en la vida social y política del país, quienes habían estado relegadas a los roles más privados y que según la Corte Constitucional “habían sido despreciadas en nuestra historia constitucional”³, comentario que alude específicamente al bajo reconocimiento del rol de la mujer en la Constitución de 1886.

En tanto a la nueva Constitución se crearon acciones afirmativas en cabeza del Estado para hacer efectivo el derecho a la igualdad real contemplado en el artículo 13 constitucional, que se ve reflejado en diferenciaciones razonables y justificadas dando un trato desigual más favorable para las minorías⁴ y los grupos en situación de desventaja social⁵.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha identificado que las mujeres han sido víctimas de dominación, subordinación y discriminación, y que esa situación de desigualdad se manifiesta en las agresiones de las que suelen ser víctimas, lo que hace parte de un fenómeno de violencia estructural, que debe ser erradicada⁶.

En ese sentido, la necesidad de juzgar con perspectiva de género deviene de la obligación que tiene el juez de vislumbrar los escenarios discriminatorios entre las partes o las asimetrías con el objetivo de romper esa desigualdad, que deriva del concepto de debilidad manifiesta.

A efecto, de las decisiones judiciales se ha marcado que son deberes la observancia de desplegar toda la actividad investigativa en aras de garantizar los derechos y la dignidad de las mujeres; analizar los hechos, las normas y las pruebas en una hermenéutica sistemática que reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y por ello se justifica un trato diferente; no tomar decisiones basadas en estereotipos de género; evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones judiciales; flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación privilegiando los indicios sobre las pruebas directas; considerar el rol transformador de las decisiones judiciales; efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; evaluar las posibilidades y los recursos reales de acceso a la justicia; y, analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y la autonomía de las mujeres⁷.

En cuanto al enfoque de género en la seguridad social se reconoce que existen desigualdades de género en consideración al trabajo productivo y reproductivo, la brecha salarial entre hombres y mujeres, el ingreso y permanencia en el mercado laboral formal de las mujeres lo

3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 667 de 2006. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 5° del artículo 3 (parcial) de la Ley 136 de 1994. Bogotá.

4 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad 178 de 2014. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3°, literal b), del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Bogotá.

5 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 104 de 2016. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Bogotá.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia 4135 de 2019. Bogotá.

7 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 012 de 2016. Bogotá.

cual implica un bajo acceso a la protección de pensión de vejez y la existencia de las labores del cuidado como no remunerado y en cabeza preponderantemente de las mujeres.

En el sistema de seguridad social integral organizado mediante la ley 100 de 1993 establece que afiliados y cotizantes obligatorios al sistema serán las personas que perciban rentas, salarios, retribución como contraprestación por servicios y teniendo en cuenta la situación de las mujeres es difícil y diferenciada.

Adicionalmente, no se reconoce que el trabajo no remunerado de la mujer en las labores de cuidado en la familia construye la pensión del cónyuge o compañero permanente y que la situación se agrava ostensiblemente en las situaciones de ruptura porque desaparece el vínculo legal y genera el no reconocimiento pensional en caso de sobrevivencia y ella no haber realizado su aporte personal para generar su propia pensión.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha fijado un criterio jurisprudencial que consiste en conceder la prestación demostrando cinco años de convivencia en cualquier tiempo, aunque la cónyuge no cohabite con el causante al momento del fallecimiento⁸. Lo que deriva en la posibilidad de que la mujer que ha contribuido a la construcción de esa pensión pueda hacer parte de ella.

Aunque se reconozca que con ello no basta para reconocer que efectivamente las normas en seguridad social se quedan cortas frente a incorporar los derechos de las mujeres.

III. La fundamentalidad del derecho a la seguridad social integral en Colombia

El derecho a la seguridad social en Colombia aparece contemplado en el artículo 48 del texto constitucional de 1991, que reza: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”⁹.

Dentro de la estructura de la seguridad social en Colombia tenemos que se desarrolla sobre cuatro pilares: pensiones (vejez¹⁰, invalidez¹¹ y muerte¹²), salud¹³ (contributiva y subsidiada), riesgos laborales¹⁴ (accidente de trabajo y enfermedad laboral) y servicios sociales complementarios¹⁵, los cuales en su desarrollo jurisprudencial son reconocidos como fundamentales.

8 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 40055 de 2011. Bogotá.

9 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, artículo 48. Bogotá

10 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela 398 de 2013. Bogotá.

11 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela 046 de 2019. Bogotá.

12 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Unificación 149 de 2021. Bogotá.

13 Ver CONGRESO DE COLOMBIA, Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015. Bogotá.

14 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela 417 de 2017. Bogotá.

15 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad 277 de 2021. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 193 (parcial) de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. Bogotá.

En ese sentido del concepto del derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional como máximo tribunal de la justicia constitucional ha desarrollado el alcance del derecho en los siguientes principios con respecto al reconocimiento de sobrevivencia: la estabilidad económica y social para los allegados del causante ya que se pretende que el beneficiario o beneficiarios mantengan unas condiciones mínimas para que no haya desprotección, miseria o falta de vida digna¹⁶.

El segundo es reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, en tanto la pensión busca impedir que uno de los miembros de la pareja se vea obligado a soportar todas las cargas de manera individual¹⁷.

El tercero es el principio material para la definición del beneficiario que se corresponde con que el criterio de convivencia efectiva es el elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional¹⁸.

IV. Normas internacionales del trabajo en torno al derecho a la seguridad social y los sistemas de protección social

En tanto a las normas internacionales tenemos que relacionados con la igualdad de género que hacen parte del bloque de constitucionalidad en vía del artículo 93 constitucional son: la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la convención interamericana sobre derechos humanos; la convención interamericana sobre la concesión de derechos políticos a la mujer; la convención sobre los derechos civiles y políticos de la mujer; el pacto internacional sobre derechos civiles y políticos y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

De estos instrumentos se genera la responsabilidad de observancia nacional por parte de todos los actores de la vida institucional del Estado, lo cual podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado por violencia institucional por acción u omisión. De estos instrumentos Colombia hace parte por vía de ratificación.

En la Recomendación General¹⁹ relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se reitera que la división del trabajo en función del género afecta a la mujer en cuanto a su situación económica en casos de matrimonio, relaciones familiares y la disolución del vínculo, lo que requiere del Estado una respuesta más efectiva, en tanto el reconocimiento de las contribuciones indirectas de carácter no financiero, como son las actividades del cuidado.

En cuanto a los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad de género tenemos el convenio 190 sobre la violencia y el acoso; el convenio 183 sobre protección de la maternidad; el convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares; el convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación; y, el convenio 100 sobre la igualdad de remuneración.

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 1035 de 2008. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Bogotá.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 16, décimo periodo de sesiones, 1991.

Sobre los instrumentos en materia de seguridad social o protección social tenemos: el convenio 102 sobre norma mínima en seguridad social; la recomendación 202 sobre los pisos de protección social; el convenio 118 sobre la igualdad de trato en seguridad social; y, el convenio 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social.

Los convenios anteriormente mencionados Colombia no ha ratificado el 102, 118, 156, 157 y 190, de los cuales se solicitó Memorias para el 28 de febrero de 2022 y las cuales fueron recibidas en tiempo sobre Igualdad de género y no discriminación, responsabilidades familiares y protección de la maternidad. Aunque en la Observación General No. 16 sobre el derecho a la seguridad social del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reafirma la igualdad entre hombres y mujeres respecto al disfrute de estos derechos que derivan de la seguridad social.

En el Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022 publicado por la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo en 2021 se habla de la protección social de las mujeres y hombres de edad: pensiones y otras prestaciones no relacionadas con la salud se vislumbra la brecha de género en el acceso a la seguridad social de los ingresos en la vejez especialmente los relacionados con el mercado de trabajo y las disparidades sociales incluyendo la división por género de las responsabilidades familiares no remuneradas. Ello repercute en que no tengan trabajo remunerado o si lo tienen sea no formal²⁰.

V. El derecho pensional de sobrevivientes y su naturaleza jurídica en el sistema jurídico colombiano

El sistema jurídico colombiano considera en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado en la reforma pensional, mediante la ley 797 de 2003 artículo 13, quienes son las personas que tienen derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiarios, en este sentido se incluye a los esposos, compañeros permanentes adicionando las parejas heterosexuales, homosexuales²¹, bisexuales y transgénero, hijos incorporando los de crianza²², los padres y los hermanos²³, que dependan económicamente del causante.

El propósito del beneficio pensional es el de brindar apoyo económico al grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido, en cuanto hay necesidades económicas que surgen como consecuencia de la muerte.

En el caso de las parejas se pretende que la persona haya convivido de manera responsable y permanente, brindando apoyo afectivo al momento de la muerte y no deba soportar las cargas que supone el fallecimiento²⁴.

Se ve que el centro de la discusión es la convivencia por lo cual la Corte Suprema de Justicia ha planteado de ello deviene que esta sea considerada como la comunidad de vida, forjada desde el amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico,

20 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022. Ginebra, 2021, p. 190 y ss.

21 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad 336 de 2008. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

22 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad 085 de 2019. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1045 (Parcial) del Código Civil.

23 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad 034 de 2020. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales".

24 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 10406 de 1998. Bogotá.

la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que se refleja con el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par de una convivencia real y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado²⁵.

Este requisito de convivencia ha sido entendido y variado en razón de tres etapas que se han reconocido en la jurisprudencia, el primero anterior a la ley 100 de 1993 el cual estaba desarrollado en el decreto 1160 de 1989 que establecía que se perdía la prestación por parte del cónyuge si al momento de la muerte no hacía vida en común con aquel, salvo que le fuera imposible convivir con su pareja porque se le impidiera el acercamiento o el cónyuge abandonara el hogar sin justa causa, lo que se denominaría “culpa del causante”²⁶.

En la Constitución de 1991 se adopta un nuevo concepto de familia que no deriva solamente del matrimonio sino de la convivencia real y efectiva de la pareja por más de dos años, dejando de lado la culpabilidad o no del cónyuge sobreviviente en la separación.

Posteriormente, con la reforma de la ley 797 de 2003 se aumentó el tiempo de convivencia de 2 años a 5 años tanto para cónyuge como para compañero permanente. La norma según la Corte Suprema debe ser entendida en quienes se encuentran casados un lapso de cinco años en cualquier tiempo mientras el vínculo matrimonial se conserve intacto²⁷.

Para el caso de los compañeros permanentes debe acreditarse cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante ya que en el caso de las uniones maritales de hecho, la separación es un hecho conclusivo de la comunidad de vida y el compañero deja de pertenecer al grupo familiar²⁸.

Adicionalmente, se tiene que en el caso de convivencia simultánea entre cónyuge y compañero permanente, se deben acreditar los cinco años de convivencia y el reconocimiento de la prestación económica se dará a prorrata del tiempo de convivencia con el causante²⁹.

Hasta la sentencia SL1727 de 2020 no se había planteado el problema de una mujer adulta mayor que se hubiese divorciado por violencia de género sin que mediara denuncia penal y de la cual procediera la reclamación del derecho pensional de sobrevivientes en los debates sobre el rol de las mujeres en la sociedad, los trabajos no remunerados, la construcción conjunta de la pensión, y sobretodo, la importancia del enfoque de género en los fallos judiciales.

VI. Trabajo productivo y reproductivo.

El trabajo reproductivo ha sido definido como el destinado a satisfacer las necesidades de la familia. A pesar de constituir una dimensión necesaria para la reproducción de la sociedad, su desarrollo ha quedado históricamente circunscrito al marco privado, primordialmente a la esfera doméstica, razón por la que también se define como «trabajo doméstico» o «familiar»³⁰.

El escenario fundamental para su desarrollo es el hogar, pero su espacio físico y simbóli-

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 11245 de 1999. Bogotá.

26 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 29898 de 2008. Bogotá.

27 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 7299 de 2015. Bogotá.

28 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Laboral, Sentencia 1399 de 2018. Bogotá.

29 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad 336 de 2014. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. Bogotá.

30 LARRAÑAGA, Isabel; ARREGUI, Begoña y ARPAL, Jesús. El trabajo reproductivo o doméstico. En revista gaceta sanitaria. Volumen 18. Barcelona, 2004.

co no se reduce exclusivamente a este ámbito, e incluye actividades de gestión, relación, mantenimiento, cuidado, etcétera³¹.

Tanto la definición como la valoración del trabajo reproductivo se realizan de forma interdependiente y subordinada al trabajo productivo (producción de bienes y servicios), el único que social y económicamente ha recibido el reconocimiento de trabajo³².

El eclipse del trabajo reproductivo frente al productivo parte de la diferenciación entre el valor de uso y el valor de cambio suscrito por la teoría económica, según la cual al trabajo destinado a cubrir las necesidades se le concede valor de uso, mientras que a los productos destinados al intercambio en el mercado se les reconoce un valor de cambio³³.

La perspectiva mercantil, que concede valor únicamente a las mercancías susceptibles de aportar valor de cambio, despoja de relevancia social al trabajo reproductivo, relegándolo a lo doméstico, no cuantificable como beneficio económico. La óptica del capital ha asimilado trabajo con empleo y ha impuesto una visión sesgada y reducida de la actividad económica³⁴.

Así, el trabajo equivale a lo funcional, lo instrumental, lo productivo, lo que vale, y constituye un poderoso medio de normalización social y el principal referente para construir nuestra cotidianidad³⁵. Relegándonos a la producción de dinero no se acompasa ni tan siquiera con el arte.

Esta visión parcial ha sido contestada desde distintos sectores que defienden la necesidad de redefinir el trabajo, promoviendo una perspectiva basada en el dominio individual y colectivo del tiempo, en el fortalecimiento de nuevos modos de cooperación y de intercambio que generen relaciones y lazos de cohesión social más allá del salario³⁶, como pueden ser los que derivan de la economía solidaria.

Sólo desde la perspectiva del trabajo como elemento de cohesión social es posible impedir que las actividades reproductivas queden ocultas y sometidas a las productivas, desvalorizadas unas y magnificadas las otras. Sólo la redefinición de nociones como productividad y domesticidad puede elevar el trabajo reproductivo al rango de categoría económica y darle un lugar propio dentro de los indicadores de bienestar social y económico³⁷.

Además de su carácter no remunerado e «invisible», otro de los rasgos característicos del trabajo reproductivo es que está realizado mayoritariamente por mujeres. Durante largo tiempo, esta asignación se ha justificado en la propia naturaleza femenina, dotada de una «virtud» para las tareas hogareñas, mientras que la naturaleza masculina estaría adaptada para suministrar y producir bienes y recursos³⁸.

Por fortuna, el supuesto del innatismo biológico ha sido sustituido por una explicación basada en diferencias de género, fruto de procesos de socialización que responsabilizan

31 Ibid.

32 Ibid.

33 Ibid.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Ibid.

37 Ibid.

38 Ibid.

a las mujeres de las funciones reproductivas y a los hombres del trabajo productivo³⁹.

Esta complementariedad de los sexos, dispuesta jerárquicamente, ha justificado la desigual posición de hombres y mujeres en la vida doméstica, civil y política, desvalorizando el trabajo reproductivo respecto del trabajo asalariado. Así, las funciones derivadas del género son el resultado de un proceso de construcción social que diferencia los sexos, al mismo tiempo que los articula dentro de relaciones de poder sobre los recursos, que a su vez se potencian por la presencia de otros factores (clase social, etnia, religión, edad) capaces, también, de estratificar y jerarquizar la sociedad. Este conjunto de variables no actúa de forma secuencial, sino simultánea⁴⁰. De lo cual definitivamente, requiere de un enfoque diferencial de derechos.

El género y las clases sociales constituyen categorías acumulativas que crean un orden social jerárquico, con diferentes oportunidades, desigual poder u otras desventajas estructurales. Por ello, los estudios sobre trabajo reproductivo deben incorporar en su análisis, además del género, otras variables importantes de jerarquización, como son la clase social, la edad o el empleo⁴¹.

VII. Violencia de género y su impacto en el derecho pensional de sobrevivientes en Colombia

En cuanto al reconocimiento de pensión de sobrevivientes se reconoce que existe un sistema patriarcal que vende la idea de que la falacia naturalista o biológica pasa al rol social⁴².

En ese sentido, asume formas sutiles, lo que hace necesario que estos asuntos considerados de la esfera "privada" pasen al debate público por medio de políticas públicas dirigidas a la inserción de las mujeres en el mundo del trabajo que genera independencia económica promoviendo a su vez un nuevo modelo de división social del trabajo que incluya "nuevas masculinidades"⁴³ y responsabilidad de los hombres en relación con los cuidados⁴⁴.

La pensión de sobrevivientes como prestación económica del sistema de seguridad social integral en Colombia ha estado básicamente feminizada en tanto la mayoría de quienes la reciben son mujeres que tiene como fin la igualdad y la dignidad de las beneficiarias.

VIII. Conclusiones

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha avanzado en la discusión del reconocimiento bajo el supuesto de la existencia de violencia de género con una relación jurídica perdurable y que no realizaron trabajos remunerados. En este sentido, debe entrar en evaluación por parte del órgano judicial la situación de personas que realizan actividades del cuidado no remunerado que no son mujeres, una relación jurídica que perduró el tiempo establecido en la ley pero no continuo en el tiempo aunque exista dependencia

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Ibid.

42 MORENO, María; MONEREO, José Luis y MONEREO, Cristina. "La pensión de viudedad desde la perspectiva de género. Fundamentación político-jurídica de la prestación y análisis del proceso evolutivo experimentado en las últimas décadas". En La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares Editorial Comares, Granada. 2013.

43 Ver SEGARRA, Marta y CARABÍ, Ángels. Nuevas masculinidades. Editorial Icaria, Barcelona. 2000. Se hace una crítica al modelo de hombre blanco, heterosexual, proveedor, bajo el binomio superior/inferior basado en la ética patriarcal donde se concibe una concepción jerárquica.

44 Ver ADDATI, Laura; CATTANEO, Umberto y POZZAN, Emanuela. Los cuidados en el trabajo: invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2022. Se deja entrever la importancia de la licencia de maternidad como derecho humano y laboral; la licencia de paternidad como parte fundamental para hacer posibles los derechos y responsabilidades de los hombres en los cuidados; la licencia parental y otras licencias de cuidados especiales que pueden ayudar a conciliar las responsabilidades laborales y familiares; los servicios de cuidado infantil como parte del desarrollo del niño, el empleo de las mujeres y la creación de empleo; y finalmente, la importancia de invertir en conjuntos transformadores de políticas de cuidados.

económica del causante sin que medie situaciones de violencia.

Adicionalmente, se reconoce la importancia de que las mujeres participemos en el mercado de trabajo con condiciones de trabajo decentes y dignas que nos permitan al lado de políticas públicas de cuidados generar la propia pensión, ya que la dependencia económica es uno de los detonantes para la violencia de género.

En el recorrido se vislumbra las imposibilidades de acceso de las mujeres a la protección social ya que son sistemas que funcionan bajo la base de la contribución y de ello, se quiere desarrollar enfoque de género en las políticas en materia de seguridad social integral en Colombia.

A su vez, se refleja la necesidad de formación de los jueces de instancia en enfoque de género para vislumbrar las situaciones de patriarcado y discriminación hacia las mujeres, especialmente, en el sistema de seguridad social integral en pensiones.

Bibliografía.

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 1991. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 667 de 2006. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 1035 de 2008. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 178 de 2014. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 336 de 2014. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 104 de 2016. Bogotá.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 012 de 2016. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 10406 de 1998. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 11245 de 1999. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 29898 de 2008. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 40055 de 2011. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 7299 de 2015. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 911 de 2016. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Laboral, Sentencia 1399 de 2018. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, Sentencia 4135 de 2019. Bogotá.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, Sentencia 1727 de 2020. Bogotá.
- LARRAÑAGA, Isabel; ARREGUI, Begoña y ARPAL, Jesús. "El trabajo reproductivo o doméstico". En gaceta sanitaria. Volumen 18 número 4, Barcelona. 2004.
- MORENO, María; MONEREO, José Luis y MONEREO, Cristina.
- "La pensión de viudedad desde la perspectiva de género. Fundamentación político-jurídica de la prestación y análisis del proceso evolutivo experimentado en las últimas décadas". En La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares Editorial Comares, Granada. 2013.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 16, décimo periodo de sesiones, 1991.

UTILIDAD QUE TIENE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A LOS FINES DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. COMPARACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DERECHO CIVIL Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO LABORAL

Iriel Esperanza Munitz¹

Sumario: I.-Introducción. II.-Conceptualización. III.-Caracteres de las obligaciones solidarias. IV.-Comparación entre la responsabilidad solidaria civil y la responsabilidad solidaria laboral. V.-Utilidad que tiene la responsabilidad solidaria a los fines de proteger los derechos de los trabajadores. VI.-Conclusiones.

Palabras clave: responsabilidad solidaria; derecho civil; derecho laboral; utilidad; responsabilidad solidaria laboral

I. -Introducción.

En el presente trabajo se buscará desarrollar los conceptos generales de la responsabilidad solidaria tanto en el ámbito del derecho laboral como en el civil, efectuando una comparación entre la solidaridad mirada desde ambas disciplinas, identificando el instituto de la solidaridad en el derecho civil y su adaptación al derecho laboral.

Es casi uniforme el criterio doctrinario y jurisprudencial que sostiene que la obligación solidaria es de sujeto plural, donde cualquiera de los acreedores tiene derecho de exigir la totalidad de la prestación a cualquiera de los deudores.

El instituto de la solidaridad no es propio del derecho laboral, sino que éste lo ha reconfigurado del derecho civil como una herramienta utilizada en la búsqueda de tutela de la observancia y/u obediencia de las normas imperativas que conforman el orden público laboral y evitar el fraude en perjuicio de los trabajadores.

1 Abogada (UBP); Mediadora (Humanita Asociación Civil); Especialista en Mediación Familiar (Humanita Asociación Civil); Especialista en Derecho Laboral (UBP); maestranda en Derecho Laboral (UBP); Oficial Mayor Técnico Jurídico de la Sala Laboral de la Cámara de Apelaciones de Concordia, Provincia de Entre Ríos.

Se buscará entender la utilidad que tiene la responsabilidad solidaria a los fines de proteger los derechos de los trabajadores.

II. Conceptualización

El Código Civil y Comercial define a las obligaciones solidarias en su art. 827, al establecer que: “Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”.

La obligación solidaria es aquella que posee un sujeto plural, en la cual, tanto se produzca por voluntad de las partes o impuesta por la ley, cualquiera de los acreedores puede exigirle a cualquiera de los deudores el cumplimiento íntegro de la prestación debida o adeudada, y ello con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto.²

La estructura de la obligación solidaria hace surgir un frente común de acreedores o deudores. Lo típico de esta clase de obligaciones es que cada individuo de ese frente, en principio, goza de los derechos pertenecientes a un acreedor singular, o está sujeto a los mismos deberes que pesan sobre el deudor singular, con respecto a la totalidad del objeto debido. Ello está impuesto por la virtualidad de título de la obligación.³

Se las caracteriza como “... obligaciones únicas con pluralidad de relaciones subjetivas”⁴; y su efecto principal consiste en impedir la división del crédito entre los acreedores en sus relaciones con el deudor o entre los deudores en sus relaciones con el acreedor, justamente por tratarse de obligaciones de sujetos múltiples.

La palabra solidaridad proviene del latín “*solidum*”, lo que significa totalidad, cosa entera, no partida, obligación a un todo, sobre un todo.⁵

Dicha expresión se utilizó para describir una tipología de la obligación por la cual cada uno de los deudores de la obligación de la que se trate, debe el todo, sin que tenga relevancia el vínculo que lo une a cada deudor con los restantes, pues el alcance y/o los contratiempos de dicha relación resultan indiferentes frente al reclamo del o de los acreedores.

Cabe precisar que la Ley de Contrato de Trabajo habla de “solidaridad” y por ello se impone examinar dicho concepto y sus alcances, así como también eventualmente su proyección al ámbito de las relaciones individuales del trabajo.

Siempre lo realizamos desde la óptica y sistemática del derecho civil, puesto que hasta el momento el derecho del trabajo no ha elaborado una teoría general de carácter autónoma, capaz de desplazar las definiciones y conceptualizaciones básicas del derecho privado que emergen de la codificación civilista. Además no siempre la aplicación supletoria o directa de las normas del derecho común dan respuesta adecuada a supuestos que en realidad no han sido previstos o analizados por el legislador civilista.⁶

2 Ver en el mismo sentido HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, 1ª Edición, Infojus, Buenos Aires, 2015.

3 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1970

4 Windscheid, Bernardo, Delle pandette, Torino, 1902.

5 Ver al respecto PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

6 RAINOLTER, Milton A. y GARCÍA VIOR, Andrea E., Solidaridad laboral en la tercerización, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 13.

La solidaridad se puede clasificar en activa cuando hay pluralidad de acreedores; pasiva cuando hay pluralidad de deudores y mixta cuando es activa y pasiva en el mismo momento. El derecho del trabajo toma la solidaridad pasiva como herramienta.

El objeto de las obligaciones solidarias pueden ser tanto prestaciones divisibles como indivisibles; en el primer caso, la virtualidad del vínculo impide la división del crédito entre los acreedores en sus relaciones con el deudor único, o entre los deudores en sus relaciones con el acreedor único; mientras que en el segundo supuesto, a pesar de que el crédito no es tampoco fraccionable de acuerdo con la índole del objeto, al ser solidaria la obligación posee características típicas que la diferencian de la obligación indivisible, que tienen trascendencia en caso de no existir la voluntad de las partes o la disposición legal que establezca la solidaridad.⁷

III. Características de las obligaciones solidarias

Como se apuntó anteriormente, la obligación es solidaria cuando la totalidad del objeto de ella puede ser demandado o reclamado por cualquiera de los acreedores y/o a cualquiera de los deudores.

a) La característica precisa de las obligaciones solidarias se obtiene pensando que la valoración económica del contenido de la relación jurídica está representada no por la suma de lo que cada uno de ellos debe o de lo que cada uno es acreedor, sino sólo por ese total, no repartido o sumado, que deben todos o con respecto del cual todos son acreedores.

El contenido total de la relación obligatoria es igual al crédito o a la deuda que a cada uno incumbe. El todo, en ese caso, es igual a cada una de las partes. No hay división de créditos o de deudas porque se debe el todo o se es acreedor del todo.⁸

b) Los caracteres típicos de las obligaciones solidarias pueden enumerarse de la siguiente manera⁹, a saber:

a) *Pluralidad de sujetos*: al ser una especie de las obligaciones mancomunadas, se exige una pluralidad de acreedores (sujetos activos) o de deudores (sujetos pasivos), o de acreedores y deudores (sujetos activos y pasivos).

b) *Unidad de prestación o de objeto*: los múltiples sujetos acreedores o deudores tienen derecho y deben, respectivamente, la misma prestación. Es decir, el objeto de la obligación debe ser único e idéntico para todos los deudores y acreedores.

c) *Unidad de causa*: el derecho de todos los acreedores y, en su caso, igualmente el deber de todos los deudores, referentes a la misma prestación, derivan del mismo título o hecho justificante. La unidad de causa con identidad de objeto o prestación es lo que diferencia a las obligaciones solidarias de las concurrentes, en las que hay pluralidad de deudores e identidad de prestación, pero diversidad de causas.

d) *Exigibilidad total de la prestación*: el acreedor o cada acreedor puede exigir a cualquier deudor el cumplimiento íntegro de la prestación, con prescindencia de su naturaleza divisible o indivisible. El pago efectuado por un codeudor a cualquiera de los acreedores extingue totalmente la obligación.

7 Ver AMEAL, Oscar J., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, A. C. Belluscio (dir.) - E. A. Zannoni (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 3, p. 299/300; HIERREZUELO, Ricardo D. y NÚÑEZ, Pedro F., Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo. 4ta. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 32.

8 RAINOLTER y GARCÍA VIOR, ob. cit., p. 21

9 HIERREZUELO y NÚÑEZ, ob. cit., p. 35.

e) *Pluralidad de vínculos coligados*: el tema ha dividido a la doctrina tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado. Para una primera concepción existiría un vínculo único comprensivo de una pluralidad de situaciones subjetivas. Otro sector de la doctrina proclama la existencia de una única obligación con una pluralidad de vínculos coligados o concentrados, que convergen en un haz que infunde a la obligación una estructura unitaria.¹⁰

Al respecto justamente de la pluralidad de vínculos existente en la obligación solidaria, Llambías¹¹ ha explicado que la misma origina importantes consecuencias, entre las que se destacan:

1- La obligación puede ser pura y simple para un acreedor o deudor, y estar sujeta a plazo u otra modalidad con respecto a otros acreedores o deudores (art. 830, CCCN).

2- Posibilidad del juego de la nulidad parcial: la invalidez del vínculo determinada por la incapacidad de un acreedor o deudor no afecta la validez de la obligación con respecto a los demás integrantes del respectivo grupo que fueren capaces (art. 830, CCCN).

3- Nulidad proveniente del vicio de la voluntad: si algunos de los deudores ha padecido un error esencial o ha sido víctima de dolo principal o de violencia, el acto jurídico obrado por él es anulable.

4- Posibilidad de renunciar a la solidaridad con respecto a alguno sólo de los deudores (art. 837, CCCN).

5- Finalmente, se advierte en el juego de la independencia de defensas que pueden hacer valer los distintos obligados, según lo previene el art. 831, CCCN. Por el contrario, quienes sostienen la teoría unitaria aducen que ellas son meras excepciones al principio general.

f) *Excepcionalidad*: la solidaridad es de carácter excepcional, por eso el art. 828 del CCCN expresamente dispone que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

Sin embargo, la redacción actual no exige que la solidaridad se encuentre expresamente incluida en la norma (como lo requería el art. 701 del CC, -conc. art. 828, CCCN-), sino sólo que surja "inequívocamente de la ley", por lo que consideramos que dicha expresión deja abierta la posibilidad de que se pueda inferir tácitamente la solidaridad cuando, si bien no surja del texto de la norma, se infiera inequívocamente del ordenamiento, como sucede con el art. 26 de la LCT, y el supuesto de pluriempleador.

c) Como se viene explicando, en resumen, podemos decir que las características de la solidaridad en el derecho común son:

- Que exista una pluralidad de sujetos, que puede ser activa (acreedores), pasiva (deudores) o mixta (deudores y acreedores).

- Que se trate de una unidad de prestación, lo que quiere decir que todos los acreedores tienen derecho a reclamar por la misma prestación, y todos los deudores se encuentran obligados a afrontar la misma prestación.

"Los deudores están obligados a ejecutar la misma prestación, pero una vez solamente: pagada por un deudor, la obligación queda extinguida para todos".¹²

¹⁰ PIZARRO, VALLESPINOS, ob. cit.

¹¹ LLAMBIÁS, ob. cit.

¹² RAINOLTER y GARCÍA VIOR, ob. cit., p. 29 in fine/30.

- Que exista una pluralidad de vínculos, entendida como que cada deudor se encuentra obligado por un vínculo diferente. El vínculo jurídico que obliga a cada deudor es distinto e independiente para cada uno de dichos deudores.

Es esta característica de la pluralidad de vínculos la que constituye a las obligaciones solidarias en una categoría específica dentro del género de las obligaciones con sujetos múltiples, es decir, de las obligaciones mancomunadas.

- Que comprenda una unidad de causa, es decir que la obligación se refiera a una misma prestación, que surge de un mismo título.

Implica el derecho de todos los acreedores y, en su caso, el deber de todos los deudores, en lo que refiere justamente a la misma prestación, y que emanan del mismo título.

Las obligaciones solidarias son obligaciones de sujeto plural, de causa única y que nazca de un título constitutivo o de la ley. No se debe olvidar que la solidaridad constituye la excepción, por ello quien la alega debe probar su existencia. Asimismo, cualquiera de los acreedores tiene derecho de exigir la totalidad de la prestación a cualquiera de los deudores.

Como se puede observar en las obligaciones solidarias la causa fuente es única, es la ley o la voluntad de las partes. Los vínculos que se generan aparecen coligados o concentrados, de manera que originan la obligación como una estructura única.

En las obligaciones solidarias la deuda es única y todos los deudores y todos los acreedores se representan entre sí (art. 829 CCyC).

d) Por su parte, la solidaridad receptada por el derecho del trabajo posee ciertas características que son justamente compatibles con el carácter tuitivo que posee la disciplina en esta rama del derecho, entre ellas se puede enumerar:

- que se trata de una solidaridad pasiva, que se refiere a obligaciones en las que el trabajador dependiente resulta ser el acreedor;
- su fuente es la ley;
- los que resultan ser deudores solidarios, no poseen un interés común, sino que uno de ellos es el obligado directo y el otro es responsable solidario en relación al vínculo que posee con el primero.

Entonces, los requisitos o características de las obligaciones solidarias en materia laboral son: pluralidad de deudores o sujetos pasivos; mismo objeto, es decir unidad de objeto; pluralidad de vínculos; el derecho del acreedor (trabajador) a requerir el pago total a cualquiera de los deudores, simultánea o sucesivamente.

IV. Comparación entre la responsabilidad solidaria civil y la responsabilidad solidaria laboral

El derecho laboral tutela a los trabajadores de manera especial, diferenciada, en oposición a lo que ocurre en el derecho común, y ello por la falta de capacidad para negociar de los trabajadores, ya sea por el propio temor a perder un posible empleo, preservar el que se tiene y/o por la imposibilidad de plantear cláusulas en los contratos, entre otras situaciones que se reflejan en el ámbito laboral. Por ello, dichas contrataciones terminan reduciéndose a lo que se podría llamar una simple "aceptación de la oferta", como si fuera lo que se conoce en el derecho civil y comercial como un contrato de adhesión o consumo.

Se debe tener en cuenta que la realidad del derecho laboral es muy diferente a la del

derecho común, por ello este último resulta exiguo o insuficiente para abordar los mecanismos que poseen las leyes laborales a los fines de resguardar a la parte más débil de toda relación laboral, es decir, a los fines de tutelar a los trabajadores.

En efecto, es necesario iniciar un estudio metódico de las obligaciones en el derecho del trabajo para llegar a una teoría general. La creación de una teoría general de las obligaciones en el derecho del trabajo ayudará para llegar a un principio de integridad, de modo que el derecho del trabajo necesite, cada vez menos, acudir al derecho común como derecho subsidiario, creando sus propias instituciones.

De este modo se busca lograr un enfoque nuevo, haciendo pasar las instituciones del derecho común "a través del tamiz de los principios generales del derecho del trabajo", recreando esas instituciones para incorporarlas a dicho ordenamiento especial, y que con ello se logre crear una teoría general que permita independizar cada vez más la aplicación supletoria del derecho civil.¹³

Muchos juristas –entre ellos Planiol y Ripert y Puig Brutau- se oponen a la realización de este estudio por considerar que el derecho de las obligaciones es la auténtica parte general del derecho civil.

Asimismo, Vázquez Vialard brindó su postura de oposición al respecto en un voto del plenario 309 de la CNAT, "Ramírez c/ Russo Comunicaciones" del 3 de febrero de 2006, que consideramos oportuno traer a colación, ya que allí sostuvo que cuando se aplica una norma de otro ordenamiento en el ámbito del derecho del trabajo, ya sea por decisión del legislador o del juez que debe hacerlo, ella debe interpretarse tal como lo ha sido dentro del sistema en el que opera, puesto que si el legislador hubiera deseado lo contrario, así lo habría hecho expresamente.

La solidaridad pasiva está regulada en el art. 833 del CCyC en lo que respecta al derecho a cobrar, en los siguientes términos:

"El acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente".

La responsabilidad solidaria, en lo que respecta a la aplicación de las normas civiles relativas a las obligaciones solidarias, se encuentran actualmente reguladas en los arts. 827 a 849 del CCyC, y ellas como las más apropiadas para salvaguardar los principios propios del derecho del trabajo, en especial el principio protectorio.

La característica esencial de las obligaciones solidarias, tal y como se explicó al principio del presente trabajo, reside en el derecho del acreedor a exigir a cada deudor el pago íntegro, poder demandar a todos los acreedores o a algunos o a uno en particular, que quede a su propio arbitrio a quién demandar.

Justamente a esto se podría llamar como un "punto de encuentro" entre lo regulado en materia de obligaciones solidarias civiles y las laborales; y ello así pues si bien en materia del derecho del trabajo hay opiniones diferenciadas, la postura mayoritaria es que justamente el trabajador puede optar ante quien efectuar su reclamo –ante qué responsable solidario o directo- y, oportunamente, iniciar su acción judicial.

13 RAINOLTER y GARCÍA VIOR, ob. cit., p. 15 in fine/16.

En el Código Civil y Comercial se mantiene la regla del Código Civil, respecto de la simple mancomunación. Éste establece en su art. 828 que la solidaridad no se presume y debe surgir de la ley o del título constitutivo de la obligación. No se soslaya igualmente que, en lo que respecta a la responsabilidad civil, en el art. 1751, se regula que si varias personas participan en la producción de un daño que tiene una causa única, se aplican las normas de las obligaciones solidarias, mientras que si la pluralidad deriva de causas distintas se aplican las de las obligaciones concurrentes.

El derecho laboral de la Argentina contiene reglas sobre la relación que existe entre sus normas y las del derecho común. Ello es así pues el derecho civil es supletorio del derecho laboral, aplicándose el primero cuando no existen normas legales o contractuales específicas del derecho del trabajo que diriman un caso controvertido y en cuanto sean compatibles.

No se debe olvidar que el derecho del trabajo busca asegurar la protección de los trabajadores, quienes carecen de capacidad negocial, y por ello es clara también la diferencia con el derecho civil. Si bien la regulación de la solidaridad es obtenida del derecho común, claramente en el derecho laboral tiene aristas específicas justamente en busca de tutelar a la parte más vulnerable de todo contrato de trabajo.

El objeto que se debe, explicándolo a la manera de la doctrina civilista, debe ser el mismo para todos los obligados.

En las obligaciones solidarias, los efectos de la interrupción o la suspensión de la prescripción (art. 839 CCyC) lo es para todos los deudores solidarios; y la mora de uno de los deudores solidarios que perjudica a los demás (art. 838 CCyC).

Recordemos, como se señaló anteriormente, que la solidaridad puede ser activa (grupo de los acreedores), pasiva (deudores), y mixta (acreedores y deudores).

En las obligaciones solidarias cuando se trata de solidaridad pasiva, tal y como interesa justamente al derecho laboral, donde se encuentran sujetos múltiples, lo más importante es que dichas obligaciones se refieren al derecho que posee el acreedor de elegir, sin condición alguna, contra quien accionar para perseguir el cobro de su acreencia. En este tipo de obligaciones, desde la perspectiva civilista, no existe deudor principal, sino que todos son deudores principales. En cambio, en lo que respecta al derecho laboral, existen posturas doctrinarias y jurisprudenciales diferenciadas diferentes al respecto a la hora del reclamo de los trabajadores, y siempre teniendo en cuenta cada situación de solidaridad de la que se trate.

Como ejemplo podemos citar lo que ocurre con el art. 29 de la LCT en sus dos primeros párrafos, en donde una parte de la legitimación pasiva resulta ser el empleador directo y la otra el solidario.

Como se dijera, la solidaridad no es un instituto propio del derecho del trabajo, sino que dicha institución fue adoptada del derecho civil, con miras a obtener una herramienta a los fines de tutelar a los trabajadores y lograr que se cumplan las normas imperativas que conforman el orden público laboral, evitando de tal manera que se produzcan ilícitos o fraudes laborales.

Se debe tener en cuenta que si bien el derecho civil y el laboral poseen aristas diferentes, no significa que sus normas y principios se encuentren separados totalmente y ello claramente se ve con la solidaridad.

El derecho laboral no efectúa una teoría general de las obligaciones solidarias, tal y como lo hace el derecho común; sino que se limita a establecer la responsabilidad solidaria en varios artículos de la Ley de Contrato de Trabajo, como por ejemplo en los arts. 29, 29 bis, 30, 31, 136 y 228, y en ciertos estatutos especiales.

Es decir, la Ley de Contrato de Trabajo no modifica la forma como regula el derecho civil el instituto de la solidaridad; se limita a imponerla en ciertos y determinados casos sin alterar la estructura normada por el Código Civil y Comercial.

La referida institución “pasa” por el “filtro” del art.9° de la LCT. Para que el instituto de la solidaridad sea aplicable es menester que la ley o el convenio de partes la establezcan expresamente a una situación dada, luego de la cual, y ya subsumida la situación por dicho instituto, esto es “dentro” del mecanismo de la solidaridad, si hubiere dudas en cuanto a su interpretación o alcance, se deberá estar “... en el sentido más favorable al trabajador” (art.9° de la LCT).¹⁴

La aplicación del instituto de la solidaridad en el derecho laboral se inspira justamente en la búsqueda de tutela y protección para los trabajadores.

V. Utilidad que tiene la responsabilidad solidaria a los fines de proteger los derechos de los trabajadores

La institución de la solidaridad, como se ha explicado *ut supra*, no es un instituto propio del derecho del trabajo, sino que se ha receptado desde lo regulado y estudiado desde antaño por el derecho civil.

Ella es utilizada a los fines de tutelar que se lleven correctamente a la práctica las normas imperativas que conforman el orden público laboral y de ese modo evitar el fraude.

a) Desde antaño, uno de los objetivos principales del derecho del trabajo ha sido la tutela del salario, de todos los créditos laborales y condiciones dignas de trabajo a favor del trabajador, intentando proteger sus derechos, garantizar su cumplimiento.

La Ley de Contrato de Trabajo busca tutelar los derechos y proteger a los trabajadores frente a empleadores que realizan maniobras fraudulentas y otras que no lo son, pero que tienen como único fin el de violar sus derechos y la ley en general.

Sin embargo, dicha ley no efectúa una teoría general de las obligaciones solidarias, sino que se limita a imputar en varios de sus artículos, la responsabilidad solidaria de diversas personas frente al trabajador en virtud del provecho que han recibido del trabajo dependiente.

En el derecho del trabajo las leyes han hecho uso de la solidaridad tanto para otorgar una mayor garantía inicial o posterior al sujeto más débil de las relaciones jurídicas como para resolver con sencillez y practicidad algunas situaciones en las que no es fácil al le-

¹⁴ FOGLIA, Ricardo A., “Un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas consideraciones sobre la solidaridad en la ley de contrato de trabajo”, Revista TySS, Buenos Aires, 2000, p. 683.

gislador, ni para los jueces, precisar cuáles de los múltiples sujetos intervinientes frente al trabajador en el contrato de trabajo es el empleador.¹⁵

El derecho laboral busca resolver o combatir situaciones en donde justamente el punto característico es que existe más de un responsable, los cuales deben responder por los derechos de los trabajadores. Así la ley intenta garantizar el ejercicio de estos derechos por la parte más débil de toda relación de trabajo.

Frente a las condiciones mínimas que impone el derecho del trabajo, se suele recurrir a la adopción de mecanismos o a la realización de actos bajo los cuales se disimula la figura jurídica real, o bien, las formas de la relación jurídica contractual, a fin de evadir el cumplimiento de ese piso rígido que constituye el llamado orden público laboral.¹⁶

Se podría decir que en tales supuestos se pretende disfrazar la relación habida entre las partes bajo la forma de otro tipo de vínculo no laboral, a efecto de evadir los derechos de los trabajadores, incurriéndose en un fraude a la ley laboral, lo que configura un hecho, acto o comportamiento ilícito realizado para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones emergentes de la relación laboral contractual.

El derecho del trabajo, en general, y la LCT, en especial, declaran la nulidad de todo "trato con", en que una parte haya procedido con simulación o fraude a la ley laboral, ya se apartando normas contractuales no laborales, recurriendo a la interposición de personas o de cualquier otra forma (art.14, LCT).

Frente a las maniobras evasivas, fraudulentas o simuladas que suelen producirse en las relaciones de trabajo, la ley laboral posee como remedio, por un lado, la declaración de ineficacia de dichos actos o comportamiento ilícitos, según lo regulado en los arts. 13 y 14 de la LCT, y además otras normas reguladas por la ley de contrato de trabajo, específicamente por los arts. 29, 29 bis, 30, 228 y consiguientes y concordantes de la LCT.

Se debe tener en cuenta que la solidaridad laboral siempre es pasiva, es decir que afecta al sujeto empleador, quien resulta ser el deudor en el vínculo obligacional que se produce con su empleado quien resulta ser justamente el acreedor de remuneraciones, de indemnizaciones y demás consecuencias económicas habidas en una relación laboral.

La fuente de la solidaridad en el derecho laboral es la ley, es decir que en esta rama jurídica, la solidaridad es establecida exclusivamente por la ley, y el objetivo de ella es otorgarle al trabajador, como parte más débil de una relación laboral, la seguridad jurídica y económica de que posee derechos y herramientas a través de los cuales podrá percibir efectivamente el crédito que tuviera. Ello en los casos de responsabilidad solidaria regulados por la ley de contrato de trabajo, aunque también se pueden encontrar cláusulas específicas en diversos convenios colectivos de trabajo, siempre que aumenten la protección para los trabajadores y nunca la disminuyan.

Se debe tener presente justamente que las convenciones colectivas de trabajo podrían incluir cláusulas referidas a supuestos de responsabilidad solidaria para la actividad de que se trate.

15 MAZA, Miguel Ángel, "Obligaciones con deudores múltiples. Las obligaciones concurrentes y su diferencia sutil con las obligaciones solidarias en materia de responsabilidad laboral", Revista de Derecho Laboral 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 228.

16 RAINOLTER y GARCÍA VIOR, ob. cit., p. 7.

En una aproximación al instituto de la solidaridad en el derecho del trabajo, puede sostenerse que su regulación no tiene por qué ser limitada a las normas que se refieren a él en la LCT. No hay razón para excluir a la convención colectiva de trabajo en la que las partes, en el ejercicio propio de su autonomía, pueden emitir normas que contengan otros supuestos no contemplados en la ley.

No cabría plantear ello en sentido inverso, es decir que por ejemplo, en cuanto a la validez de una cláusula convencional que sostuviera la inexistencia de solidaridad en algún supuesto en el que para la ley general sí la hay, caso éste en el que corresponderá examinar la facultad de las partes colectivas para apartarse de la ley lo que contraría en principio lo dispuesto en el art.8° de la LCT. También cabe examinar de qué manera se procede concretamente, puesto que podría recurrirse a la eliminación de un supuesto genérico de solidaridad mediante la simple disposición de que no se entenderá que ella media.¹⁷

En materia laboral, la solidaridad la impone la propia ley, y ello porque el trabajador, como se viene refiriendo, no se encuentra en igualdad de condiciones con el resto de las personas y por ello no puede pactar la solidaridad.

La finalidad de la solidaridad en el derecho del trabajo es asegurar el crédito que pudiera tener un trabajador frente a la posible insolvencia de uno de sus empleadores o contratantes.¹⁸

En esta disciplina, la solidaridad es básicamente un medio destinado a responder a la función esencial del derecho del trabajo, plasmada en el “principio protectorio”, y cuya misión es asegurar el crédito del trabajador frente a la posible insolvencia de uno de los contratantes.

El principio protectorio busca justamente proteger al trabajador, su dignidad, en su condición primera de persona humana, antes que sujeto dependiente.

Este principio consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos.¹⁹

Si el principio protectorio, regulado constitucionalmente por ejemplo en el art. 14 bis, tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador, intentando evitar que quienes se desempeñan como trabajadores bajo dependencia de otros sean víctimas de abusos en virtud del poder de los empleadores, estamos claramente ante una violación de derechos constitucionales si no se hace valer la responsabilidad solidaria para que todos los obligados –directa o indirectamente- respondan ante el sujeto más vulnerable de todo vínculo de trabajo –con los alcances específicos de cada situación de solidaridad planteada en los casos concretos-.

b) Se debe hacer primar el principio protectorio, que se manifiesta en la regla *in dubio pro operario*, poniendo en primer lugar la norma o interpretación de la ley más favorable al trabajador.

17 RAINOLTER y GARCÍA VIOR, ob. cit., p. 79.

18 HIERREZUELO y NÚÑEZ, ob. cit., p. 49.

19 GRISOLIA, Julio Armando, Manual de Derecho Laboral, revisado y actualizado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 63.

Como es sabido, el principio protectorio tiene como finalidad el proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana.

Si lo que se intenta de sobremanera es cumplir con el art.14 bis en cuanto norma que consagra que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, no podemos dejar de tener en cuenta que sería imposible proteger los derechos de los trabajadores sin la correcta aplicación de la institución de la responsabilidad solidaria.

Esto es así teniendo en cuenta que el trabajador resultaría vulnerado en sus derechos y muchos empleadores usuarios, principales o fraudulentos, se verían exentos de responsabilidad frente a las obligaciones laborales de que se trate.

La esencia y fundamental característica del derecho del trabajo es su carácter protectorio del trabajador, mandato que deriva de la obligación constitucional del artículo 14 bis de la CN y de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, ubicados en la cúpula de la pirámide de la jerarquía normativa (art. 75, inc. 22, CN).

Para garantizar dicha protección se han construido sus “cimientos y columna vertebral”, creando un sistema de normas de orden público, que intentan evitar, prevenir o sancionar el fraude laboral en perjuicio del trabajador. La irrenunciabilidad de esos derechos no tiene otro objeto que tratar de equilibrar o al menos disminuir las distintas fortalezas de cada uno de los sujetos del contrato de trabajo, tutelando al más débil.²⁰

Si no existiera la posibilidad de someter a responsabilidad solidaria a las partes fuertes de la relación laboral, no se haría más que violar el principio protectorio de raigambre constitucional. Dicho principio no hace más que actuar a su vez como una directiva dirigida al juez para interpretar la norma laboral respetando las fuentes y los principios propios, y accionando con miras a proteger a los trabajadores.

Este es el llamado “principio protectorio”: la norma laboral importa una protección -mediante trato preferencial- al contratante al que las circunstancias de lo real tornan vulnerable.

El reconocimiento de ese carácter protector del Derecho del Trabajo que hace del *pro operario* un auténtico principio constitutivo del mismo.

Concomitante con este principio protectorio, y como una derivación lógica de él, el Derecho Laboral trae consigo el *principio de progresividad*, que impone la carga de mejorar progresivamente la protección originaria, de tal suerte que, de decidirse por una reforma de los derechos que ya se concedieron, ésta, la modificación, necesariamente debe implicar un cambio en positivo, un avance en relación a aquéllos. De esta manera, se concluye que, en relación al trabajador, la normativa laboral encuentra su límite mínimo en la normativa civil, resultando prohibida cualquier reforma en su perjuicio.

c) Esta rama jurídica laboral, enfrentando la concepción de los efectos relativos de los contratos, de su inoponibilidad a terceros y de la potestad para demandar a una persona distinta de la que ha contratado, en forma constante fue incorporando reglas que impiden que esos derechos que se les reconocen a los trabajadores sean burlados

20 TEJERIZO, Antonio Severo, “El convenio colectivo de trabajo, elemento determinante de la actividad “normal” y “específica” en el artículo 30 de la ley de contrato de trabajo”, Revista de Derecho Laboral 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 128.

con actos, contratos, maniobras, ardidés o artificios, que los terminen desnaturalizando o menoscabando

Allí aparece otra nota distintiva que se denomina "el derecho realidad"²¹ y su prevalencia sobre el "meramente formal"; y que para ello apela a un medio técnico jurídico (que se encuentra regulado no sólo en el art. 30, sino en el 29, 31 y 228 de la LCT), utilizado por el derecho del trabajo, para que sus principios "no queden en una mera declaración lírica".

En el derecho laboral, las formas están ubicadas claramente en un plano jerárquico inferior, y ello porque el imperio de la voluntad de las partes, sea real o simulada, aun cuando ella se encuentre documentada, cederá ante la prueba o presunción legal de la existencia de una realidad distinta, si es que la misma resulta perjudicial para el trabajador.

El recurso técnico de la solidaridad en el derecho laboral pretende prevenir que a través de la intermediación y/o descentralización se vulneren los derechos del trabajador eludiéndose las responsabilidades impuestas al empleador, bajo la excusa de bajar costos y tornar más competitiva a la empresa, que es la beneficiaria última y principal del trabajo prestado.

La responsabilidad solidaria termina siendo una solución eficaz frente a empresas que pretenden tener menos costos laborales que los de sus competidoras y/o recurren a empleadoras infracapitalizadas o que terminan siendo insolventes al momento de hacer frente a sus responsabilidades laborales, impositivas, previsionales y/o sociales, eludiendo o evadiendo las propias. El principio de buena fe no admite como válidas soluciones que lo contraríen. Por ello existe un mandato que no sólo es ético, sino también legal.

En sus aspectos normativos, el contrato de trabajo debe resultar una situación mejorada para el trabajador en relación a la locación de servicios de naturaleza civil.

Uno de los tratados incorporados a los contenidos constitucionales es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el inciso 11 del artículo 1º establece expresamente el *principio de progresividad*, refiriendo a él como mejora continua de las condiciones de existencia de la vida humana, y por ende de las condiciones de las relaciones laborales, teniendo en cuenta que parte de dicha existencia abarca el trabajo que lleva a cabo un ser humano.

Debemos evitar que los verdaderos responsables en una relación laboral pasen a quedar impunes y sin obligación alguna. Si esto fuera así, en lo que refiere al derecho laboral en su generalidad, el Estado en vez de defender a los trabajadores "... pasa a protegerse de ellos, y en vez de proteger a los asalariados a proteger a los empresarios y a garantizar sus inversiones anteponiendo esta garantía a la tutela de los derechos humanos trascendentales. El desbaratamiento de esos derechos para ser el signo de la hora en la legislación y en la jurisprudencia pese a que muchas veces se declame lo contrario... consagrar el posibilismo y la prevalencia del empresario en la relación con el trabajador implica no solamente una injusticia sino una violación del mandato constitucional, que garantiza que el trabajo gozará de la protección de las leyes en sus diversas formas (art. 14 bis)... No se trata de que el derecho laboral deba adecuarse progresivamente a la realidad que

21 VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Tratado de Derecho del trabajo, Astrea, Buenos Aires, 1982.

impone el funcionamiento de hecho de las relaciones laborales en un contexto recesivo y de desempleo, pues ello no significa otra cosa que legitimar el abuso de derecho y consagrar legislativamente la injusticia".²²

En el ámbito de las relaciones laborales, la solidaridad responde al principio esencial del derecho del trabajo que es el protectorio, por lo que constituye una herramienta jurídica para tutelar el crédito del dependiente en las circunstancias expresamente contempladas por el legislador. En ella, los deudores solidarios no tienen un interés común: uno de ellos es el obligado directo y uno o varios son deudores solidarios sobre la base de vínculos que los relacionan con aquél porque son beneficiarios indirectos de la tarea efectivamente cumplida; porque intervinieron en la contratación; porque respecto de algunos créditos es difícil determinar en los hechos la identidad del obligado directo; porque su vínculo con el principal hace sospechar la posibilidad de un fraude y, en general, cuando el tercero constituye una real garantía (solvencia) para garantizar un crédito laboral en el que ha tenido algún control en su gestión.²³

d) El propósito por el cual la solidaridad se trasvasa desde el derecho común al derecho del trabajo, es el de tutelar y asegurar el crédito del trabajador dependiente.

La extensión de la responsabilidad al contratante encuentra justificación, por un lado, en proteger al dependiente de los contratistas frente a posibles insolvencias; y por otro, intenta disuadir posibles tentaciones de fraude.

Con miras a proteger a los trabajadores, el derecho laboral acude sin lugar a dudas a diversos principios del derecho, esenciales en esta rama del derecho, y en particular al principio de primacía de la realidad.

A partir de allí también utiliza garantías proporcionadas por el derecho civil aplicándolo específicamente al derecho del trabajo, al implementar el régimen de responsabilidad solidaria, que recae en la cabeza de todas las personas, tanto físicas como jurídicas que llevan adelante o son partícipes de las prácticas de intermediación o interposición, haciendo que todas ellas se vean obligadas a responder frente al trabajador, y tengan la calidad de deudores solidarios de las obligaciones laborales contraídas con dicho trabajador.

El principio de primacía de la realidad significa que se otorga prioridad a los hechos, a lo que realmente sucedió, a lo ocurrido en la realidad, por sobre las formas o apariencias que las partes han convenido. Ello es así pues el contrato de trabajo es un "contrato-realidad"; se prescinde de las formas que han dado las partes al vínculo laboral para hacer prevalecer lo que efectivamente sucedió en los hechos que verdaderamente sucedieron en el transcurso de la relación.

Así evita que el empleador utilice figuras no laborales para evitar la aplicación del derecho del trabajo; como también busca encuadrar el vínculo laboral responsabilizando a cada una de las partes obligadas frente al trabajador, ya sea como empleador directo, usuario, intermediario, cedente, adquirente, y/o cualquier otro vínculo en donde existe más de un responsable frente al trabajador por la relación laboral que une a este último con todas las partes, más allá del contrato o vínculo existente entre aquellas. Prima la

22 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Anotada*. 2da. Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2012.

23 ZURETTI, Mario E., "Acción recursoria o de regreso en las relaciones laborales", *Revista de Derecho Laboral* 2001-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 121.

verdad de los hechos (no la forma) sobre la apariencia o por encima de los acuerdos, de lo documentado, de la ficción jurídica.

Este principio está estrechamente conectado con el principio protectorio, jugando como un complemento auxiliar a fin de que éste no pueda ser disimulado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad; opera como una garantía de eficacia del principio protectorio en el plano de los hechos reales.

Es decir que se cuenta, entre otros medios, con este principio aplicable al derecho laboral para poder investigar y desentrañar los hechos y arribar a la verdad a los efectos de proteger a la parte más débil del contrato de trabajo, es decir el trabajador, contando para ello con la ayuda de otros principios como el *in dubio pro operario* contenido en el art.9° LCT, el principio de irrenunciabilidad normado por el art.12 LCT, entre tantos otros.

“El principio de primacía de la realidad hace prevalecer, en caso de discordancia, lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera. En este sentido, dicho principio campea básicamente en los derechos fiscal, penal y laboral. En los dos últimos se argumenta que las partes vinculadas no se encuentran en un pie de igualdad. Desde la perspectiva de la relación laboral ese vínculo contractual supone una desigualdad inicial *a priori* que solo ficcionalmente equilibra el legislador. De allí que un hijo dilecto del principio de la realidad sea la irrenunciabilidad, el *in dubio pro operario*, etc. Por consiguiente, dicho principio debe ser rector dentro y fuera del proceso judicial.”²⁴

En el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos; es decir que se prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucedió.

En efecto, se requiere indagar sobre la verdadera naturaleza del vínculo que unió a las partes por encima de las apariencias formales de las convenciones, y ello teniendo presente el principio de primacía de la realidad, el cual indica que los casos deben resolverse de acuerdo a lo que realmente aconteció, prescindiendo de las formas que las partes les hayan dado.

Por dicho motivo, los jueces tienen el deber de indagar, investigar lo realmente acontecido, no quedándose únicamente en la superficie de los hechos planteados, para de ese modo arribar a la verdad real o material que pueda intentar ocultarse.

“El principio de realidad importa que la caracterización del contrato deba hacerse con prescindencia de la intención sana o viciada de las partes. Tradicionalmente, esta convicción ha sido axiomática para el Derecho del Trabajo y su fundamento no requiere mayores explicaciones. Se trata de evitar la elusión objetiva de las normas imperativas, prevención sin la cual el postulado de igualación protectoria resultaría meramente declamativo”.²⁵

e) Como corolario de lo expuesto puede decirse que entre las utilidades que tiene el instituto de la responsabilidad solidaria en materia laboral se encuentran la de proteger

24 CNTrab., Sala III, 19/04/2012 “Ponce Carolina Noemi c/ IBM Argentina S.A. y otro s/ Despido” (Cañal – Pesino – Rodríguez Brunengo).

25 MACHADO, José Daniel, “La presunción del art. 23 de la LCT: ni tanto ni tan poco”, Revista de Derecho Laboral 2005-II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 91.

y tutelar los derechos de los trabajadores; la de ser una herramienta para cumplir normas imperativas que conforman el orden público laboral (evitando ilícitos o fraudes); intentar disuadir tentación de fraude; otorgarle garantías al sujeto más débil, seguridad jurídica y económica de que posee derechos y herramientas jurídicas para percibir sus créditos; garantizar derechos del trabajador donde existe más de un responsable, y asegurar crédito frente a posible insolvencia de contratantes.

VI. Conclusión

En el presente trabajo se realizó un abordaje integral sobre las obligaciones solidarias, conceptualizándolas, realizando la comparación entre la solidaridad del derecho civil y la solidaridad del derecho laboral, que surge justamente teniendo como base la del derecho común.

Asimismo se introdujeron las generalidades de la responsabilidad solidaria en el derecho laboral, donde se explicó la finalidad de la institución con miras a proteger a la parte más débil de todo vínculo de trabajo, como es el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional.

Como conclusión podemos decir que consideramos imperante la necesidad de contar con una teoría general de las obligaciones solidarias para el derecho laboral específicamente, justamente en miras a tutelar a los trabajadores, en virtud del principio protectorio y el principio de progresividad; y ello más allá de tomar como base, como cimientos, lo regulado por el mismo instituto en el derecho civil.

No puede soslayarse que el instituto de las obligaciones solidarias que proviene del derecho común siempre será el punto de inicio de un abordaje íntegro del mismo para la rama jurídica laboral; sin embargo, es tiempo de examinar y profundizar las diferencias entre ambos derechos, especificando características diferenciadoras y puntuales para nuestra materia.

En dicho sentido, oportuno es recordar que en el derecho civil se considera a ambos contratistas en igualdad de condiciones, cuando lo cierto es que en el derecho del trabajo esto no es factible.

Nos encontramos con una parte débil, vulnerable, amparada constitucionalmente, a quien se debe garantizar que podrá acceder a sus derechos, reclamando por ellos a todos los responsables con los que cuenta a tal fin, procurando que no encuentre limitado dicho accionar por la imposibilidad de acudir a un instituto de la solidaridad que debe primar por garantizar sus derechos.



LA EMPRESA LABORAL: LOS DESAFIOS DEL PRESENTE Y LAS PROYECCIONES FUTURAS

Rosalía A. Pécora¹

Sumario: I. El concepto jurídico de empresa. II. Aproximaciones conceptuales desde el Derecho del Trabajo. III. Finalidad de la empresa. IV. La empresa laboral. V. Los elementos de la empresa laboral. VI. Proyecciones y tendencias de la empresa laboral actual: grupos económicos – empleador aparente – empresa en red – outsourcing. VII. Nuestra realidad: las Pymes y la necesidad de una negociación colectiva diferenciada. VIII. Conclusiones y nuevos desafíos.

Palabras clave: Empresa. Empresario. Pymes. Negociación colectiva. Empresa laboral

I. El concepto jurídico de empresa

Ricardo Seco² nos recuerda que ha sido un gran desafío de los juristas trasladar el concepto económico de la empresa al campo jurídico, puesto que el fenómeno “empresa” ofrece aristas desde la economía, la sociología, el derecho comercial, civil, tributario, del trabajo, de la seguridad social, entre otros.

En efecto, los autores no han podido lograr un concepto jurídico unitario y llegaron a la convicción de hallarse ante un fenómeno inasible.

Sin embargo, la Economía la consideró como una organización de los factores de la producción (trabajo, capital y materias primas), factores ligados concurrentemente por su destinación económica.

Citando a Garriguetz³, sostiene que el Derecho, lejos de coordinar los elementos económicos de la empresa, lo que hace es desunirlos y situarlos en posiciones de perfecto antagonismo: en lugar de crear un derecho único para la empresa hemos creado dos derechos distintos, el derecho del capital, que es propio de la sociedad y el Derecho del Trabajo, que se manifiesta en el contrato laboral. Ambos derechos parecen marchar por caminos distintos y además contrapuestos.

1 Abogada (UNC); Especialista en Derecho Laboral (UBP); docente el concurso público de oposición en la materia Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Económicas, UNC; exdocente en las Universidad Católica de Córdoba y Universidad Blas Pascal; exintegrante del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (2000/2014); docente de grado y posgrado, autora y coautora de publicaciones de la materia

2 SECO, Ricardo Francisco, *Trabajadores y Derechos desde el Derecho del Trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia*, Ed. El Copista, Córdoba, 2005, p. 42.

3 GARRIGUEZ, Joaquín, “Hacia un nuevo derecho mercantil. La empresa desde el punto de vista jurídico”, Madrid, Tecnos, 1971, en SECO, Ricardo F., op. Cit., p. 43.

II. Aproximaciones conceptuales desde el Derecho del Trabajo

Derivado de lo expresado anteriormente nos proponemos verificar las aproximaciones conceptuales desde el Derecho del Trabajo.

En ese cometido podemos decir que el Derecho del trabajo se proyecta sobre un aspecto de la empresa, el vinculado a la organización coordinada e interdependiente de los trabajadores para la concreción del fin tenido en vista por el empresario, bajo cuya dirección y con cuyos medios se realiza el trabajo. Entonces el empresario tiene a su cargo la organización de los elementos naturales, trabajo y capital y asume los riesgos con fines de lucro.

-Empresa es acción, actividad, un ir hacia adelante, donde las personas son el elemento principal.

-Empresa es grupo social en el que el capital y el trabajo se combinan para obtener utilidades, ganancias, conjugándose en ella, la necesidad de una eficiencia económica, el riesgo empresario como factor casi constante y la división del trabajo.

-Empresa es una universalidad de hecho consistente en una organización, apta para producir bienes materiales e inmateriales, destinados al cambio, es decir, al mercado general, y realizándose tal actividad con propósitos de obtener beneficios.

III. Finalidad de la empresa

Una vez definida la empresa desde el Derecho del Trabajo, nos proponemos indagar sobre los fines de aquella estructura compleja de la que nuestra disciplina se sirve para existir.

Aquí debemos distinguir el *finis operis* del *finis operantis*. El *finis operis* es el de la actividad u obra en que la empresa consiste. El *finis operantis* es el fin de las personas que la realizan⁴.

El fin de la empresa es “el aumento de los bienes”, pero no a cualquier precio sino:

- A) “producir en las condiciones de máxima eficiencia posible, bienes y servicios destinados ya al consumo o a la producción de bienes de capital”, habiendo dos requisitos a satisfacer: “la eficiencia y la utilidad⁵.”
- B) 1) producir bienes y/o servicios; 2) aumentar el valor económico añadido (lograr beneficios) a fin de: a) atender las rentas del trabajo y de capital, y b) poder invertir para garantizar la viabilidad de la empresa [...]; 3) promover el desarrollo humano, y 4) garantizar la continuidad de la empresa”⁶.

IV. La empresa laboral

A la noción de empresa en general agregamos “una nota distintiva: la intervención del trabajo subordinado en esa actividad que es la empresa”.

En la empresa laboral, el Derecho tiene que sustituir “las relaciones de fuerza por relaciones de derecho”. Ante la desigualdad inicial del empleador y el trabajador, le corresponde al Derecho del Trabajo superar esa desigualdad, “paliar esa carencia, es decir, civilizar el poder empresarial, dotándolo de un marco jurídico”.

En la empresa laboral el tiempo y lugar de trabajo son el tiempo y el lugar de la subordi-

4 SECO, ob.cit., p.76.

5 PEREZ, Benito, “La participación sindical en la empresa”, ED, Tomo 109, en SECO, ob.cit., p.78.

6 CONILL, Jesús, en CORTINA, Adela, Ética de la empresa, Madrid, Trotta, 1994, p. 43.

nación. En ese territorio empresarial los “trabajadores pierden algunas de sus libertades fundamentales: libertad de expresión individual, libertad de ir y de venir, etc.”, que se justifican en orden a la ejecución del contrato de trabajo.

El empresario-empleador tiene a su cargo la tarea de “hacer avanzar la empresa por medio de los mecanismos más idóneos posibles”, cumpliendo una función estrictamente laboral como empresaria: “organización de la producción, eficiencia del producto, competitividad en el mercado, excelencia del servicio.

V. Los elementos de la empresa laboral

La empresa laboral ya definida y establecidos sus fines, funciona a través de la interacción de sus elementos, los que podemos definir brevemente así:

- El empresario

La palabra indica que el empresario “se empeña o compromete”, siendo lo definitorio de él “una actividad que emprende y en la que se empeña - El empresario es “la persona, física o jurídica, que crea la empresa, la organiza, la explota, aprovecha sus beneficios y soporta sus riesgos”, art. 5, LCT.

- El personal

El trabajo a la empresa puede aportarse normalmente mediante contrato de trabajo (arts. 21 y 22, LCT), o como socio-empleado (art. 27, LCT), o como trabajador de servicios eventuales (arts. 29 y 29 bis, LCT), o quizás otros tipos de relaciones como son la locación de obra o el mandato, regidas por otras ramas del Derecho.

- El capital

Son los bienes materiales e inmateriales, sean inmuebles, automotores, máquinas, herramientas, materias primas, útiles, tecnología, las patentes de invención, la clientela, la propiedad intelectual, marcas, nombres comerciales, permisos o concesiones otorgadas por el Estado, capital financiero.

- Las reglas jurídicas. La organización

Es toda la normativa que le permite su funcionamiento: estatutos fundacionales, reglamentos internos, convenios colectivos de trabajo, acuerdos individuales.

El fin

Es la consecución de un provecho en una actividad económica determinada de producción.

VI. La empresa y el establecimiento en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Siguiendo a Favier Dubois⁷, decimos que el Código de Comercio fue derogado y el nuevo Código Civil y Comercial no regula ni al comerciante ni a los actos de comercio.

No obstante, el Derecho Comercial subsiste en el nuevo Código con soluciones similares a saber:

-El “comerciante” fue reemplazado por el “empresario” (o el cuasi empresario).

-El “acto de comercio” fue desplazado por la “actividad económica organizada”.

-El nuevo eje del derecho comercial es “la empresa”, sin la cual no hay sociedad, y cuya

⁷ FAVIER DUVOIS, Eduardo M., “La empresa y el establecimiento en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en <http://favierdubois.pagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-empresa-y-el-establecimiento-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>.

continuación se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la unipersonalidad sobreviniente.

El nuevo Código Civil y Comercial admite dos categorías de personas humanas, una general y otra especial, sujeta a obligaciones contables. En esta categoría especial están:

- A) Las que realizan una actividad económica organizada (cuasi-empresarios)
- B) Empresarios titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios.

Lo que lo define al empresario es ser “el centro de imputación de derechos y obligaciones” de una serie de contratos mediante los cuales la empresa adquiere su configuración. Por su parte, para el derecho laboral lo que define al empresario es la “dirección y organización de la empresa”.

Al respecto dice la ley que es “quien dirige la empresa por sí, o por intermedio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa” (art. 5º, segunda parte, LCT).

También la ley laboral reconoce al empresario la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa (art.64 LCT), lo que implica las siguientes potestades:

- a) de organización; b) de dirección; c) disciplinaria; d) de variar unilateralmente ciertas modalidades del trabajo; e) de extinguir el contrato de trabajo. Esta última claramente cuestionada por la doctrina ius laboralista, como una “potestad” o “derecho”.

Sin embargo, téngase en cuenta que en derecho laboral no siempre la noción de “empleador” se identifica con la de “empresario” ya que hay empleadores que no revisten tal calidad.

Sentado ello, el concepto de “empresario” permite distinguir diversas categorías o roles que pueden o no coincidir en una misma persona: a) el empresario “de título”, que es el sujeto titular de la empresa y responsable por sus obligaciones; b) el empresario “de gestión” que es quien dirige la empresa y c) el empresario “de riesgo” que es el accionista o socio de la sociedad.

En rigor, la “empresa” y el “establecimiento comercial, industrial o de servicios” no son conceptos idénticos porque el “establecimiento” es una parte de la empresa (hacienda o sustrato material) y no el todo (que incluye personal, know how, marca, clientela, los permisos y concesiones, etc.).

Desde nuestro aporte, el artículo 6to de la Ley de Contrato de Trabajo define al establecimiento como la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones.

VII. Proyecciones y tendencias de la empresa laboral actual: grupos económicos - empleador aparente - empresa en red - outsourcing.

La antigua gran empresa, unidad centralizada de ordenación de los factores productivos, ha dado paso a nueva modalidad de organización que se constituye por múltiples unidades económicas que pueden establecer tanto relaciones de coordinación horizontal

como de control vertical⁸. Es decir que hemos transitado desde la empresa centralizada y vertical, del período denominado fordista, a la empresa en red y horizontal, del innominado período de especialización flexible o posfordista.

En virtud de ello, enunciarnos diversos fenómenos de notable complejidad: grupos económicos-empleador aparente-empresa red-outsourcing.

Es necesario destacar que la actual forma empresarial dominante supone diversos aspectos de organización legal en distintos planos o dimensiones jurídicas⁹:

A) Dimensión jurídica comercial: Puede decidir operar bajo la estructura de unidad o pluralidad, según se trate de una o varias personas jurídicas.

B) Dimensión jurídica económica: Puede decidir operar bajo el control directivo de una de ellas por sobre el resto (grupo de empresa), o bajo una forma de coordinación igualitaria (empresa red horizontal).

C) dimensión jurídica laboral: Puede constituir una sola estructura de mando y subordinación (un empleador) o distintas estructuras de subordinación (pluralidad de empleadores)

Cuando actúa como grupo económico, la empresa puede adoptar una forma plural en lo referido a su organización jurídico-comercial (múltiples razones sociales), pero existir, al mismo tiempo, control económico o dirección unitaria de una de esas unidades por sobre las restantes, generándose el problema denominado de los "grupo de empresas".

En el grupo de empresas, no existe problema de evasión de la condición de empleador, porque cada una de ellas es una estructura de mando y subordinación genuina; el problema es, en rigor, el del control o dirección económica de una de las sociedades respecto de las restantes personas jurídicas, y cómo encontrar un centro de imputación jurídica que opere en sustitución total o parcial del empleador.

Es decir, el problema central es cómo superar la figura jurídica de empleador, para encontrar una unidad jurídica superior –la empresa de grupo–, a la que convertir en un nuevo centro de imputación laboral.

Nuestra normativa lo resuelve a través del art.31, LCT, imponiendo la solidaridad ante las deudas laborales y de la seguridad social (siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria).

En el caso del empleador aparente (uso fraudulento de la personalidad jurídica) fraudulento que perjudica a la sociedad y a los terceros, el problema es: superar las formas jurídicas para identificar al verdadero empleador como centro tradicional de imputación jurídica laboral.

8 ALVAREZ, Eduardo, "Tercerización, descentralización productiva y Derecho del Trabajo", Revista Derecho del Trabajo, 2012.

9 UGARTE CATALDO, José Luis, "Concepto legal de empresa y el Derecho Laboral: Cómo salir del laberinto", En Revista Chilena de Derecho Privado, n° 20, Julio de 2013, p. 185-213.

La forma en que el Derecho Comparado ha respondido al uso fraudulento de la personalidad jurídica corresponde a la creación de diversos mecanismos de penetración del velo corporativo o societario, permitiendo sortear la persona jurídica para llegar al sustrato personal de sus titulares o miembros. Es dable señalar además que aparece un sujeto interpuesto que carece de visos de organización.

Se da lugar, así, a lo que la jurisprudencia estadounidense denominó en su momento la doctrina del *disregard of legal entity*, o en su traducción del Derecho continental como la doctrina del "levantamiento del velo", que consiste en el "remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas o bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular".

Nuestra normativa ha acogido esta doctrina en los diversos códigos hasta la actualidad: Art. 14, 29, 30, LCT, 54, 59, 274, LGS, y 144 y 160, CCCN.

Por último, tenemos a la empresa en red – externalización. Son sinónimos de este fenómeno: tercerización, externalización, *outsourcing*, triangulación externa, organización centrífuga.

Es una nueva forma de organizar el proceso productivo basada en una técnica de gestión que consiste en contratar a empresas externas (que obran como proveedores), las múltiples facetas o actividades de la empresa.

Es un sistema productivo por el cual las empresas sólo conservan "la competencia nuclear", delegando en otras empresas aspectos de la producción que completan el resultado final. Se utiliza la metáfora informática de "producción en red".

El producto final ya no es un epílogo de toda una actividad organizada con unidad de gestión en un ámbito geográfico determinado, sino el resultado de la interrelación de varias empresas "magras", más allá de sus posibles dimensiones diferenciadas. Se produce así una descentralización intensa y una comunicación entre empresas dependientes.

Este nuevo paradigma productivo que comienza a imponerse, concierne al ejercicio por parte de los titulares de la empresa, de los derechos que emergen de su propiedad y de la libertad de organización empresarial que el dominio implica y, por lo tanto, no nos encontramos siempre frente a una maniobra ilícita o motivada por una teleología fraudulenta.

Se trata de una técnica de gestión empresarial motivada por el afán de lucro. Pero la solución clásica consistente en la condena solidaria deja fuera de tutela otras situaciones: la estabilidad, la igualdad de trato y la representación sindical.

La estabilidad: Si no es una técnica de gestión estratégica, puede ser arma de flexibilización externa que conlleve reducciones de plantillas, traslados de costos y difusión de formas contractuales que desplacen la imperatividad legal y en las que se admita una autonomía de la voluntad más plena con lo ficcional que esto implica en un mundo cercado por el desempleo, el trabajo clandestino y la exclusión.

Aparece así la utilización de empresas “pantalla” entre el trabajador y la empresa, como práctica de “fraude social”. Y se suele recurrir a la tercerización para disminuir responsabilidad utilizando la técnica de interposición de personas jurídicas que son sólo apariencia de empresas prestadoras de servicios, meras ficciones insolventes.

La igualdad de trato y no discriminación: La multiplicidad de relaciones hace emerger otro problema no desdeñable: el de la discriminación. Se generan diferencias de trato muy ostensibles en el marco de un mismo esquema de producción, que, sin perjuicio de los matices interpretativos, podrían estar reñidas con los principios de igualdad tanto de carácter legal, como supralegal y constitucional.

Representación sindical: debilitamiento del interlocutor colectivo y, en el modelo sindical argentino, se proliferan las controversias de representación y encuadramiento, lo que torna ardua la negociación colectiva.

Se produce la fragmentación sindical derivada de procesos de filialización y división societal dentro del marco de la descentralización productiva.

Ello porque “cada una de las nuevas sociedades constituye una nueva empresa, dotada de identidad legal propia, motivo por el cual sus trabajadores no pueden formar parte del sindicato constituido en la empresa de origen, quedando automáticamente desafiliados al instante de su traspaso a las nuevas entidades.

Pero las empresas siguen operando tan estrechamente ligadas, que los trabajadores traspasados continúan, en los hechos, prestando servicios en la misma estructura productiva. En dicho caso, consideramos que no debe entenderse que se extingue la afiliación sindical de dichos trabajadores, ahora incorporados formalmente a una nueva empresa, puesto que en la práctica siguen sometidos a la misma organización material.

VIII. Nuestra realidad: las Pymes y la necesidad de una negociación colectiva diferenciada

La ley 24.467 introduce en nuestro país, un régimen laboral específico para las pequeñas empresas. Su alcance general son las pequeñas y medianas empresas (PYMES), aunque la regulación específicamente laboral solo abarca a las primeras.

El Título 3, “*Relaciones de trabajo en las pequeñas empresas*” (arts. 83 a 106), se refiere a las regulaciones laborales específicas aplicables a las pequeñas empresas, que a su vez puede subdividirse en alteraciones al derecho individual (arts. 84 a 98 y 104) y a la negociación colectiva (arts. 99 a 103).

El régimen de negociación colectiva para la pequeña empresa estimula una negociación diferenciada, adaptada a las necesidades de dicha unidad productiva. La norma innova en un sistema de negociación colectiva descentralizando los niveles de negociación, aunque lo hace sin modificar las unidades de representación encargadas de concretar las negociaciones, es decir, que mantiene la centralización a nivel sindical¹⁰.

10 RITA, Maira C., “Las convenciones colectivas de actividad para las PYMES”, en *Diario Laboral* n° 46, septiembre de 2015.

Son puntos relevantes:

- (a) las partes signatarias de las CCT de actividad para las pequeñas empresas – No especificidad del sector gremial.
- (b) la duración de dichas Convenciones. No ultractividad.

Las conclusiones de OIT sobre PYME mencionan varias veces la importancia de promover la negociación colectiva de sus trabajadores¹¹. Es necesario proponer una diversidad de ámbitos para la negociación: empresa: sector/rama de actividad, intersectorial (bi o tripartita), territorial (provincial, regional, y sus combinaciones, interprovincial, interregional) e interconfederal, llegando a acuerdos marco con participación estatal.

El convenio sectorial y el territorial deben ser el referente en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva lo que permite la cobertura de colectivos laborales diferenciados y de empresas de menor tamaño.

IX. Conclusiones y nuevos desafíos

Todo lo expuesto es solamente un marco de referencia entre lo actual y lo venidero. Un puntapié inicial para seguir reflexionando sobre los desafíos a los que se expone la empresa laboral. Podemos mencionar entre ellos:

1. La automatización de la fuerza laboral está creciendo a una velocidad sin precedentes. Derivado de lo expuesto, ¿Deberán cotizar los robots a la seguridad social¹²?
2. La revolución tecnológica creará 97 millones de nuevos empleos al 2025¹³ ¿Cuáles caerán en desuso y cuáles serán las competencias necesarias para la eficaz inserción laboral?
3. Las empresas más competitivas deberán mejorar las habilidades de sus empleados para sostener su propia subsistencia¹⁴.
4. El trabajo remoto llegó para quedarse¹⁵, frente a la necesidad del trabajador de conciliar su vida familiar y laboral. Surge la necesidad de pensar una semana laboral más acotada, abandonando el viejo esquema de largas jornadas y semanas laborales de cinco y seis días ininterrumpidos.

11 OIT, "La revitalización de la negociación colectiva en Argentina", en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms_224514.pdf

12 https://revistaderobots.com/robots-y-robotica/los-robots-cotizaran-a-la-seguridad-social/https://elpais.com/retina/2019/04/12/tendencias/1555063168_443364.html

13 <https://www.semana.com/economia/articulo/cuantos-empleos-creara-la-tecnologia-durante-los-proximos-anos/310510/>

14 <https://www.infobae.com/tendencias/talento-y-liderazgo/2021/06/29/como-desarrollar-habilidades-competitivas-para-el-mundo-laboral-en-un-contexto-global-cada-vez-mas-dinamico/>

15 <https://revistaempresarial.com/tecnologia/teletrabajo-una-tendencia-que-llego-para-quedarse/>

CONSTITUCIONALIDAD DEL ART.3 DE LA LEY 10.456 DE ADHESIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Hebe Horny¹

Sumario: I. Introducción. II. Es legal adherir como lo hizo la Provincia de Córdoba con el dictado de la Ley 10.456? III. Computo del plazo de caducidad para la promoción de la acción en sede judicial, como apelación del dictamen de Comisión Médica. IV. Precedentes en los cuales se ha sostenido la postura de la Constitucionalidad de la Ley 10456. V. Naturaleza de la caducidad. VI. Conclusión.

Palabras clave: Adhesión. Constitucionalidad. Comisión Médica. Apelación. Caducidad

I. Introducción

Previamente es necesario hacer un breve marco histórico de la sanción de la ley 27.348 promulgada el 24/02/2017, complementaria de la ley 24.557 denominada Ley de Riesgos del Trabajo.

El sentido de la necesidad de hacer referencia a la misma se asienta en cuanto se creía superado el debate de la obligatoriedad que el trabajador siniestrado formalice el pase por Comisiones Médicas, mediante los pronunciamientos de la CSJN en autos “Castillo” y posteriormente “Obregón”.

La particularidad que marca la sanción de la ley 27.348 es que el legislador retoma la voluntad plasmada en los arts.21 y 22 de la ley 24.557 y elabora un nuevo camino tendiente a evitar el acceso directo a la jurisdicción, añadiendo como novedoso, la sutil *“invitación a las provincias a efectuar adhesión a la nueva norma”*. El alcance de la adhesión se proyecta a fin que las Provincias cedieran sus competencias propias para que los organismos federales denominados “Comisiones Médicas” sean quienes determinen en forma previa, obligatoria y excluyente de toda otra intervención administrativa o judicial, la existencia o no de incapacidad laboral, el carácter profesional de las enfermedades o la naturaleza laboral del accidente denunciado, fije el grado de incapacidad si correspondiere, celebrado la audiencia de acuerdo y logrado el mismo la homologación con carácter de cosa juzgada y con ello el cierre definitivo de posterior reclamo.

Ante la hipótesis que no se llegue a un acuerdo luego del acto administrativo emanado del titular del servicio de homologación existe la posibilidad de cuestionar los actos

1 Abogada (UNC), Notaria(U.Morón); profesora de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales(UN Río Cuarto); Vocal de la Cámara del Trabajo, Río Cuarto; docente universitaria por concurso en Facultad de Ciencias Humanas, Abogacía, Derecho del Trabajo y Seg.Social y Facultad de Ciencias Económicas, UN Río Cuarto; expresidente de la Delegación Río Cuarto AADTySS-Córdoba, conferencista y publicista

previos por vía recursiva, como lo regula la ley 27.348 de revisión judicial, siguiendo el procedimiento trazado por la SRT en la Resolución 298/17 y 899 E/17. Cabe destacar, en el ámbito nacional quedó delimitada la posibilidad de cuestionamiento del dictamen de las Comisiones Médicas acotadas a un recurso de apelación y con efecto suspensivo, salvo en dos supuestos, como la acción de agravamiento conforme lo regula el art. 45 de la Resolución 298/17 de la SRT (lo que equivale a un nuevo siniestro que afecta un órgano respecto del cual se había fijado previamente incapacidad).

O bien, el reconocimiento como enfermedad profesional de una patología no listada. Para esto debe haberse cumplido el procedimiento fijado por el decreto 1287/00 y su reglamento 410/01. Del texto de la ley 27.348 no se desprende la posibilidad de revisión amplia, es decir, se trata de un recurso que no autoriza al conocimiento íntegro y producción de prueba. Este nuevo escenario dio origen a diversos pronunciamientos en sentidos disímiles: entre los que pueden mencionarse los que adhieren al sistema y declaran la constitucionalidad del trámite administrativo y los que atacaron la constitucionalidad del trámite administrativo previo, la Resolución 198/17 y habilita la en forma directa la acción judicial. Diferentes situaciones se perfilaron en las diversas provincias que componen el territorio argentino, alguna optaron por la adhesión lisa y llana, otras por establecer condiciones particulares.

II. Es legal adherir como lo hizo la Provincia de Córdoba con el dictado de la ley 10.456?

Ingresando a lo ocurrido en la Provincia de Córdoba, han existido pronunciamientos divergentes en el examen de la constitucionalidad de la Ley de Adhesión, el interrogante quedó planteado si era legal adherir como lo hizo o debía convocarse a una reforma constitucional.

Córdoba adhiere con el dictado de la Ley 10.456, y la celebración del Convenio 83/17 con la SRT, diseñando una adecuación y/o adaptación del Procedimiento establecidas en las Resoluciones 198/17 y 899 E/17, al decir del Dr. Toselli, se perfiló una adhesión “a la cordobesa”², diseña un mecanismo que modifica la naturaleza recursiva (por vía de acción) ni el carácter del recurso (**devolutivo en lugar de suspensivo**) y el plazo para recurrir de **15 días a 45 días hábiles judiciales**).

Hasta ese momento en nuestra provincia los lineamientos trazados por el TSJ, es decir el dictado de la Ley de Adhesión, eran: 1.- La innecesariedad de apelar en el plazo previsto por el trámite administrativo y luego descalificó la obligatoriedad de apelar el dictamen manteniendo los plazos para accionar en el término o plazo legal de prescripción. 2. Desestimó que el planteo recursivo deba contener una crítica concreta y razonada del dictamen de Comisión Médica. 3. Por último, el abandono de la instancia administrativa sin conclusión del trámite, no era obstáculo para la habilitación de la instancia ulterior provincial, de cuestionamiento del accionar de la ART y de la propia comisión Médica.

A partir que entró en vigencia la ley 10.456 de Adhesión (15/09/2017), se dictaron diversos pronunciamientos. En general los Juzgados de Conciliación de Capital y ambos Juzgados de la ciudad de Río Cuarto se pronunciaron por la constitucionalidad de la exigencia de la ley 27.348. Respecto de ellos también ha tenido oportunidad de pronunciarse la Cámara del Trabajo de la que participo y el TSJ.

² TOSELLI, Carlos Alberto, “Los avatares de la Ley 27.348 y su adhesión cordobesa por la Ley 10.456”, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Córdoba, Catorce bis Revista Socio- Laboral N° 56, p.5, AÑO XXII.

La reforma, con la aplicación de la Ley de Adhesión, significó cambios en la faz procesal, los que son aplicables de manera inmediata a las causas pendientes de resolución, aun cuando fueron promovidas bajo la vigencia de una ley anterior.

Modificó el art. 46 de la Ley 7987 – en cuanto a los requisitos de admisibilidad de la acción en materia de Ley de Riesgos del Trabajo, exigiendo que el certificado médico extendido por el Médico de parte del trabajador, establezca las razones médicas para apartarse del dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional.

III. Cómputo del plazo de caducidad para la promoción de la acción en sede judicial, como apelación del dictamen de Comisión Médica

Éste ha sido uno de los puntos más cuestionados de lo introducido por la Ley de Adhesión N° 10.456, como me refiriera anteriormente, se tornó aplicable a todas las causas pendientes de resolución aún en el supuesto de accidentes o enfermedades profesionales que debieron transitar el paso por Comisiones Médicas en los cuales el dictamen de Comisión Médica era previo a la vigencia de la Ley 10.456.

Para ser más gráfico, en los supuestos en los cuales los siniestros o primeras manifestaciones invalidantes habían acontecido previo al ingreso de la vigencia de esta norma. El fundamento de la disidencia radica en que la prescripción de la acción conforme la ley 24.557 en los arts. 43 y 44 es de dos años a partir del acaecimiento del siniestro o bien de la primera manifestación invalidante. El cuestionamiento se basa, en que con la aplicación de la ley 10.456 para las contingencias sufridas previo al dictado de la ley, que han cumplido el trámite por Comisión Médica Jurisdiccional, se priva al trabajador del ejercicio de la acción, impidiendo obtener un pronunciamiento judicial que reconozca la incapacidad que eventualmente padece.

El interrogante es a partir de cuándo se computa dicho plazo, lo que deberá entenderse a partir del dictado de la Resolución que el titular del Servicio de Homologación que, en nuestro caso, debe intervenir tanto un funcionario de la SRT como del Ministerio de Trabajo (Poder Ejecutivo provincial) en razón del Convenio 83/17 suscripto.

IV. Precedentes en los cuales se ha sostenido la postura de la Constitucionalidad de la ley 10.456

En autos **“Rosales Simón Alberto c/QBE ART SA. Hoy EXPERTA ART SA. – Ordinario – Incapacidad”**, dictado por el Sr. Juez de Conciliación de 2ª Nominación de la ciudad de Río Cuarto, mediante resolución de fecha 6/3/2018 dispuso rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 10.456 de Adhesión al Título I de la Ley 27.348 (y en su función, de los arts. 21, 22 y 46.1 LRT t.o. reformado por art. 14 de dicha ley; Dec. 717/96; Res. 298/17; y demás normativas que rigen el procedimiento administrativo de obligado paso previo).

Consecuentemente **declaró inadmisibile la demanda directa entablada por el actor sin observar el trámite previo ante la Comisión Médica**. Fue ratificada mediante resolución de fecha 19/03/2018, concediéndose la apelación interpuesta en subsidio, atento considerar la concurrencia de la hipótesis excepcional de gravamen irreparable.

Simón Alberto Rosales, promueve acción directamente en contra de QBE ART S.A. (hoy EXPERTA ART S.A.) procurando el resarcimiento de un accidente de trabajo ocurrido en

ocasión de encontrarse prestando su débito laboral para la Sra. María Luisa Ormazábal, en el Establecimiento Rural denominado “La Estrella”, en la zona rural de Coronel Moldes. Menciona que el día 28/06/2017 denunció el siniestro a la ART accionada a fin de que brindara las prestaciones en especie de la Ley de Riesgos del Trabajo. La ART guardó silencio, a partir de lo cual considera que debe tenerse el mismo por reconocido en los términos del art.6° del Decreto 717/96. Denuncia que con fecha 18/07/2017 el actor fue examinado por el profesional médico quien además constató otras dolencias asociadas a la prestación del débito laboral.

Entre los fundamentos para cuestionar la validez constitucional, esboza que la delegación de facultades efectuada por la Provincia vulnera los arts. 121 y 75 inc. 12 de la C.N., en tanto las facultades otorgadas a las Comisiones Médicas son propias de la función jurisdiccional a cargo de las Provincias.

Entiende que la Ley Provincial 10.456 al adherir a la Nacional 27.348, delegando competencias al orden federal, transgrede los arts. 153 y 13 de la Constitución Provincial, que no está permitida la delegación de facultades y que el art. 153 dispone que la función judicial la ejerce exclusivamente el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, no estando previstos Tribunales Administrativos.

Invoca que ello configura una situación desigual y discriminatoria en relación a los trabajadores no registrados, el régimen cuestionado no da garantías de imparcialidad en la medida que el funcionamiento de las comisiones médicas se sustenta con un aporte de las ART y de los empleadores autoasegurados, lo que podría condicionar sus decisiones para no perjudicar los intereses de aquellos involucrados en su sostenimiento.

Denuncia que el trabajador no cuenta con un patrocinio médico para poder conocer con precisión su afección, calificación médica y porcentaje de incapacidad, y en caso de que decida contratar un médico que lo asesore los honorarios son a su cargo, situándose en una situación de desventaja frente a la ART o empleador autoasegurado quienes, al tener más poder económico y estructura, cuentan con un cuerpo médico que los asesora.

Cuestiona el plazo fijado por ley para interponer la acción judicial, sosteniendo que la consagración de un plazo de caducidad para accionar resulta una competencia no delegada y que por ende está prohibida de consagrar por una legislatura provincial, como así también que viola el principio de igualdad ante la ley sentando una discriminación arbitraria en relación a los trabajadores no registrados, en tanto éstos no se encuentran obligados a agotar la vía administrativa. *Esgrimió que resulta irrazonable exigir al trabajador, bajo sanción de inadmisibilidad, los instrumentos que demuestren el agotamiento de la vía administrativa como así también el certificado médico que explicita el criterio divergente al sostenido por la Comisión Médica, como corolario de los agravios constitucionales previamente invocados, pretendiendo que solamente se exija lo requerido por la anterior redacción del art. 46 de la Ley Procesal del Trabajo (certificado médico con diagnóstico, grado de incapacidad y calificación legal).*

El *a quo* rechazó los planteos de inconstitucionalidad y declaró inadmisibile la demanda sobre la base de las siguientes consideraciones: a) En el debate de la ley 10.546 en la Legislatura local no predominó la interpretación de la indelegabilidad -salvo por el poder constituyente- de las competencias reservadas por la Provincia; inclinándose, en cambio, por

una exégesis que parte de cierta flexibilidad en la delimitación –del reparto competencial-, entre el orden federal y el provincial así como entre los tres poderes del Estado Nacional y de la Provincia. Sostuvo que **existen ciertas reglas denominadas “pautas de coordinación” que derivan del principio de supremacía de la Constitución, denominadas bajo las expresas pautas de coordinación y cooperación adaptadas, las que constituyen el núcleo de la delegación con ciertas facultades compartidas, si no concurrentes.**

En relación a la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 10.456 sostuvo, luego de señalar que estamos **frente a una categoría legal intermedia (plazo para interponer demanda apelación) que el plazo allí establecido se trata de una “caducidad” de raigambre procesal, de allí que sea del resorte del legislador provincial**, agregando que no luce incompatibilidad sino **complementariedad entre la normativa nacional y la provincial**, que debe ser interpretada armónicamente. Destaca que el plazo ampliado a 45 días hábiles judiciales a partir de la notificación de esa resolución administrativa que agota la etapa previa al juicio; exclusivamente a opción del damnificado, no así de la A.R.T. o E.A. que en caso de discrepancia deben recurrir ante la CMC y dentro del plazo menor previsto al efecto es una ventaja para los actores.

Tratándose de una demanda posterior al cambio de procedimiento, concertado entre las autoridades competentes, por un lado, no cabe predicar “*sustracción*” de la competencia cuando media “*delegación*” tal como surge de esa suerte de leyes-convenio de lo que se sigue que no es trasladable la doctrina de la CSJN del caso “Castillo” y su complementario “Obregón”; sino que el caso aplicable pasa a ser “**Ángel Estrada**”, que convalida la creación de tribunales administrativos bajo determinadas condiciones que a priori estarían dadas, fundamentalmente, por el evidente interés del Estado en controlar los riesgos laborales en su faz curativa y recalificatoria o ingreso a la pasividad, luciendo proporcionado el medio reajustado a tal fin (etapa pre-judicial ante una Comisión de expertos médicos –de todas las especialidades y con prácticas médicas de las que carece la justicia- junto a otros expertos abogados que integran esa Comisión mixta, incluso en Córdoba con el agregado del funcionario del MTP).

Destacó la falta de agravio constitucional concreto, lo cual implicaría – de aceptar dicha postulación – la existencia de un control constitucional en abstracto, fuera de las circunstancias del caso, sin justificar debidamente la petición, para lo cual es obvio decir no basta con repetir razones que lucen desactualizadas a tenor del régimen legal reformado en su consecuencia. El argumento en orden a la desigualdad que genera la aplicación de leyes diferentes a trabajadores que sufrieron siniestros anteriores y posteriores a la nueva legislación, carece de respaldo jurídico mientras se mantenga el principio consagrado en el art. 5° CCCN, máxime cuando la diferencia cuestionada abrevia en materia procesal, donde cada Provincia tiene su propia legislación ritual. Y en lo atinente al plazo de “caducidad” de la acción “*recursiva*”, bajo igual “*criterio de conveniencia*”, a priori, exento del control judicial, salvo que sea manifiestamente desnaturalizante del derecho reglamentado, extremo que no se configura.

No advierte una desnaturalización de los derechos reglamentados (art. 28 CN), con garantías sobre la salud individual y colectiva (arts. 14 bis, 19, 75, incs. 12-18-19-22, CN), al de propiedad (17 CN), o debido proceso (art. 18 CN) no contrariando a la ley fundamental el requisito de admisión, consistente en acreditar el agotamiento previo de la vía administrativa.

La Cámara del Trabajo, abordando el análisis de la cuestión planteada, compartiendo el sentido y los sólidos fundamentos de la resolución del juez a quo, consideramos necesario ampliar la respuesta jurisdiccional respecto de lo que fue materia de recurso en ejercicio de la facultad revisora del Tribunal. El cuestionamiento que desarrolla el accionante parte de las objeciones constitucionales que la CSJN señaló, en relación al sistema de riesgos del trabajo, en los fallos “Castillo” y “Obregón”, expresando que las mismas no fueron debidamente subsanadas mediante las normas que se cuestionan (Leyes 27.348 y 10.456). Ello en la medida que, la determinación de la existencia de un siniestro laboral y la extensión de su reparación, son competencias exclusivas de las Provincias, la delegación efectuada por la Provincia de Córdoba a la Nación contraviene lo dispuesto por los Arts. 13 y 153 de la Constitución Provincial, que no permiten delegar la jurisdicción a organismos administrativos y menos aún a organismos de naturaleza federal.

En el ámbito provincial encontramos numerosos ejemplos, especialmente dentro del ámbito del ejercicio de la función administrativa de los tres poderes del Estado, los de la administración tributaria, el sistema previsional provincial, el ejercicio del poder de policía en sus distintas variantes (ambiental, salud, inclusive policía del trabajo), la justicia contravencional de faltas, el control de la deontología profesional, etcétera. Al respecto existe un denominador común en cuanto a los motivos que justificaron su instauración en los diversos órdenes estatales, los cuales fueron reseñados en el fallo “Fernández Arias c/ Poggio” (Fallos 247:646), donde se expresó que dicho fenómeno no surgió como consecuencia de especulaciones de orden teórico ni como una determinada concepción del Estado, sino como uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social. Dicha tendencia fue validada expresamente por el máximo Tribunal de la Nación, no solo reconociendo la competencia de las provincias para instaurar tribunales administrativos, sino para hacerlo también en relación a conflictos que involucren intereses particulares. En ese sentido el precedente “Fernández Arias” se recuerda, precisamente, la validez de otorgarle competencia para entender en conflictos surgidos entre particulares (considerando 16°), invocando la doctrina sentada en los autos “Hossain Abbes Kholil c. Cía Swift de la Plata” (Fallos 186:337) entre otros, sentó como regla general que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación; se dan sus instituciones y organizan sus poderes sin intervención del gobierno federal, dictan sus leyes de procedimientos y eligen sus jueces dentro de las exigencias de los arts. 5 y 67, inc. 11, de la Constitución Nacional y, por lo tanto, pueden crear tribunales especiales para faltas y para reglamentar el trabajo y la higiene, siempre que establezcan garantías para la defensa en juicio.

En resumen, estando admitido el funcionamiento de los tribunales administrativos dentro del ámbito de la Provincia de Córdoba, y convalidadas dichas facultades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con especial referencia a la materia que nos ocupa) no existe obstáculo para que en Provincia de Córdoba se establezca una instancia prejudicial de carácter obligatorio, en la medida que se preserve el debido proceso y se asegure el adecuado control judicial de las decisiones de la administración.

Establecido que las Provincias cuentan con facultades para establecer una etapa preju-

dicial, cabe analizar entonces si dicha facultad puede ser delegada a la Nación. Como lo circunscribe adecuadamente el Sr. Juez de Conciliación, dicha delegación se encuentra habilitada conforme lo dispuesto por el art. 16 inc. 2° de la Constitución Provincial que promueve un federalismo de concertación con la finalidad de satisfacer intereses comunes y participar en organismos de consulta y decisión, así como establecer relaciones intergubernamentales e interjurisdiccionales, mediante tratados y convenios.

Fundamentalmente, es en esta materia donde en función del carácter de normativa común, se conjuga la potestad de la Nación de establecer con carácter general para todo el territorio nacional la legislación de fondo y la de las Provincias de aplicarlas, es evidente que en los objetivos de la Ley de Riesgos del Trabajo y las instituciones y modalidad creadas, exigen una coordinación para conciliar los mismos con el reparto de competencias derivados del régimen federal.

El art. 144 inc. 4° de la Provincia autoriza al Poder Ejecutivo Provincial a celebrar tratados y acuerdos para la gestión de intereses provinciales y la coordinación y unificación de servicios similares con el Estado Federal, los que, conforme el art. 104 apartado 2 de la Carta Magna provincial, deben ser aprobados por la Legislatura. Desde un punto de vista formal, la delegación es inobjetable. Siguiendo con el tratamiento de la cuestión, advertimos que ante la necesidad imperiosa de aplicar la legislación vigente en materia de infortunios laborales dentro del ámbito de la Provincia, ésta tenía las siguientes opciones: a) Adherir al sistema (tal como lo hizo); b) Establecer, dentro de su ámbito administrativo, una estructura propia similar a la existente a nivel nacional, acorde a los postulados de la ley 24.557, sus modificatorias y complementarias, a fin de cumplir dentro de su ámbito territorial con las exigencias que dicha ley propone; o c) lisa y llanamente no adherir a la normativa nacional y continuar sometiendo los reclamos por siniestros laborales al conocimiento directo de la jurisdicción provincial.

En ese sentido, compartiendo lo sostenido por la Sala Quinta de la Cámara Única del Trabajo de la Ciudad de Córdoba, en autos "Chanampa, Claudio Javier c/ Seguridad y Protección SA y Otro - Ordinario - Despido - Enfermedad", expediente n.º 6733037, Auto n.º 70 de fecha 27/3/2018, entendemos que el sistema prejudicial tal como ha sido regulado en las leyes 24.557, 27.348 y 10.546 reúnen dichos recaudos.

Las normas de procedimiento cuestionadas no privan al trabajador de ningún derecho sustancial, al propio tiempo que, en función de la vía prevista para someter la decisión administrativa a control judicial, goza de una amplitud adecuada para no vulnerar bajo ningún punto de vista el derecho de defensa de las partes involucradas, especialmente la del trabajador, siendo el órgano jurisdiccional quien, ante la impugnación planteada por el interesado, emitirá la decisión final, con carácter definitivo, para dirimir el conflicto planteado, toda vez que no ha resignado en modo alguno su función jurisdiccional.

Es clave en la temática advertir que el hecho de que **la impugnación se tramite por vía de acción es indicativo de que no existe lesión alguna al derecho de defensa, ni que se coarte las funciones jurisdiccionales para revisar lo actuado en sede administrativa, toda vez que la revisión transita por el carril más amplio que prevé el ordenamiento jurídico procesal del trabajo.** La creación de la etapa prejudicial se justifica en atención al evidente interés del Estado en controlar los riesgos laborales en su faz curativa y recalificatoria o ingreso a la pasividad, luciendo proporcionado el medio reajustado a

tal fin (etapa pre-judicial ante una Comisión de expertos médicos –de todas las especialidades y con prácticas médicas de las que carece la justicia- junto a otros expertos abogados que integran esa Comisión mixta), añadido a que la calificación de una dolencia y la determinación de su incapacidad viene, generalmente, precedido del otorgamiento de prestaciones médico asistenciales y que la definición de dichos extremos requiere ineluctablemente de la opinión de profesionales médicos.

Posteriormente, en autos **“Pérez Hugo Jesús c/ Asociart ART S.A.”**, auto interlocutorio N° 55 de fecha 17/05/2018, la Cámara del Trabajo sostuvo el art. 2 inc. g, de la ley 10.456, **el consentimiento de las partes de los términos de la decisión emanada de la Comisión Médica hace cosa juzgada administrativa**, quedando la controversia definitivamente resuelta.

En relación a la conformidad de las partes se podría interpretar que la misma debe ser expresa, lo que naturalmente debe comprenderse de la conducta cuyo **consentimiento que se deduce del silencio o la abstención ante acto que era susceptible de modificar la situación jurídica existente, que proviene de la falta de impugnación oportuna de la decisión**. En consecuencia, el gravamen derivado de la inadmisibilidad se torna irreparable porque no admite otra instancia para el planteo del derecho material contenido en la pretensión deducida por el actor.

A partir de ello debemos extraer en claro: **la competencia de la Provincia para fijar un plazo de caducidad se sostuvo que estamos ante una categoría legal intermedia y que lo preponderante sería colegir, que a raíz de su esencia impugnativa en relación, se trata de una “caducidad” de raigambre procesal, de allí que sea del resorte del legislador provincial.**

Que dicho plazo constituye una “reserva” (aceptada por el legislador nacional al indicar que debería ser modificada la ley ritual para vehicular –desde su concepción- el “recurso” ante la justicia local), de tenor más favorable para el trabajador frente a plazos más breves contemplados en otros proyectos de adhesión, o el fijado en el art. 26 del decreto 717/96 (5 días) y el que rige para las A.R.T. o E.A. (conforme art. 16 de la Res. 298/17 S.R.T. de 15 días desde que fuera notificado el acto. **No se advierte incompatibilidad sino complementariedad entre la normativa nacional y la provincial, que debe ser interpretada armónicamente, siendo indiscutible que el siniestrado o sus derechohabientes, en la Provincia de Córdoba, cuentan con el plazo ampliado a 45 días hábiles judiciales a partir de la notificación de esa resolución administrativa que agota la etapa previa al juicio; exclusivamente a opción del damnificado**, destacando **asimismo las bondades** en relación a que **la impugnación se materialice por vía de demanda ordinaria y no de recurso**. Que contrariamente a lo sostenido por el actor, no habiendo delegación en la ley de adhesión, sería manifiestamente inconstitucional pretender que la impugnación del siniestrado tramite en la forma y plazo inferior que está dispuesto en el art. 18 de la Res. 298/17 de la SRT, puesto que jamás podría regular el “Trámite del Recurso de Apelación ante la Justicia Ordinaria del fuero laboral”.

La cuestión quedó resuelta a partir de **la suscripción del Convenio N° 83 celebrado entre la Provincia y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, destacando otras particularidades del trámite regulado que demuestran que es de competencia de la Provincia fijar el trámite y el plazo recursivo ante los tribunales provinciales.**

Rechazado el planteo de inconstitucionalidad y tomando como fecha de entrada en vigencia de la ley 10.456 la prevista en la cláusula Clausula Vigésimoprimera del Convenio 83 (29/8/2017), celebrado entre la Provincia de Córdoba y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, el plazo feneció el 21/11/2017, razón por la cual se ha producido la caducidad del plazo para interponer la demanda, resultando en consecuencia inadmisibile la misma, tornándose abstractos los restantes planteos de inconstitucionalidad. La falta de acreditación que el dictamen ingresó a su conocimiento en fecha posterior a dicha fecha. Ello así desde que el art. 46 del CPT impone a cargo del accionante acreditar que agotó previamente la vía administrativa.

V. Naturaleza de la caducidad

La doctrina ha señalado en rigor no se está frente a un modo de extinción de un derecho, sino frente a un derecho o una facultad que sólo alcanza a configurarse mediante la realización de ciertos actos positivos o negativos dentro de un cierto tiempo, de modo tal que la no realización del hecho no provoca la extinción del derecho ya existente, simplemente, impide que éste llegue a configurarse.³

La caducidad es un instituto común del derecho, y que *se define como la consecuencia jurídica de la inacción, por parte del interesado, dentro de un lapso temporal determinado, consistente en la imposibilidad jurídica de ejercer un derecho o facultad por haberse consumido el plazo disponible para hacerlo.*

Como instituto común, el mismo se proyecta tanto al ámbito sustancial como al procesal, dentro del cual, se advierte que la caducidad es la consecuencia propia de los plazos perentorios o fatales: si el derecho, la facultad o la carga no se ejerce oportunamente se pierde la posibilidad de su ejercicio.

En definitiva los plazos perentorios, llamados también preclusivos o fatales, se caracterizan porque su vencimiento produce la caducidad automática de la posibilidad de actuación para cuyo ejercicio se concedió.⁴

Desde la perspectiva antes señalada, la caducidad – como efecto del incumplimiento de una carga procesal – es un instituto básico de un sistema procesal, tanto como el impulso, la preclusión o cualquier otro elemento o principio y dado que, legislar en materia procesal es una facultad reservada de las provincias (art. 121 de la Constitución Nacional y art.104 inc.24 de la Constitución Provincial), éstas ostentan la competencia suficiente para regular las vicisitudes y contingencias propias de éste, dentro de las cuales se encuentra, obviamente, los requisitos, contenidos y efectos de los actos procesales y trámite del proceso a través de los distintos procedimientos que lo integran.⁵

Siendo que el proceso para la reclamación de las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo ha venido a quedar compuesta de una vía procedimental que incluye una faz administrativa previa y obligatoria, con control jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral provincial (conforme arts. 21 y 22 de la Ley 24.557, 1° de la Ley 27.348 y 1°, 2° y 3° de la ley 10.456 y 46 de la 7987) es evidente la competencia de la Provincia para regular el

3 "PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo "Tratado de Obligaciones" T. IV, pág. 221 y siguientes), Rubinzal-Culzoni Editores, 2017.

4 F. de DE LA RUA, Angelina – G. DE LA VEGA de OPL, Cristina "Código Procesal Civil y Comercial, Ley 8465, T. I, comentario al art. 49. La Ley 3ra. Edición, 2006.

5 PALACIO, Lino Enrique "Tratado de Derecho Procesal" T. I, pág. 21, Ed. Abeledo Perrot.

cauce procesal de ese control, estableciendo la vía y el plazo para articular la impugnación.

Entonces la naturaleza procesal de dicha regulación, resulta claro que el vencimiento del plazo previsto por el art. 3° de la Ley 10.456 no extingue así un derecho sustancial, sino una facultad procesal, cual es la del término para articular la impugnación del dictamen de comisión médica.

El Tribunal Superior de Justicia (Sala Laboral) en autos: **“Rodríguez, David Alejandro c/ Prevención ART SA - Ordinario - Accidente (ley de riesgos)” Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, expediente n.º 8322024**, Sentencia N° 22 Fecha: 10/3/2022, sostuvo que el término de caducidad de 45 días hábiles del art. 3° de la ley 10.456, es legítimo y se encuentra amparado por el art. 8, punto 1 de la CIDH. Fundó su decisión en cuanto a que dicho plazo está dirigido a que el trabajador obtenga con premura la reparación del daño sufrido y pueda reinsertarse en el mercado laboral. Siempre con el objetivo de brindar un “procedimiento que asegure respuestas ágiles y certeras, reduciendo la judicialización de los conflictos” y dándole mayor celeridad a su resolución. La aceptación de la figura de la caducidad como técnica adjetiva debe ser ubicada correctamente en el ámbito de lo procesal en razón, no sólo de su naturaleza jurídica sino teniendo en cuenta, además, nuestro diseño normativo.

En todo caso, **el legislador provincial de lo que está impedido es de reglar plazos fundados, ya que dicha limitación deriva de la delegación de atribuciones al gobierno nacional, cuya teleología es lograr la unidad en cuestiones fundamentales, como lo es, la legislación sustancial sobre los derechos de los ciudadanos** (Fallos 342:1903). En ese sentido, el plazo de caducidad ha sido fijado expresamente por el legislador provincial. La cuestión definitivamente se ubica en el campo del derecho adjetivo local. Por otra parte, expresó que los “plazos con esta exacta característica no son privativos de la nueva ley, pues en la provincia los encontramos en la acción contencioso administrativa (art. 8, ley 7182) y en nuestra propia Ley 7987, para cuestionar las resoluciones de la autoridad ministerial que impongan sanciones por infracciones a las leyes del trabajo (art. 81, inc. 3)”.

El término de caducidad de 45 días hábiles establecido en el art. 3 de la Ley 10.456 deviene legítimo y amparado por el art. 8, punto 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho término está dirigido a que el trabajador obtenga con premura la reparación del daño sufrido y pueda reinsertarse en el mercado laboral. Siempre con el objetivo de brindar un “procedimiento que asegure respuestas ágiles y certeras, reduciendo la judicialización de los conflictos” y dándole mayor celeridad a su resolución. Será tarea de los magistrados intervinientes garantizar siempre el acceso a la justicia de trabajadores en situación de vulnerabilidad en cumplimiento de las Reglas de Brasilia -n° 24.b. Dentro del contexto regresivo de la ley 27.348 la ley provincial 10.456 pone límites importantes sobre todo al recuperar esta acción judicial plena una vez agotada CCMM a las que como se sabe se atribuyen exorbitantes funciones jurisdiccionales (artículos 7 y 8 Res. SRT 298/17) que ahora podrán ser revisadas y aún dejadas de lado por la acción judicial plena, recobrada por la ley cordobesa 10.456.

Los recursos interpuestos por las ART no tienen efecto suspensivo respecto de la incapacidad y del monto del capital, solo tendrán efecto devolutivo. (Art.2). Es decir el damnificado puede cobrar a cuenta derecho que no tiene la ley nacional.

VI. Conclusión

La adhesión expresada por las provincias ha mejorado la perspectiva que emana de la propia ley 27.348; posibilita deducir recurso "acción laboral ordinaria" y plazo ampliado de interposición ante la justicia ordinaria.

A partir de lo sostenido por la CSJN en autos "Pogonza, Jonathan Jesús contra Galeno ART S.A. s/accidente - ley especial", la importancia de lo resuelto por el máximo tribunal de justicia nacional reside no sólo en que sienta un precedente jurídico que da certidumbre al sistema de reparación de riesgos laborales y permite la aplicación plena de la ley 27.348 para las 15 provincias que adhirieron a ella, sino que permite además el paso a la fase de conformación de los Cuerpos Médicos Forenses previstos en el art.2 de la normativa, indispensables para llevar a cabo de modo uniforme y estable la valoración de los daños producidos por accidentes y enfermedades del trabajo, de acuerdo al Baremo establecido por el decreto N° 659/96.

La validación definitiva de las Comisiones Médicas como instancia administrativa, previa, obligatoria y excluyente, sumada a la realización de pericias médicas especializadas para evitar distorsiones en la validación de daños laborales, representa una gran contribución para darle previsibilidad al sistema de riesgos del trabajo, así como contribuir a su sustentabilidad y cumplir con la justa reparación de daños para los damnificados, mientras se trabaja para reducir la judicialización creciente en la resolución de controversias derivadas de la siniestralidad laboral.

El cuadro de plazos para presentar demanda en días hábiles, son: Córdoba, Mendoza, Chaco, Salta, Corrientes: 45 días; Río Negro: 60 días; CABA, Entre Ríos, 15 días; San Juan: 30 días; Tierra del Fuego: 20 días; Buenos Aires: 90 días y Jujuy, plazo de prescripción. La última de las adhesiones, es la de Santa Fe Ley 14.003, indica que la articulación de demanda ordinaria se deberá realizar dentro de plazo de prescripción establecido en la legislación de fondo (artículo 44, inciso 1 - Ley Nacional 24557 y artículo 256 - Ley 20744)", es decir, los dos años (art. 13).

El mandato y la directriz efectuada por el TSJ en autos "**Rodríguez, David Alejandro c/ Previsión ART SA - Ordinario - Accidente (ley de riesgos)**" **Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, expediente n.º 8322024**, cuando sostiene el término de caducidad de 45 días hábiles establecido en el art. 3 de la ley 10.456 deviene legítimo y amparado por el art. 8, punto 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Está dirigido a que **el trabajador obtenga con premura la reparación del daño sufrido y pueda reinsertarse en el mercado laboral. Siempre con el objetivo de brindar un "procedimiento que asegure respuestas ágiles y certeras, reduciendo la judicialización de los conflictos" y dándole mayor celeridad a su resolución.** Permite cierto margen de discrecionalidad, cuando establece "**será tarea de los magistrados intervinientes garantizar siempre el acceso a la justicia de trabajadores en situación de vulnerabilidad en cumplimiento de las Reglas de Brasilia -n.º 24.b."**

LA PERSONA MIGRANTE Y SUS DERECHOS LABORALES

Teresita N. Saracho Cornet¹

Sumario: I. Introducción. II. Plexo axiológico sustentador del bloque de constitucionalidad en Argentina. III. Dignidad y “estándar de vida” digno. IV. El derecho a trabajar. V. Los migrantes y sus derechos laborales. 1. Obligaciones de los Estados. 2. Derecho del trabajo y los migrantes. 3. Derechos y garantías de los trabajadores migrantes indocumentados. VI. Conclusiones y aportes.

Palabras clave: Migración. Derechos laborales. Plexo axiológico. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Corte IDH. Estándares sustantivos y adjetivos

I. Introducción

El fenómeno de las migraciones afecta al ser humano desde diferentes áreas de su proyecto de vida. Ello tiene lugar tanto cuando es voluntario y cuanto más cuando es forzado por diferentes contextos, como las guerras, circunstancias políticas, económicas, fenómenos naturales, solo por nombrar algunas del vasto campo que empuja al hombre, mujer, niño, niña y adolescentes a dejar su centro de vida, su patria.

A fin de establecer cuáles son los derechos laborales de los migrantes, se tomará en consideración el aporte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el que adquiere relevancia intensa al tiempo de tener que dirimir conflictos laborales de la persona que presta servicios bajo relación de subordinación, fuera del lugar de su domicilio, residencia habitual o nacionalidad; o bien, cuando la celebración y cumplimiento de la obligación asumida tiene lugar en el territorio de Estados diferentes, ya sea mediante la presencialidad o a través del sistema de teletrabajo².

La carencia de fuentes internacionales específicas y adaptadas a la nueva realidad del siglo XXI (signada por conflictos estatales ante divergencias de soberanía y/o, pujas territoriales - v.g. actual guerra entre Rusia y Ucrania -, fundamentalismos religiosos, entre otros, con los consiguientes enfrentamientos bélicos, en franca violación de estatutos e instrumentos internacionales) que regulen la situación laboral de los migrantes - sobre todo, los irregulares⁻³, debe cubrirse recurriendo a los estándares sustantivos y adjetivos

¹ Miembro del Instituto de Derecho Laboral y Procesal Laboral de la Universidad Blas Pascal. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UNC. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado -Facultad de Derecho, UNC-.Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Correo electrónico: teresitasaracho@hotmail.com.

² Regulado en Argentina, mediante Ley 27.555 (BON 20/01/2021), con reglamentación mediante Decreto del PEN 27/2021.

³ Téngase presente que los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 no regulan la jurisdicción ni el derecho aplicable a la relación o contrato de trabajo con elementos extranjeros; sin perjuicio de lo cual, y en caso de considerarse que el régimen general establecido en materia de derecho aplicable a los contratos civiles (arts. 32, 33, 34 y concordantes, 37, 38 y concordantes, respectivamente) fuera trasposable a la relación de trabajo internacional, el punto de conexión establecido es el lugar de cumplimiento de la actividad -prestación del servicio-, como lo recepta también en nuestro país, la Ley de

que surgen de los pronunciamientos de los órganos de protección de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH⁴), como asimismo los de supervisión y control de los otros instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad. Ello se sostiene, a nivel regional, en la obligación asumida por los Estados de acatar los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Tribunal interamericano o Tribunal supranacional) de conformidad a lo establecido en el art. 68 de la CADH; y a nivel universal, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Pactos y Convenios internacionales, todo, con jerarquía constitucional y supralegal en el ordenamiento jurídico argentino.

Tratándose de derechos humanos, se dará cuenta del plexo axiológico que sustenta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) incorporado como “bloque de constitucionalidad” en nuestra Carga Magna; asimismo, se hará referencia a los principios que guían los criterios de interpretación de la dignidad como “estándar de vida” y trato “digno” bajo el principio de igualdad y no discriminación. Luego de lo cual, se desarrollará la doctrina que emana de los pronunciamientos de la Corte IDH respecto del *derecho “al” trabajo* y el *derecho derivado “del” trabajo* para las relaciones laborales individuales y colectivas, particularizando el enfoque a los migrantes. Finalmente, se verterán las conclusiones y aportes.

III. Plexo axiológico sustentador del bloque de constitucionalidad

Si se toma en consideración el Preámbulo de la CADH⁵ en conjunto con su articulado, se puede afirmar que el presupuesto de la regulación normativa está dado por el “Estado democrático”⁶. Ello indica la existencia de cimientos ideológicos que traducen una filosofía política de base o piso donde se asienta la regulación: la “Democracia”. Sobre este cimiento, el diseño arquitectónico para “el respeto de los derechos esenciales del hombre” (leemos hoy del “ser humano” o de “la persona humana”) se lleva a cabo mediante un *régimen* que no es ideológicamente neutro, sino que está signado por la “libertad personal” y la “justicia social” (Primer párrafo del Preámbulo).

Tales derechos esenciales del ser humano reconocen fundamento en los *atributos de la persona humana: su dignidad*, quedando clara la esencia ontológica que excluye la consideración de la nacionalidad⁷.

Contrato de Trabajo en el artículo 3 según el cual “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio”. De igual modo, lo hace la Ley 27.555 “Régimen legal del Contrato de Teletrabajo”, para los casos con elementos extranjeros; en el artículo 17 bajo la leyenda “Prestaciones transnacionales” se prevé: “Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones”.

En materia de jurisdicción, el criterio del paralelismo encuentra eco en la atribución concurrente del juez del lugar de cumplimiento con el del domicilio del demandado (artículo 56, ambos Tratados de Montevideo). Sobre el tema puede verse de mi autoría “La jurisdicción internacional y el contrato de Trabajo”, “Cuadernos del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social P. Alberto Hurtado, S.J.” Volumen 6, LEY DE CONTRATO DE TRABAJO, Estudios profundizados - Parte 4, editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 207/232. Respecto a la tecnología, la distancia y el trabajo, puede consultarse, CAMINOS, Juan Ignacio, “La jornada, la tecnología y la libertad de la persona que trabaja”, en Desafíos actuales en Derechos Humanos Laborales N° 1, (dir. ARESE, César), Brujas, Córdoba, 2022, pp. 176/186.

4 Ratificada por nuestro país, reconociendo la competencia de los órganos que surgen de dicha Convención, al igual que lo han hecho los Estados Miembros del Mercosur y muchos otros que integran la OEA.

5 Cuyos postulados son muy similares a los de ambas Declaraciones de Derechos Humanos, la proveniente de la OEA y la de la ONU, como asimismo a los expresados en los dos Pactos de la fuente universal, y en la mayoría del resto de los tratados que integran el bloque de constitucionalidad.

6 “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas”.

7 Cfr. Segundo párrafo del Preámbulo, CADH, como asimismo el Preámbulo de las dos grandes Declaraciones de Derechos Humanos.

Para la realización del “ideal del ser humano *libre*”, “exento del temor y de la miseria”, se requiere de la “creación de condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, *tanto* como de sus derechos civiles y políticos” (Cuarto párrafo del Preámbulo, CADH). La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos queda de manifiesto.

Siendo que del mismo Preámbulo surge que “estos principios” han sido consagrados en la Carta de la OEA, en ambas Declaraciones de Derechos Humanos y desarrollados en otros convenios internacionales (a nivel universal y regional), se estima como relevante integrar el plexo valorativo con los elementos emergentes de tales instrumentos, fundamentalmente, los Preámbulos de las primeras Declaraciones. En esta línea, en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), tras enfatizar que todos “los hombres” (léase personas humanas)⁸ nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados por naturaleza de razón y conciencia, se prevé que deben conducirse *fraternamente* entre sí⁹.

Como dato insoslayable que interesa también destacar, es el párrafo destinado a los *deberes de cada persona humana*, reverso incontrastable de los derechos que se reconocen y que presuponen otros (*deberes*) “de orden moral”, que “los apoyan conceptualmente y los fundamentan”¹⁰. Se dispone que “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”¹¹.

En el Preámbulo de la DUDH, se reiteran objetivos y finalidades, agregándose al reconocimiento de la *dignidad intrínseca* del ser humano, como base de la libertad, a la justicia y la paz, como asimismo la *igualdad e inalienabilidad* de los derechos de todos los miembros de la *familia humana*¹². Recordando la Carta de las Naciones Unidas, se reafirma la *igualdad de derechos de hombres y mujeres* y el compromiso asumido de promover el *progreso social y elevar el nivel de vida* dentro de un concepto más amplio de la libertad¹³. Asimismo, se memora el compromiso asumido de asegurar el *respeto universal y efectivo* de los derechos y libertades del ser humano¹⁴. De lo expresado, emergen las condiciones para establecer desde dónde ha partido el DIDH para la protección de los derechos

8 Dada la época en que tuvo lugar la Declaración, la referencia al “hombre”, empleada tanto en su título (“Derechos y Deberes del Hombre”), como en su Preámbulo y en articulado, resulta comprensible en el contexto histórico, social y cultural en que proclamó. En la actualidad, sin duda, corresponde entender que la referencia se dirige a la “persona humana”, “ser/seres humanos” conceptualización que incluye a la mujer.

9 Cfr. Primer párrafo del Preámbulo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

10 Cfr. Tercer párrafo del Preámbulo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En la misma línea, pero más explícito todavía, se aborda el tema de los deberes, en el Capítulo V de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulado “Deberes de las personas”.

El artículo 32, bajo la leyenda “Correlación entre Deberes y Derechos” dispone:

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

11 Cfr. Segundo párrafo del Preámbulo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se amplía con los párrafos siguientes: Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. (Párr. tercero).

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. (Párr. cuarto).

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. (Párr. quinto)

Los mentados deberes, también son receptados en los Preámbulos de los dos Pactos de la fuente universal: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, sociales y Culturales. (Párr. quinto, de ambos).

12 Cfr. Primer párrafo del Preámbulo, DUDH.

13 Cfr. Quinto párrafo del Preámbulo, DUDH.

14 Cfr. Sexto párrafo del Preámbulo, DUDH.

humanos, o dicho en otros términos, cuáles son los valores immanentes que impregnan la regulación.

Así, los valores *libertad* (en una acepción abarcativa que incluye la potencialidad realizada para la realización del proyecto de vida de cada persona, al conducir su desarrollo personal y social “libre del temor” y con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades, “erradicando la pobreza¹⁵) e *igualdad*¹⁶, derivados de la *dignidad*¹⁷ del ser humano, obliga al comportamiento “fraternal”¹⁸ de los miembros de la familia humana, coexistiendo “derechos” y “deberes”, no sólo los que surgen del marco normativo (reglado) sino también los que devienen de un “orden moral” y de las “instituciones democráticas”. Tales derechos y deberes, “iguales para hombres y mujeres”, “interdependientes e indivisibles”, requieren del “respeto universal y efectivo”¹⁹. Todo, en pos del “progreso

15 El Comité de DESC ubica a la pobreza, como una categoría de especial protección, motivo prohibido de discriminación por posición económica. La considera como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales; cfr. ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 8. En los Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos (PREPDH), se define a la extrema pobreza, como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social, donde una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible. Cfr. ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11; Principio 2. Adicionalmente, en los PREPDH se considera a la pobreza, en sí misma, como un problema de derechos humanos urgente, siendo a la vez causa y consecuencia de violaciones de otros derechos humanos. “La extrema pobreza se caracteriza por vulneraciones múltiples e interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad. (Principio 3). También se señala que “las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente —como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud—, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente”, (Principio 4; cursiva añadida).

16 Bobbio señala que “la razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la salud, es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”. Ver BOBBIO, Nino, Derecha e Izquierda, Taurus, Cuarta Edición, España, 1995, p. 151. Por su lado, Ventura Robles (quien se desempeñó como Juez de la Corte IDH) sostiene que los DESC responden a los valores de “igualdad y solidaridad” en donde asume gran importancia el principio de no discriminación. VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en Revista IIDH, pp. 87-131 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>.

17 Para Gialdino, la dignidad de la que habla el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es una condición que la persona humana deba alcanzar al modo de un merecimiento por una obra o conducta particular. La dignidad no es un obsequio ni una recompensa. “Le basta al hombre, para ser digno, con su sola humanidad”. Ver GIALDINO, Rolando, Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p.6. Del mismo autor, para un estudio más extenso de la problemática de la dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede verse GIALDINO, Rolando, en Revista Derechos Humanos, Montevideo, Cátedra UNESCO de Derechos Humanos/UNESCO/Universidad de la República, n° 1, Montevideo, 2003, pp. 29-69. Rodríguez Mancini considera que la dignidad resume todos los elementos que componen y caracterizan al hombre: su ser corporal y espiritual, individuo, dotado de inteligencia y voluntad, abierto e inclinado en la comunidad, capaz de cultura y, para los creyentes, llamado al orden sobrenatural, ser religioso que dice relación a Dios. “Tan importante es la dignidad, atributo de la persona humana, que de ella derivan la libertad e igualdad”. Ver RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, Derechos fundamentales y relaciones laborales, Astrea, Buenos Aires, 2004, p.31.

18 Marcel G., citado por Maurer, ha enfatizado que el carácter sagrado de la persona nos conduce a la fraternidad: “si la dignidad humana puede ser hoy reconocida plenamente (...) es bajo condición de emplazarla en la perspectiva de la fraternidad y no del igualitarismo”; cfr. MAURER, Béatrice, “Essai de définition théologique et philosophique de la dignité humain”, en MORIN, J.-Y. (coord.), Les Droits Fondamentaux, Bruylant, Bruselas, 1997, pp. 236-247. En palabras de Jorion, la hermandad humana, entraña una obligación: toda persona ha de respetar la dignidad de los otros (y, además, su propia dignidad). ver JORION, Benoît, “La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif”, en Revue du Droit Public, número 1, 1999, pp. 205 y ss. El constitucionalista Rosatti, partiendo de los principios enunciados por la Revolución francesa, sostiene que el primer constitucionalismo (constitucionalismo liberal) privilegió la libertad, el segundo (constitucionalismo social) la igualdad y el tercero (constitucionalismo ecuménico) la fraternidad. Ver ROSATTI, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 72.

19 Uno de los padres de la Declaración Universal de los Derechos de Hombre, René Cassin, la comparó con el vasto pórtico de un templo: la explanada está constituida por el Preámbulo, que afirma la unidad de la familia humana, los cimientos, por los principios generales de libertad, igualdad y fraternidad; asimismo, cuatro columnas de igual importancia sostienen el pórtico: la de los derechos y libertades personales (arts. 3 a 11), la de los derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de los que forma parte y con las cosas del mundo exterior (arts. 12 a 17), la de las facultades espirituales, las libertades públicas y los derechos políticos fundamentales (arts. 18 a 21) y la cuarta, con poder no menor al de las otras tres, la de los derechos económicos, sociales y culturales (arts. 28 a 30), de manera que la Declaración resulta un continuo de lo individual hacia lo social. CASSIN, René, citado por VERDOODT, Albert, “Genèse et expansion de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme, Rôle de René Cassin”, en Recueil des Cours/Collection of Lectures, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 1998, pp. 86 y 87.

social²⁰, orientados bajo el prisma de la “justicia social”²¹ y la “paz”²².

De esta manera, comprendiendo el sentido y alcance de los derechos humanos, “con” normas y “sin” normas, puede cumplirse la finalidad protectora y garantista de la persona humana.

Acudiendo a la concepción tridimensional del mundo jurídico, ubicamos en la dimensión sociológica a la categoría de los derechos implícitos; es la dimensión donde se hospedan los *silencios* (lagunas, derechos no reconocidos o no enunciados explícitamente). De allí que tales *silencios* requieran de la integración normativa. Las normas, en tanto tales, se encuentran en la dimensión normológica (reguladoras de todos los derechos humanos: civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) y requieren, para su integración, de los principios y valores ubicados en la dimensión “dikelógica” o axiológica a la que nos hemos referido²³.

III. Dignidad y “estándar de vida” digno

La Corte IDH ha sostenido que el respeto de los derechos laborales fundamentales impone garantizar al trabajador²⁴ y a sus familiares *disfrutar de una vida digna*. La contraprestación por el trabajo debe consistir en una remuneración que permita a los trabajadores y a sus familiares gozar de un *estándar de vida digno*. El trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que la persona desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano²⁵.

Se advierte que el Tribunal interamericano ha hecho una referencia general sobre las implicancias del concepto jurídico indeterminado que es la *dignidad*, al efectuar la pro-

20 En la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, en su artículo 3, se establecieron las condiciones consideradas primordiales del progreso y el desarrollo en lo social:

- a) La independencia nacional, basada en el derecho de los pueblos a la libre determinación;
- b) El principio de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados;
- c) El respeto a la soberanía e integridad territorial de los Estados;
- d) La soberanía permanente de cada nación sobre sus riquezas y recursos naturales;
- e) El derecho y la responsabilidad de cada Estado y, en lo que les concierne, de cada nación y cada pueblo, de determinar libremente sus propios objetivos de desarrollo social, fijar sus propias prioridades y escoger, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, los medios y métodos para lograrlos, sin ninguna injerencia exterior;
- f) La coexistencia pacífica, la paz, las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, cualesquiera que sean las diferencias existentes entre sus sistemas sociales, económicos o políticos.

21 La “libertad”, la “justicia” y la “paz en el mundo”, tiene por base, en el pensamiento de Gialdino, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, según lo proclama en primera línea el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, haciéndose eco, no casualmente, de lo expresado en el Tratado de Versalles de 1919, con motivo de la creación de la OIT (“la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”, parte XIII, Sección I) en correspondencia con la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia, 1944), anexa a la Constitución de ésta (art. II) y Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (OIT, 1998). Ver GIALDINO, Rolando, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 47.

22 En la tercera y actual etapa del constitucionalismo, que denomina “ecuménico” (que tuvo lugar luego de liberal —primero— y del social —acontecido en segundo lugar—), Rosatti señala como características salientes: a) la incorporación de nuevos derechos que asumen al hombre como partícipe de la humanidad, con derechos específicos como el derecho a la paz y al medio ambiente; y b) el reconocimiento internacional de los derechos humanos, con la posibilidad de ejercitar el control internacional de su vigencia al interior de los Estados. Asevera que la reforma constitucional de 1994 incorporó en Argentina los principios del constitucionalismo ecuménico (en particular en los artículos 41 y 75, inc. 22); cfr. ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 71 y 72.

23 Una concepción muy similar es la BIDART CAMPOS, Germán, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS- Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 77 y ss. Sobre la teoría trilateral del mundo jurídico puede verse GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6a. ed., 5a. reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/84; *Estudios Jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986.

24 Al emplear el sustantivo “trabajador”, debe entenderse que la referencia es a la “persona trabajadora”, que incluye a la mujer.

25 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Serie A Nº 18, párr. 157.

yección a la *vida del trabajador*²⁶. Dicho ello, también la Corte IDH ha establecido cómo la *dignidad* se expande en los diferentes aspectos de la vinculación laboral dependiente, no ya como sustantivo, sino como adjetivo: v.g. condiciones *dignas* de labor, trabajo *digno*, salario *digno*, vivienda *digna*.

Como derivación de lo expresado, la *dignidad* se constituye en el siguiente *estándar*: el respeto de los derechos laborales fundamentales impone la garantía para el trabajador y sus familiares a disfrutar de una *vida digna*. El trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.

IV. El derecho a trabajar

En la Opinión Consultiva OC-10 (1989)²⁷, la Corte IDH sostuvo que los Estados Miembros han entendido que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene y define los derechos humanos esenciales a los que la Carta de la OEA se refiere²⁸. Añadió que ambos instrumentos constituyen fuente de obligaciones internacionales, por lo que deben integrarse las normas de los mismos a fin de establecer el contenido y alcance del artículo 26 de la CADH²⁹. Esto se encuentra reforzado por su artículo 29.d, que prevé expresamente que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

En la Opinión Consultiva OC-18 (2003)³⁰, la Corte IDH entró de lleno a la consideración del artículo 3 del Protocolo de San Salvador, relativo a la obligación de no discriminación, interpretando este derecho en relación con el *derecho al trabajo*, establecido en el artículo 6 del Protocolo y con el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, previsto en el artículo 7 de dicho instrumento.

De modo complementario al diseño interpretativo, la Corte IDH en numerosos casos contenciosos citó la Observación General N° 18 del Comité DESC³¹, destinada a conceptualizar el derecho al trabajo y establecer su contenido, en el marco de lo dispuesto en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PI-

26 Sobre el tema, puede verse GIALDINO, Rolando, "Dignidad Humana y Derechos Humanos. Una relación indisoluble", en Revista Derechos Humanos, Cátedra UNESCO de Derechos Humanos/UNESCO/Universidad de la República, n° 1, Montevideo, 2003, pp. 29-69. Asimismo, SECO, Ricardo, "Un contenido para los términos 'dignidad de la persona humana'. Aportes desde el derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano", Revista Derecho Laboral, tomo LIII N° 239 julio-setiembre de 2010, fcu, Montevideo, 2010, pp. 459-478.

27 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 10, párrafos 43 y 45.

28 Específicamente, corresponde tener en consideración 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.

29 Se impone recordar 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 nuestro país, desde el año 2003.

30 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.

31 Comité de DESC, Observación General 18 (2005), El derecho al trabajo (artículo 6).

DESC³²). En concreto, se sostuvo que: “El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad” (párr. 1, Observación General N° 18, Comité de DESC).

IV. Los migrantes y sus derechos laborales

La Corte IDH, con sustento en la fuente universal³³, estableció determinadas características de los migrantes que justifican su protección, a saber:

- Ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Se presenta en un contexto histórico diferente para cada Estado y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales).
- Diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado.
- Prejuicios culturales (étnicos, xenofobia y racismo) que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, lo cual dificulta la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.
- El proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional.

A tales situaciones cabe agregar los conflictos estatales por divergencias de soberanía y/o, pujas territoriales - v.g. actual guerra entre Rusia y Ucrania -, fundamentalismos religiosos, entre otros, que conllevan a enfrentamientos bélicos en franca violación de estatutos e instrumentos internacionales.

1. Obligaciones de los Estados

Los Estados están obligados a cumplir un catálogo de obligaciones³⁴ calificados por la Corte IDH como “*estándares básicos*”, a saber:

- a. Garantizar a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, el principio de igualdad y no discriminación³⁵ (OC-18/03, párr. 107).

32 Artículo 6: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

33 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre “Migración internacional y desarrollo” de 1 de febrero de 2000. Cfr. OC 18/2003, cit., párrafos 111 a 115.

34 Sobre los migrantes y sus derechos, puede verse URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Derechos de los migrantes”, en REY CARO, Ernesto y RODRÍGUEZ DE TABORDA, María Cristina (dirs.), Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément, *Advocatus*, Córdoba, 2014, pp. 961-992. Asimismo, PIERMATTEI, Macarena, “Derechos humanos laborales respecto de los trabajadores migrantes”, en Desafíos actuales en Derechos Humanos Laborales N° 1, (dir. ARESE, César), Brujas, Córdoba, 2022, pp. 266/275.

35 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”; cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 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

b. El Estado puede iniciar acciones en contra del migrante irregular, respetando y garantizando el ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación por su regular o irregular condición, ni por otra causa, ya se trate de nacionalidad, raza, género o cualquier otra (OC-18/03, párr. 108).

c. El Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados respecto de los indocumentados, o entre migrantes y nacionales³⁶, condicionado ello a que ese trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.

d. El Estado debe respetar las garantías del debido proceso que implican³⁷:

Para el justiciable, que pueda hacer valer sus derechos *en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*; en el proceso, para alcanzar sus objetivos (realización de la justicia) *debe reconocerse y resolverse los factores de desigualdad real* de quienes son llevados a la justicia. *El principio de igualdad ante la ley y no discriminación* se proyecta también al ámbito procesal, porque las condiciones de desigualdad real obligan a la *adopción de medidas de compensación* que contribuyan a reducir o a eliminar los obstáculos que restringen la defensa eficaz de los intereses. De tal manera, “la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae*, sin discriminación alguna” (OC-18/03, párrafos 121 y 122). El debido proceso legal abarca cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional³⁸ y en cualquiera de los fueros (civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter), es decir, no sólo en el penal³⁹.

derecho internacional general...”. 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 y Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, cit., párr. 55.

Destacó al Tribunal interamericano que 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” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, párrafos 103 a 106).

La Corte 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 particulares (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “...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; énfasis propio).

Sintetizando, los Estados asumen las siguientes obligaciones:

- Deber de abstención: deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación (mediante leyes, disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter; actuaciones y prácticas de sus funcionarios que aplicando o interpretando la ley discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, etc.).
- Obligación de hacer: están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.
- Las distinciones que efectúen deben ser objetivas y razonables: reúnen dichos recaudos cuando se realicen respetando los derechos humanos y en función del principio pro homine.
- Garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, adjetivo y sustantivo: deben asegurar en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

36 En la mencionada OC-18/03, se citó como ejemplo que pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos; también pueden los Estados establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio (OC-18/03, párr. 119).

37 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, párrafos 97 y 115; y Corte IDH, caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párr. 146.

38 Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72, párr. 124; caso “Ivcher Bronstein vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74, párr. 102; caso “Del Tribunal Constitucional vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, Serie C N° 71, párr. 69; y Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 9, párr. 27.

39 Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros”, cit., párr. 127.

e. El Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea real y no solo formal (OC-18/03, párr.126).

f. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten (OC-18/03, párr.126).

2. Derecho del trabajo y los migrantes

Para la Corte IDH⁴⁰, la protección de la persona migrante trabajadora requiere considerar:

- El derecho del trabajo, en su vertiente nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, con independencia de cualquier otra consideración de carácter económica o social; de ello se sigue que cuando una persona trabaja, tiene garantizados sus derechos laborales con ajenidad a su situación migratoria.
- El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
- El Estado y los particulares en un Estado no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados.
- Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales a todos los trabajadores migrantes proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y para los terceros. Ello implica que el Estado tiene un rol relevante, tanto en las relaciones laborales generadas en el ámbito del derecho público como en las originadas en el del derecho privado.
- Cuando el Estado se constituye en empleador debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean estos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente.
- En las relaciones laborales regidas por el derecho privado, el Estado *tiene la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos*. Tal obligación abarca tanto los actos del poder público como los efectuados por personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, como asimismo cuando la violación de los derechos humanos sea llevada a cabo por un particular; en este último supuesto, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la CADH⁴¹.
- La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros (personas físicas o jurídicas) se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares

40 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados, cit., párrafos 133 a 139, 147 y 151. Respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes y sus derechos, se expidió la Corte IDH mediante la OC-21/14 del 24/11/2017, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional; Serie A, N° 24. Dicho instrumento reconoce el interés de los cuatro Estados Parte del MERCOSUR, destacándose al ser la primera vez que se presenta ante el SIDH un pedido de opinión consultiva por los cuatro Estados. Dicha circunstancia denota el reconocimiento de problemáticas comunes que afectan a la región integrada, y el compromiso de los solicitantes de articular la legislación y políticas públicas migratorias con el sistema de protección de los niños/niñas y adolescentes cuando ingresan a un país de manera irregular.

41 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, cit., párrafos 137 a 140. Téngase presente que desde los primeros casos contenciosos, la Corte IDH se ha expedido sobre los efectos erga omnes de las obligaciones asumidas por los Estados, incluyendo la responsabilidad internacional por el obrar ilícito de los terceros. Se sostuvo que “[...]Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 172; y caso “Godínez Cruz vs. Honduras (Fondo)”, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párrafos 181, 182 y 187.

y, por lo tanto, el derecho privado. En consecuencia, deben velar además para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos.

Según la Corte IDH, los derechos laborales que los Estados deben respetar y garantizar son los que el sistema jurídico, nacional (donde se incluyen las prácticas locales y específicas, además de lo que surge de las constituciones políticas, leyes, convenios colectivos, estatutos, decretos, etc.) e internacional (cualquiera sea el tratado del que sea parte), reconoce a los trabajadores (OC-18/03, párr. 155).

La interpretación de las regulaciones de orden internacional y nacional debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (*pro persona*), en este caso, al trabajador (*in dubio pro operario*). De ello se sigue que, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. Si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, se le deberán respetar y garantizar igualmente tales derechos. (OC-18/03, párr. 156).

3. Derechos y garantías de los trabajadores migrantes indocumentados

Los migrantes indocumentados que trabajen tienen derecho a la protección, respeto y garantía de sus derechos⁴². En el marco de los *derechos individuales* debe respetarse:

- la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio,
- la prohibición y abolición del trabajo infantil,
- la atención especial para la mujer trabajadora,
- el salario justo por trabajo realizado,
- la jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene),
- el descanso y
- la indemnización por despido incausado.

En orden a los derechos colectivos, el respeto y garantía incluye:

- la libertad de asociación
- la libertad sindical y
- la negociación colectiva.

Asimismo, tienen derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social como así también deben respetarse las garantías judiciales y administrativas.

Los trabajadores migrantes indocumentados, *poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo*, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos (OC-18/03, párr. 160).

III. Conclusiones y aportes

La carencia de fuentes internacionales específicas y adaptadas a la nueva realidad del siglo XXI (signada por conflictos estatales ante divergencias de soberanía y/o, pujas territoriales - v.g. actual guerra entre Rusia y Ucrania -, fundamentalismos religiosos, entre otros, con los consiguientes enfrentamientos bélicos, en franca violación de estatutos e

⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 157.

instrumentos internacionales) que regulen la situación laboral de los migrantes - sobre todo, los irregulares-, debe cubrirse recurriendo a los estándares sustantivos y adjetivos que surgen de los pronunciamientos de los órganos de protección de los derechos humanos establecidos en la CADH, como asimismo los de supervisión y control de los otros instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad. Ello se sostiene, a nivel regional, en la obligación asumida por los Estados de acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, de conformidad a lo establecido en el artículo 68 de la CADH; y a nivel universal, en la DUDH, Pactos y Convenios internacionales, todo, con jerarquía constitucional y suprallegal en el ordenamiento jurídico argentino.

De los pronunciamientos de la Corte IDH surgen los siguientes *estándares sobre las obligaciones de los Estados con los migrantes* respecto de los derechos laborales que corresponde les sean reconocidos, así como *las garantías judiciales*:

- ✓ Los Estados están obligados a garantizar a sus ciudadanos, y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, el principio de igualdad y no discriminación.
- ✓ Los Estados y los particulares no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados.
- ✓ Los Estados pueden otorgar un trato distinto a los migrantes documentados respecto de los indocumentados, o entre migrantes y nacionales; dicho trato diferencial está condicionado a que sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.
- ✓ Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales a todos los trabajadores migrantes proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y para los terceros. Ello implica que los Estados tienen un rol relevante, tanto en las relaciones laborales generadas en el ámbito del derecho público como en las originadas en el del derecho privado.
- ✓ La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros (personas físicas o jurídicas) también encuentra sustento en que son los Estados los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado. Por ello, deben velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos.
- ✓ Cuando el Estado se constituye en empleador, debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente.
- ✓ En las relaciones laborales regidas por el derecho privado, el Estado *tiene la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos*. Tal obligación abarca tanto los actos del poder público, los efectuados por personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, como asimismo cuando la violación de los derechos se lleve a cabo por un particular; en este último supuesto, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la CADH.
- ✓ Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

Respecto de los *derechos y garantías de los trabajadores migrantes*, los estándares sustantivos pueden ser esquematizados en los siguientes aspectos:

- ✓ El derecho del trabajo, en su vertiente nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, con independencia de cualquier otra consideración de carác-

ter económica o social; de ello se sigue que cuando una persona trabaja tiene garantizados sus derechos laborales con ajenidad a su situación migratoria.

✓ El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

✓ Los derechos laborales que los Estados deben respetar y garantizar son los que el sistema jurídico, nacional (donde se incluyen las prácticas locales y específicas, además de lo que surge de las constituciones políticas, leyes, convenios colectivos, estatutos, decretos, etc.) e internacional (cualquiera sea el tratado del que sea parte), reconoce a los trabajadores.

✓ Los migrantes indocumentados que trabajen tienen derecho a la protección, respeto y garantía de sus derechos, tanto individuales como colectivos.

✓ En el marco de los *derechos individuales* debe respetarse: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, la atención especial para la mujer trabajadora, el salario justo por trabajo realizado, la jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), el descanso y la indemnización por cese laboral.

✓ En orden a los *derechos colectivos*, el respeto y garantía incluye la libertad de asociación, la libertad sindical y la negociación colectiva. También tienen derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social y deben respetarse las garantías judiciales y administrativas.

✓ La interpretación de las regulaciones de orden internacional y nacional deben realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (*pro homine*), en este caso, al trabajador (*in dubio pro operario*). De ello se sigue que si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. Si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, se le deberán respetar y garantizar igualmente tales derechos.

✓ Los procesos en que se ventilen acciones judiciales que pueden iniciar los Estados en contra del migrante irregular, deben respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación por su condición regular o irregular, ni por otra causa, ya se trate de nacionalidad, raza, género o cualquier otra razón.



APLICACIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Giselle Cragolino¹

Sumario: I.- Introducción. Rol de la Corte. Control de convencionalidad. II.- Diálogo entre Cortes. III.- Empresas y derechos humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV.- Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. V.- Importancia de la Agenda 2030. Objetivos de Desarrollo Sostenible. VI.- Conclusiones.

Palabras clave: Derechos humanos - Empresas - Corte Interamericana - Principios rectores.

I. Introducción

Rol de la Corte. Control de Convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano judicial autónomo de la Organización de Estados Americanos cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana.

Ejerce una función contenciosa, de supervisión de sentencias y una función consultiva. Sus decisiones son jurídicamente vinculantes para los Estados parte y es uno de los tres Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos.

Está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal y no representan sus países de origen o residencia. Dentro de su función contenciosa, la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de Derechos Humanos aplicables al Sistema Interamericano.

¹ Abogada, presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Delegación Río Cuarto, Córdoba; doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales UNC; Especialista para la Magistratura UNSM; diplomada en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Universidad Austral; Especialista en Derecho Penal UNLP, Mediadora Judicial; Profesora Titular Experta en Cátedra Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Cátedra Mediación, Negociación y Arbitraje en Universidad Siglo XXI.

La CIDH tiene su sede en San José de Costa Rica.

Son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte y otros tratados de derechos humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

La organización, procedimiento y función de la Corte se encuentran regulados en la Convención Americana².

El Tribunal cuenta con un Estatuto aprobado por los Estados mediante Asamblea General de la OEA y un Reglamento expedido por la propia Corte.

En un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe no sólo interpretar las normas aplicables, sino también establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si ellos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte. Además, si fuera del caso, puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados³.

El artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye la base convencional para que la Corte pueda determinar en sus sentencias cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para dar cumplimiento a dicha obligación de reparar.

Dentro de las competencias de la Corte se encuentra la facultad de disponer que se reparen las consecuencias de la situación que haya configurado la vulneración a los derechos u obligaciones internacionales previstas en la Convención. Dicho artículo, también otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación.

El artículo 68 de la Convención Americana establece la obligación convencional que tienen los Estados de implementar tanto en el ámbito internacional como interno, de buena fe y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las sentencias. De no cumplirse el Estado puede incurrir en un ilícito internacional. Esta obligación vincula a todos los Poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del Poder Público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional. No pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado.

La Corte ha establecido que la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional. Por eso, cuando un Estado no cumple con las sentencias de la CIDH o no ejecuta en el ámbito interno las reparaciones dispuestas por ésta, se niega a las víctimas de violaciones de derechos humanos ese derecho.

² Convención Americana Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/bf32.html> Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte disponible en: <http://corteidh.or.cr/supervision.cfm>

³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "Incidencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno" en Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 2, noviembre, 2006, Chile, p.334.

Los Estados Parte, a través del art. 26 que trata sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica. Ello 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. Dicha Carta ha sido reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

El control de convencionalidad es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la CIDH.

Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al Tratado. Ello les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.

Esto significa que todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Ha dicho la Corte IDH que la responsabilidad del país —por el principio de continuidad del Estado— se origina con independencia de la época en la que se cometieron las violaciones.⁴

En el control de convencionalidad deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La CIDH⁵ determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de Derechos Humanos aplicables al Sistema Interamericano.

II.- Diálogo entre Cortes

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los tres tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos, conjuntamente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos.

Existe un Foro Permanente de Diálogo Institucional, atento a que las tres Cortes regionales han celebrado Foros Internacionales de Derechos Humanos en el año 2020 y 2021 donde

4 HITTERS, Juan Carlos, Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales, *La Ley*, Buenos Aires, 2007-C, p. 875. Ídem en *Estudios Constitucionales*, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, pp. 203- 222.

5 Disponible en: <https://corteidh.or.cr>.

han intercambiado visiones respecto a diversos asuntos de relevancia que están gestionando cada uno de los tribunales y promueven instancias de diálogo jurisprudencial.

Tienen por objetivo trabajar conjuntamente para fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo jurisdicción de los tres Tribunales. Persiguen contribuir con los esfuerzos estatales de fortalecer sus instituciones democráticas y desarrollar mecanismos de protección de derechos humanos. Asimismo, tienen por misión superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Cabe tener presente una definición de los Derechos Humanos como “la Gran Invención del siglo XX”. La positivización universal de los Derechos Humanos devenida inmediatamente después de las dos guerras mundiales es “la Gran Invención Humana del Siglo XX”, expresión señalada por Carlos Nino, referenciada por el Dr. César Arese.⁶

En esta época los Derechos Humanos se desconectan de cuestiones ontológicas, se proyectan estándares internacionales; colocan al hombre como titular de derechos, y se expanden de modo horizontal o transversal en la sociedad”.

El Corpus Jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

III.- Empresas y Derechos Humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de ONU en 1948, junto al PIDCP y sus dos protocolos facultativos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”, se conformó el plexo jurídico básico y universal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser parte en los Tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del Derecho Internacional, de respetar, proteger y realizar los Derechos Humanos.

En relación a los Derechos Humanos laborales, la CIDH indicó: “En una relación laboral regida por el Derecho Privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los Derechos Humanos entre los particulares. Una obligación positiva de asegurar la efectividad de los Derechos Humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados. Los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares. El hecho de que muchos derechos laborales formen parte de los derechos fundamentales resalta la jerarquización del Derecho del Trabajo y los valores que lo inspiran. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos nunca habla, sin más, del trabajador, sino, ante todo, de una persona que, además, trabaja, y que por ello, a los derechos que se desprenden de la dignidad intrínseca o inherente a su propia humanidad, se yuxtaponen los derivados del Derecho del Trabajo”.⁷

6 ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p.22.

7 ARESE, ob.cit., p.36.

El Estado de Derecho empresario constitucionalizado implica la democratización de las relaciones del trabajo a través de su constitucionalización con respaldo en los instrumentos supranacionales. En la civilidad democrática interempresaria se incluyen los principios y reglas derivados de la dignidad y equidad en las condiciones de trabajo del art. 14 bis de la CN.

En el año 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió dos sentencias con importantes conceptos en materia de Empresas y Derechos Humanos en los Casos: “Buzos Miskitos vs. Honduras”, cuya sentencia es del 31 de agosto de 2021 y “Martina Vera Rojas vs. Chile”, sentencia del 1 de octubre de 2021.

En el caso “Buzos Misquitos” la CIDH ordena a Honduras que regule el sector pesquero. Establece obligaciones en materia de empresas y derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como para los Estados que la han adoptado. En el marco de este caso se celebró una solución amistosa con el Estado hondureño, que asumió su responsabilidad internacional por las violaciones cometidas. La Corte crea una nueva jurisprudencia sobre empresas y derechos humanos, obligando a Honduras a regular el comportamiento de las empresas privadas. Sienta un precedente que pone foco en la responsabilidad de las empresas de los Estados miembros por las violaciones de los derechos humanos derivadas de sus actividades. La sentencia, que es la homologación del acuerdo celebrado entre el Estado de Honduras y los actores, Asociación Buzos Miskitos y damnificados, representa un importante avance para mejorar las condiciones de vida de una comunidad vulnerable, sino también para la construcción de estándares interamericanos en algunas materias aún no exploradas por la CIDH⁸.

La expresión “Buzos Miskitos” refiere a una comunidad indígena Miskita que habita en el Departamento de Gracias a Dios, ubicado al este de Honduras, en la costa atlántica, y que subsiste principalmente mediante la pesca submarina de mariscos y langostas. Esta actividad pesquera comenzó siendo de autosubsistencia y “a pulmón”, para de a poco convertirse en una industria extractivista, por medio del buceo y al margen de todo control estatal.

Es importante destacar que la región de la moskitia hondureña padece altos índices de pobreza, desnutrición, analfabetismo y desempleo, así como carencia de servicios básicos. Se estima que sobre un total de 9.000 buzos miskitos el 97% ha presentado algún tipo de síndrome y más de 4.000 han desarrollado alguna discapacidad debido a la falta de fiscalización estatal de las condiciones en las cuales se desarrolla la pesca submarina -una actividad de alto riesgo- en la región. Además, varios buzos han fallecido y otros se encuentran desaparecidos producto de las condiciones inseguras en que se desarrolla la actividad. Las medidas de reparación acordadas por la Corte buscan reparar de manera integral los daños ocasionados a las víctimas del caso y a sus familiares y establece garantías de no repetición. En la referida sentencia, el Tribunal reitera el deber del Estado de prevenir toda violación de los derechos humanos por parte de las entidades privadas que operan bajo su jurisdicción. Establece que dicho deber incluye la adopción de leyes y políticas específicas, incluida la diligencia debida y mecanismos de reparación. La CIDH afirma que las empresas son las primeras responsables de garantizar que sus actividades respeten los derechos humanos. La efectividad de las sentencias depende de su ejecución y, para ello, la propia Corte supervisa diariamente que los Estados estén cum-

8 CARRASCO Herencia, GILLESPIE, Kelsea, El Régimen de Empresas y Derechos Humanos en la CIDH, disponible en <https://agendaestadodederecho.com>.

pliando con las reparaciones ordenadas en sus sentencias a través de diversas formas (proceso escrito, audiencias, visitas y notas de la Secretaría del Tribunal). El proceso de supervisión debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en la sentencia mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento judicial.

En relación a los estándares internacionales de derechos humanos, la CIDH destaca la necesidad de que las empresas tengan “participación activa” en la búsqueda del respeto a los derechos humanos. Determina que la regulación de la actividad empresarial debe estar destinada a que las compañías realicen evaluaciones continuas respecto al impacto de sus actividades sobre los derechos humanos y que, dentro de sus posibilidades, establezcan mecanismos de rendición de cuentas de los daños causados.

La CIDH no se olvida del rol preponderante que en las últimas décadas han tomado las empresas transnacionales, y establece algunos lineamientos de atribución de responsabilidad considerando la particularidad de sus actividades.

Afirma que los Estados deben garantizar que estas empresas respondan por las violaciones a derechos humanos derivadas del desempeño de las actividades realizadas en su territorio. Menciona que estas medidas regulatorias deben estar orientadas a responsabilizarlas cuando se vean beneficiadas por la actividad de empresas nacionales que formen parte de su cadena productiva.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martina Vera Rojas vs. Chile” aborda el tema de la salud y el deber de los seguros médicos de respetar los derechos humanos. “Martina Vera” habla sobre el derecho a la salud de una niña con discapacidad y el deber del Estado de asegurar tal derecho.

Martina Vera Rojas nació con una rara condición conocida como Síndrome de Leigh, que afecta crónicamente las capacidades mentales y psicomotoras. En su ciudad natal, Arica, el hospital público no contaba con los medios necesarios para brindarle un tratamiento adecuado, obligando a sus padres a contratar un seguro privado de salud, ISAPRE, en 2007.

En 2010 ISAPRE canceló unilateralmente la póliza porque la condición de Martina era «progresiva e irrecuperable». La cancelación, que puso su vida en grave riesgo, fue técnicamente legal y se hizo de acuerdo con la normativa chilena de la época, como confirmó la Corte Suprema de Chile.

La CIDH hace referencia a los principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y se centra en el deber del Estado de regular y supervisar que las empresas privadas que ofrecen servicios públicos -como la salud- no afecten a los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas. Este fallo contribuye a asegurar una mayor supervisión y regulación por parte del estado hacia las compañías de seguros de salud. Esta postura asumida por la Corte Interamericana revela un límite a la postura empresarial de darle preeminencia a los beneficios económicos por sobre los derechos humanos de los ciudadanos.

IV.- Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos

En junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”.

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos son un instrumento internacional consistente en 31 principios para implementar el marco "Proteger, Respetar y Remediar" establecido por las Naciones Unidas para atender la cuestión de los estándares de la responsabilidad de las empresas multinacionales y la rendición de cuentas con relación a los derechos humanos.

El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en su Resolución 17/4 el 16/06/2011.⁹

Para proteger el Estado dicta las normas a efectos que se hagan efectivas en toda relación económica laboral y de las personas que están inmersas en ellas. Para respetar los Estados deben tener mecanismos internos que hagan efectivo los derechos de las personas y para remediar cuando una actividad económica genera algún tipo de afectación tiene que darse una solución a través del Estado de manera indirecta. La empresa debe establecer mecanismos por los cuales sus trabajadores puedan reclamar por los daños que han generado.

Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de las actuales obligaciones de los Estados de proteger, respetar y remediar los derechos humanos. El papel de las empresas, como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas, es que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos.

Es un instrumento dirigido a los Estados y Empresa comprensibles por todos los actores. Son un instrumento internacional consistente en 31 principios para implementar el marco "Proteger, Respetar y Remediar" establecido por las Naciones Unidas para atender la cuestión de los estándares de la responsabilidad de las empresas multinacionales y la rendición de cuentas con relación a los derechos humanos.

Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura. Los principios deben ser aplicados como buena práctica, para acciones que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres, la erradicación del trabajo infantil, el cuidado del medio ambiente, el uso de tecnologías amigables. Se elaboran estándares mínimos medioambientales, normas laborales, transparencia.

Son aplicables tanto al sector público como privado. Se recomienda que haya formación en derechos humanos para todo el personal que trabaje en las empresas. Se promueve que se eviten prácticas discriminatorias y promueven generar mayor inclusión dentro de cada empresa. Las empresas deben incluir los derechos humanos en sus estrategias de negocios.

Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.

Michelle Bachelet, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, en el décimo aniversario de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, ha

⁹ Disponible en: <https://ohchr.org/ungps10>

planteado el enorme papel de los Principios Rectores por su claridad conceptual y por ser una plataforma común de diálogo. Señaló que hay que identificar las diferentes funciones del Estado y las empresas a la hora de prevenir y abordar los impactos negativos de la actividad empresarial.

A modo de señalar los Principios más relevantes, podemos referir que como Medidas Preventivas de los Principios Rectores de Derechos Humanos y Empresa debe tenerse presente: 1.- El Deber del Estado de Proteger los Derechos Humanos: El Principio 1 A) señala los Principios Fundacionales: Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. 2. Medidas Preventivas: Los Estados deben enunciar claramente qué se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

El punto B señala Los Principios Operativos: Funciones reglamentarias y normativas del Estado de carácter general: El Principio 3 señala que en cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben: hacer cumplir las leyes que tengan por objeto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

El Principio 4 reseña el nexo entre el Estado y las Empresas: los Estados deben adoptar bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso la debida diligencia en materia de derechos humanos.

El Principio 5 señala que los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

El Principio 6 refiere que: los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad.

El Principio 7 promueve fomentar el respeto de los DDHH por las empresas en zonas afectadas por conflictos.

El Principio 13 señala la responsabilidad de respetar los derechos humanos, exige que las empresas: eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias

cuando se produzcan; traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

El Principio 14 indica que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

El Principio 15 indica que, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar. El riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos. Los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas: colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos. Deben prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual. Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación. Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.

El Principio 16 señala que para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios, haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal y los socios.

El Principio 17 refiere la debida diligencia en materia de derechos humanos: con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos: debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de

sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales. Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones. Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. El Principio 18 refiere: A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

El Principio 19 señala: para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas. Para que esa integración sea eficaz es preciso que la responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa; la adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos. Las medidas que deban adoptarse variarán en función de que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial; su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

El Principio 20 indica que a fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe: basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados; tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.

El Principio 22 establece la Reparación: Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.

Conversación normalizada sobre empresas y Derechos Humanos: La debida diligencia se fija como un estándar de conducta de la empresa y en relación a toda la cadena de suministro.

El Principio 23 contempla las cuestiones de contexto: en cualquier contexto, las empresas deben: cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen. Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas. Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

El Principio 24 dispone que cuando sea necesario dar prioridad a las medidas para hacer frente a las consecuencias negativas, reales y potenciales, sobre los derechos humanos,

las empresas deben ante todo tratar de prevenir y atenuar las consecuencias que sean más graves o que puedan resultar irreversibles si no reciben una respuesta inmediata. No se ha avanzado en la Prevención. Es importante mencionar que dichos principios rectores no tienen fuerza jurídica vinculante: se limitan a la voluntad de las empresas.

En Francia se adoptaron leyes que contienen el deber de diligencia y en Alemania leyes que regulan la cadena de suministro, lo que implica un avance destacable en relación a integrar la responsabilidad social en la gestión diaria.

En relación al punto: Principios Operativos señala el Acceso a Mecanismos de Reparación.

En el Principio 25 se señala, como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, que los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

El Principio 26 establece Mecanismos Judiciales Estatales en virtud del cual los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.

El Principio 27 detalla los Mecanismos Extrajudiciales de Reclamación del Estado: los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

El Principio 28 señala los Mecanismos de reclamación no estatales: Los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

El Principio 29 establece que para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.

V.- Importancia de la Agenda 2030. Objetivos de desarrollo sostenible

A medida que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consolida su jurisprudencia sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Objetivos de Desarrollo Sostenible podrían contribuir a establecer metas específicas para los Estados que podrían reforzar las garantías de no repetición y las reformas institucionales ordenadas por la CIDH.

La Corte podría utilizar este instrumento como elemento para medir el cumplimiento de los derechos humanos. Es importante destacar el papel de los ODS en el ámbito empresarial.

Hay un papel para los Objetivos de Desarrollo Sostenible dentro del Sistema Interameri-

cano de Derechos Humanos y nos queda a nosotros determinar las mejores formas de usarlo. En el año 2015 todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, un plan de acción a favor de las personas y el planeta en el cual se engloban los 17 ODS.

El Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 plantea promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles. Está relacionado con el principio *pro actione* o acceso a tutela judicial efectiva: la protección del ejercicio de las acciones destinadas a lograr el reconocimiento y plena efectividad de los DDHH se expresa en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los art. 8 y 25 de la CADH.

VI.- Conclusiones

En los casos “Buzos Miskitos” y “Martina Vera”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos avanza en la integración de los Principios Rectores de Derechos Humanos y Empresas, en particular con el artículo 1: obligación de respetar los derechos, artículo 2: adopción de medidas internas y artículo 25: derecho a la protección judicial.

Estos Principios así como los demás enunciados precedentemente representan un importante avance para la construcción de estándares interamericanos en algunas materias aún no exploradas por la Corte Interamericana.

En la visión de Luigi Ferrajoli, el reto de hoy es construir el Derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los Derechos Fundamentales. Son derechos fundamentales aquéllos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadano o personas con capacidad de obrar.¹⁰

Derechos humanos son los derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Estos casos demuestran que cuando una empresa privada afecta a los derechos de un individuo, la Corte está dispuesta a sentar precedente respecto a la responsabilidad de los Estados en relación a la falta de contralor de las empresas que operan bajo su jurisdicción. A partir de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes que surgen de los tratados.

En el caso que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos en el plano regional y global para presentar denuncias que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local.

Los Principios Rectores señalan que hay que identificar las diferentes funciones del Estado y de las empresas a la hora de prevenir y abordar los impactos negativos de la actividad empresarial. Es un enfoque basado en la rendición de cuentas ante la sociedad. La debida diligencia deja de ser una buena práctica para convertirse en una exigencia

10 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, 7º edic., Trotta, Madrid, 2010, p. 19.

jurídica. Estamos en un punto de inflexión para avanzar de manera más concreta en el respeto de los Derechos Humanos por parte de las empresas. La conversación sobre Derechos humanos se normaliza.

La debida diligencia es una actividad empresarial normal asociada al buen gobierno corporativo. En función de esta jurisprudencia de la Corte deben incorporarse criterios de comportamiento empresarial responsable. Esto, considerando que no sólo Honduras y Chile, sino toda la región latinoamericana, han visto vulnerados los derechos humanos por actividades empresariales.

Estos casos demuestran que se ven comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos por parte de una empresa, la Corte tiene jurisdicción para analizar el caso con relación al deber del Estado de regular la actividad empresarial. A partir de la ratificación de los tratados internacionales de DDHH, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes que surgen de los tratados.

Estamos en un punto de inflexión que propicia un avance más concreto en el respeto de los Derechos Humanos por parte de los Estados y las Empresas.

EL PLURIEMPLEO EN LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO: CONSIDERACIONES JURÍDICAS, PRÁCTICAS Y PROBLEMÁTICAS EN SU APLICACIÓN

Edder Hernán Piazza¹

Sumario: I. Introducción. II. La importancia del instituto de pluriempleo en la LRT. III. La importancia del instituto de pluriempleo en la LRT. IV. Tipos de contingencias que pueden ser susceptibles de pluriempleo. V. El pluriempleo y el procedimiento ante las Comisiones. VI. Trámite ante la Comisiones Médicas Jurisdiccionales y su conexión con la etapa judicial. VII. Consideraciones sobre el pluriempleo y la instancia judicial. VIII. A modo de conclusión

Palabras clave: Pluriempleo. Comisiones Médicas Jurisdiccionales. Trámite. Instancia judicial.

I.- Introducción

La Ley de Riesgos del Trabajo (en adelante LRT), ley 24.557, estableció dentro de su articulado una serie de situaciones especiales que podrían darse durante el período de una contingencia aceptada por el sistema. Estas situaciones no fueron reguladas de forma integral por la propia LRT sino que se encomendó su reglamentación al Poder Ejecutivo. De esta manera el art. 45, LRT, calificó como estas situaciones especiales a las siguientes: 1. Pluriempleo; 2. Relaciones laborales de duración determinada y a tiempo parcial; 3. Sucesión de siniestros y 4. Trabajador jubilado o con jubilación postergada.

Lo cierto es que dichas hipótesis son pasadas por alto por la mayoría de los autores y, si son encaradas, sólo lo realizan de manera superficial.

Dos de las hipótesis se encuentran reguladas por el decreto 491/97 (B.O., 4/6/97). El art. 3 se refiere al pluriempleo y el art. 14 prescribe sobre sucesión de siniestros.

En lo que respecta a los supuestos del trabajador jubilado y a tiempo parcial no encuentran reglamentación específica.

¹ Abogado (UNC), Especialista en Derecho Laboral (Convenio UNC-UNL y UCC), profesor Adjunto de grado de D'YSS de la UCC, publicista, Secretario de la Sala de Derecho Laboral y Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal e investigador de dicha universidad, Secretario Letrado de la Comisión Médica N°5, Córdoba, profesor de posgrado.

En las próximas líneas estudiaremos la importancia del instituto del pluriempleo en las contingencias cubiertas por la LRT, las hipótesis que prevé la normativa y su solución. También los problemas que presente su aplicación práctica tanto en el procedimiento administrativo ante las comisiones médicas como en la instancia judicial.

II. La importancia del instituto de pluriempleo en la LRT

Todo el sistema de la ley 24.557 fue diseñado en base de una relación laboral con un empleador y una aseguradora de riesgo de trabajo (en adelante ART). Casi la totalidad de la normativa establece ese principio general que se tramite a la denuncia y el procedimiento ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales (en adelante CMJ).

No obstante ello, el legislador estableció algunas excepciones como el supuesto del accidente *in itinere* entre dos trabajos y el supuesto de pluriempleo. Verificaremos más abajo si es posible en el caso del accidente *in itinere* pueden o no aplicarse las reglas del pluriempleo.

En estos dos supuestos se superponen o actúan en un plano de proximidad dos o más relaciones laborales, por ende, dos o más aseguradoras de riesgos del trabajo.

Puntualmente el supuesto de pluriempleo trae aparejado la incidencia de dos o más empleos en la consideración de la contingencia, sobre todo en lo referido al responsable del pago y la cuantificación de la indemnización.

Pero la problemática no sólo se limita a la relación de obligaciones entre el trabajador y las aseguradoras de riesgos del trabajo, sino que se proyecta fuera de dicho vínculo y alcanza la relación laboral propiamente dicha.

Pensemos el supuesto de una contingencia en donde se encuentren involucrados dos o más empleos: ¿Qué sucede con el empleo en que la ART no se hizo cargo de la contingencia? ¿Qué régimen jurídico se aplica en consonancia con el régimen jurídico de las licencias y en la relación laboral del empleo que la ART no se hizo cargo de la contingencia? Estas preguntas exceden el objeto del presente trabajo, pero quedan planteadas para un estudio más profundo del instituto.

Ahora nos centraremos en los problemas de la aplicación práctica del pluriempleo en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial como se adelantó en la introducción. En estas breves líneas trataremos de plantear los problemas y esbozar algunas propuestas de solución sin pretensión de agotar el debate.

III. Los supuestos previstos por la norma

En primer lugar debemos observar los supuestos establecidos por el decreto 491/97 y su alcance. El art.13 de dicha normativa establece algunas reglas de aplicación que resulta pertinente repasar.

a. Regla general

El inciso a) del art. 13 refiere que en el caso de pluriempleo *“las prestaciones serán abonadas, otorgadas o contratadas por la Aseguradora del empleador cuya actividad implique la presencia del agente de riesgo para el cual hubiera estado trabajando al momento de producirse la contingencia”*.

Conforme el modo como se encuentra redactado este primer inciso, podemos derivar sin esfuerzo que se está refiriendo a casos de accidente de trabajo (aunque aquí no existen “agentes de riesgos”) o enfermedades profesionales que son producidos por el hecho u ocasión del trabajo ocurridos para un empleador o cuyo agente de riesgo es exclusivo de uno de los empleos- en el caso de enfermedad profesional-. No está de más aclarar que cuando la norma hace referencia a aseguradora de riesgos del trabajo debemos ampliarlo a los supuestos de empleador sin ART y a los empleadores autoasegurados.

b. La regulación propiamente dicha del pluriempleo

Vemos los supuestos que establece el inciso b) del art.13:

- La circunstancia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional el hecho hubiese sido atribuible a más de un empleo.
- Las prestaciones, cuando acontezca la hipótesis anterior, deberán ser abonadas, otorgadas, o contratadas a favor del damnificado o sus derechohabientes por la ART respecto al cual el damnificado haya devengado mayor remuneración sujeta a cotización en el mes anterior a la primera manifestación invalidante.

Aquí se desprenden interrogantes como qué tipos de accidentes podrían configurar hipótesis de pluriempleo y si también debe incluirse el supuesto del accidente *in itinere* que ocurre en el trayecto de dos empleos. No obstante, no son los únicos cuestionamientos que despierta esta temática lo veremos a continuación.

c. La determinación del monto de las prestaciones en dinerarias

Según el inciso c) del art. 13, las cuantías de las prestaciones dinerarias, en el pluriempleo, se determinarán en relación con los ingresos base del trabajador en las actividades que impliquen la presencia del agente de riesgo, o respecto de los empleos para los cuales se hubiera encontrado trabajando en el momento de producirse el accidente.

En este punto encontramos uno de los efectos fundamentales del instituto del pluriempleo para el damnificado trabajador, es decir, su incidencia en el pago de las prestaciones dinerarias previstas por la LRT. Adelantamos que la referencia que se hace allí sería sólo de la indemnización y no la sustitución de salario. También aclararemos este punto.

d. Las relaciones internas entre el responsable del pago y el resto de los sujetos aseguradores intervinientes

La obligada al pago podrá repetir de las restantes aseguradoras los costos de las prestaciones abonadas u otorgadas en la proporción en que cada una de ella sea responsable. Quizás este punto sea el menos relevante para los trabajadores y sus letrados, pero no deja de ser un punto importante para los letrados de la parte deudora que puede ser una ART o un empleador sin seguro o con autoseguro.

IV. Tipos de contingencias que pueden ser susceptibles de pluriempleo

No cabe duda que para que exista técnicamente pluriempleo deben existir por lo menos dos relaciones laborales que confluyen en la producción de la contingencia.

Veamos a continuación los tipos de contingencia en los que se podría configurar y aplicar el instituto del pluriempleo:

a. Accidente de trabajo

Aquí nos referiremos a los accidentes de trabajo por el hecho y en ocasión del tra-

bajo. Debemos imaginar supuestos en donde dos o más empleos son desarrollados de forma conjunta para que el accidente de trabajo pueda ser atribuibles a los dos empleos. No son muchos los ejemplos que podemos citar para estos casos.

Pensemos una hipótesis de un trabajador con un contrato de trabajo con la modalidad a tiempo parcial (art.92 ter, LCT). El inc. a) del art. 13, del decreto 491/97 indica que si accidente (la norma refiere a agente de riesgo) se produce en la oportunidad de desempeñar la tarea para un empleador deberá la ART de este empleador cubrir la contingencia. Esto es en lo que ocurre en todos los supuestos de accidente de trabajo. Esto es, que por más que la modalidad del contrato de trabajo permita la prestación sucesiva de más de una relación de trabajo el instituto no sería de aplicación.

Las consecuencias de esta interpretación sería que el empleador del trabajo en donde ocurrió la contingencia debería denunciarla a su ART quedando para con él en periodo de incapacidad laboral temporaria (art.7°, LRT) y para los otros empleos, bajo el régimen de accidente inculpable previsto por el art. 208 y siguientes de la LCT.

Por lo tanto, debemos descartar toda argumentación que pueda considerar supuestos de pluriempleo cuando no exista ninguna conexión entre los dos o más empleos, ya sea por accidente de trabajo o enfermedades profesionales. Dicha interpretación va en total contramano con el fundamento del instituto del pluriempleo que es, justamente, la conexión inmediata y directa (o indirecta como el accidente *in itinere*) de dos o más empleos en la ocurrencia de la contingencia. Esta hipótesis queda totalmente aclarada en el art.13, a), de decreto 491/97 refiere, recordemos, que cuando el “agente de riesgo” (aquí la utiliza extensivo para accidente y enfermedades, aunque técnicamente ese vocablo solo se refiere a las enfermedades profesionales) sólo es imputable a dicho empleo por ende solo será la ART de ese empleador la que deba afrontar las prestaciones.

Podríamos pensar en la hipótesis de un trabajador regido por el estatuto especial de viajantes de comercio (ley 14.546) que existe una modalidad contractual por el cual un trabajador puede ser autorizado a concretar negocios por cuenta de varios comerciantes, siempre que ellos no comprendan mercaderías de idéntica calidad y características. Puede suceder que un trabajador cuando se encuentre trabajando en su jornada de trabajo, para dos o más empleadores, sufra un accidente de trabajo por el hecho u ocasión de su trabajo. Haciendo un esfuerzo interpretativo podríamos ingresar dentro este supuesto la hipótesis de pluriempleo.

Otro supuesto podría ser el trabajador que teletrabaja para varios empleadores de forma no exclusiva. La ley 27.555 estableció la modalidad del teletrabajo en nuestro país. Atento la flexibilidad en las prestaciones de servicios y siempre que las condiciones contractuales lo permitan (no exclusividad y incompatibilidad horaria) un trabajador podría teletrabajar para dos o más empleadores dentro de la misma jornada laboral.

Fuera de estas hipótesis, de suma excepción en la práctica, es muy difícil imaginar otros supuestos de accidente de trabajo dentro de la hipótesis de pluriempleo.

b. Accidente *in itinere*

Como regla general el accidente *in itinere* se produce cuando el hecho súbito y violento acontece en el trayecto entre el domicilio real del trabajador y el domicilio laboral

o donde el trabajador realiza la prestación de servicio para la cual fue contratada.

La norma, dentro de las excepciones a las interrupciones permitidas en el trayecto, establece la situación en el que el dependiente- finalizada la jornada laboral- se dirige a otro empleo de forma inmediata. Justamente en ese trayecto a donde el trabajador es donde padece un hecho súbito y violento.

La normativa, art. 4, b) del decreto 491/97, establece que el responsable de la contingencia será la ART del empleador de destino, es decir, a donde se dirigía una vez terminada la jornada laboral del primer empleo.

Aquí la cuestión a considerar es si al momento de determinar las prestaciones dinerarias deben integrarse los ingresos-base mensuales como si fuese un supuesto de pluriempleo.

Existen argumentos para considerarlo así, pero también existen argumentos para no considerarlo como un supuesto de pluriempleo. Recorramos a continuación las posturas.

Veamos los fundamentos por los cuales se podría considerar al accidente *in itinere* entre dos trabajos como un supuesto de pluriempleo:

1. Como lo hemos expuesto más arriba es uno de los supuestos en donde dos empleos tienen incidencia indirecta en la ocurrencia de la contingencia. Primero por dejar un empleo y luego el otro por dirigirse a éste.
2. El hecho de no considerarlo un supuesto de pluriempleo dejaría al trabajador en empleo cuya ART no se hizo cargo de la contingencia en desventaja con relación a las prestaciones dinerarias y el régimen de licencia por accidente a aplicar.
3. En los dos supuestos, tanto el regulado por el art.4° como el art. 13 del decreto 491/97 hacen alusión a la posibilidad de repetir una ART de la otra de forma proporcional. Se podría inferir que de ello deriva la integración de los IBM para el pago de la indemnización.
4. Si el intérprete se encuentra ante una duda insuperable en la decisión deberá estar a las previsiones establecidas por el art.9°, de la ley 20.744. Esta norma establece que si la duda recayere sobre la interpretación o el alcance de la ley los encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

Analicemos los fundamentos para rechazar la posibilidad del que este tipo de accidente *in itinere* sea considerado como un supuesto de pluriempleo:

1. El art. 13, inc. b), del decreto 491/97 expresamente refiere a "*accidente de trabajo o de la enfermedad profesional*". Aquí no se hace ninguna mención de accidente ocurrido en el trayecto de dos empleos.
2. El art. 4° del decreto 491/97 cuando reguló sobre el accidente *in itinere* no hizo ninguna remisión o referencia a lo prescripto por el art.13 de esa misma normativa.
3. No hay ninguna referencia en las normas estudiadas que el caso del accidente *in itinere*, entre dos empleos, el ingreso base mensual debería estar integrado por los dos empleos. Si hubiese sido la así la intención legislativa debería haber quedado plasmado en la norma.

c. Enfermedad profesional

Las consideraciones sobre este tipo de contingencia las estudiaremos en el punto referido a la denuncia.

V. El pluriempleo y el procedimiento ante las Comisiones Médicas

Una de las problemáticas centrales del instituto bajo estudio es cómo es su tratamiento ante el procedimiento de Comisión Médica Jurisdiccional (CMJ). Ello tiene incidencia directa en la denuncia de la contingencia, el eventual trámite a seguir ante la CMJ y posteriormente la determinación del ingreso base mensual.

V.1 La denuncia de la contingencia

El régimen de la denuncia se encuentra regulado por el decreto 717/96 (B.O., 12/7/96) y la resolución SRT 525/15 (B.O., 27/2/15). Como lo dijimos al inicio todo el régimen de riesgos del trabajo se encuentra centrado en la intervención de una ART. Por ende, todo el régimen de denuncias y trámite ante la CMJ sigue la misma lógica. Veamos a continuación las consideraciones que deberían tenerse en cuenta según el tipo de contingencia que se trate.

V.2 La denuncia de accidente de trabajo y accidente in itinere

Resulta de fundamental importancia el instituto de la denuncia en el pluriempleo. Lo importante es la ART de cada empleador involucrado debe recibir la denuncia de la contingencia. No podría alegarse este instituto tanto el procedimiento administrativo, y mucho menos en el judicial, cuando no se realizó la denuncia en tiempo oportuno a todas las ARTs de los empleadores que tiene incidencia con la ocurrencia de la contingencia.

La pregunta sería:¿ cuándo debe realizarse la denuncia, de qué forma y a quién debería ir dirigida?

La respuesta de cuándo debe realizarse la denuncia se encuentra en la resolución SRT 525/15 dónde el trabajador o sus derechohabientes deben efectuar la denuncia de la contingencia ante los empleadores que intervienen en la contingencia. En el supuesto del accidente por el hecho o en ocasión del trabajo serán dos o más empleadores involucrados. En el caso de los accidentes in itinere (en la medida que se comparta la postura que entiende que puede ingresar como un supuesto de pluriempleo) será tanto al empleador del trabajo de donde partió como el empleador del empleo a donde se dirigía.

Esto resulta independiente a la ART del empleador que en definitiva tome a cargo la contingencia y es los fines de garantizar el derecho de defensa de las aseguradoras intervinientes. No debemos olvidar que, según la normativa vigente, las ARTs involucradas tienen responsabilidad en el pago de las prestaciones dinerarias. En consecuencia si una de las ART no fue anoticiada de la contingencia y no ha podido hacer valer su derecho de defensa, no podría tampoco imponérsele la obligación de pago ni administrativa ni judicialmente.

V.2.1 Las actitudes que pueden asumir las ARTs una vez recibida la denuncia son las siguientes:

1. Las ARTs pueden aceptar la contingencia. Pero una de ellas puede indicar que será otra ART la que deba cubrir la contingencia ya sea porque es ese empleo con mayor salario sujeto a aporte o, en el caso del accidente in itinere, el que deba cubrir las prestaciones será la ART del empleador de destino (siempre haciendo la salvedad si se aceptare esta postura que no es la postura mayoritaria);
2. Las ARTs rechazan la contingencia. En ese caso deberá iniciarse los trámites de rechazo de la contingencia por cada uno de los empleos;

3. Sólo una ART acepta la contingencia. En este caso si se quiere hacer valer como un supuesto de pluriempleo deberá iniciarse el trámite de rechazo de la contingencia con la ART que rechazó la cobertura y lograr revertir el rechazo en la CMJ;

4. Que alguna de las ARTs guarde silencio. En este caso quedarán bajo las previsiones del art.6° del decreto 717/96.

V.3 La denuncia de la enfermedad profesional

Creemos que el supuesto por antonomasia en la aplicación del pluriempleo es la enfermedad profesional. Este tipo de contingencia es donde más claro se puede observar el funcionamiento del instituto.

Para la configuración de pluriempleo en la enfermedad profesional es necesario que el agente de riesgo se encuentre presente en dos o más empleos.

La pregunta que debemos responder es si es necesario que las dos relaciones laborales se encuentren vigentes a la fecha de la primera manifestación invalidante. Más adelante daremos nuestra posición al respecto.

Existen muchos trabajadores que tienen más de un empleo, que se encuentran expuestos al mismo agente de riesgo atento que su profesión u oficio implican la realización de la misma tarea para cada uno de los empleadores que se desempeñan.

Pensemos en caso de trabajadores docentes públicos o privados de cualquier nivel y la sobrecarga en el uso de la voz como agente de riesgo. O trabajadores de casas particulares en relación con gestos repetitivos o la utilización de determinado diluyente abrasivo. O cualquier otro empleo que implique la exposición de un agente de riesgo similar en más de un empleo, como puede ser un trabajador que preste tareas 4 horas en un corralón de materiales de la construcción y 4 horas en otro corralón en donde se encuentre presente por ejemplo el agente de riesgos carga, posiciones forzadas y gestos repetitivos. En relación con la denuncia y las respuestas que puede realizar la aseguradora remitimos a lo dicho en el caso de los accidentes de trabajo.

Pensamos que la primera manifestación invalidante podría darse una vez terminada la relación laboral, dentro del dos años del cese- art. 44.1, LRT- (siempre que la exposición se hubiese dado en forma conjunta en algún periodo en los empleos) y aun así configurar un supuesto de pluriempleo. Aquí lo importante es la exposición haya tenido un periodo de conexión entre los dos o más empleos.

Por el contrario, entendemos que si la exposición se produce sin que exista otro empleo en donde acontezca una exposición simultánea, bajo el mismo agente de riesgos, estaríamos presente en la hipótesis del apartado a), art. 13, del decreto 491/97 y no configuraría un supuesto de pluriempleo.

VI. Trámite ante la Comisiones Médicas Jurisdiccionales y su conexión con la etapa judicial

Estudiaremos a continuación los casos en donde un supuesto de pluriempleo puede tener incidencia en el trámite ante CMJ, como lo es el caso de rechazo de la contingencia y la divergencia o determinación de la incapacidad.

VI.1 Trámite de rechazo de la contingencia

Cuando hicimos referencia a la denuncia advertimos que existía la posibilidad que una de las ART o las dos rechacen la contingencia. Analicemos las hipótesis que pueden darse en el trámite ante la CMJ:

a. Las ARTs rechazan la contingencia por los motivos que prevé la resolución SRT 179/15. En este caso debe iniciarse el trámite del rechazo de la contingencia para los rechazos que hayan realizados las ARTs intervinientes. Deberá aclararse en cada uno de los trámites iniciados que se trata de un supuesto de pluriempleo que se encuentra relacionado con el resto de los reclamos. Ello debe ser así atento que no pueden iniciarse todos los rechazos en un mismo expediente ya que se tratan de diferentes empleadores en donde se realizó la exposición del agente de riesgo, aunque las patologías que se reclaman sean las mismas.

b. Puede suceder que la CMJ revierta todos los rechazos, que sería la mejor situación para el trabajador. En este caso será la ART del empleador con mayor aporte sujeto a cotización el que deba dar las prestaciones debidas al trabajador.

Dentro de este supuesto se debe aclarar lo siguiente: las prestaciones en especie son únicas y deberán ser soportadas por la ART del empleador con mayor salario sujeta a cotización. Pero en cambio las prestaciones dinerarias de sustitución de salario, por el periodo de incapacidad laboral temporaria, deberán ser soportadas por cada una de las ARTs que aceptaron la contingencia con agente de riesgo común. Ahora la prestación dineraria vinculada a la indemnización también deberá ser afrontada por la ART del empleador con mayor salario sujeto a aporte, sin perjuicio el derecho a repetición. Otra interpretación importaría un enriquecimiento sin causa de las aseguradoras con respecto a la ART encargada de las prestaciones en especie y pago de las prestaciones dinerarias por el periodo de ILT (art. 13, punto 1. de la LRT).

c. También puede darse que, en la sede administrativa, se ratifiquen todos los rechazos. En este caso el trabajador habrá agotado la vía administrativa y deberá solicitar en la Justicia el reconocimiento como laborales de las enfermedades reclamadas, como así también, deberá plantearse el supuesto de pluriempleo.

d. En el supuesto que alguna de la contingencia contra alguna de las ARTs intervinientes sea ratificado el rechazo por la CMJ y otras revertidas no podrá plantearse el supuesto de pluriempleo dentro de trámite de CMJ. Eventualmente deberá instarse, una vez agotada la vía en las enfermedades reconocidas como laborales, sumado a los que fueron ratificados los rechazos en la vía judicial.

VI.2 Trámite de determinación de la incapacidad

Cuando se hace mención a la determinación de incapacidad hacemos referencia al trámite de determinación de incapacidad, divergencia en la determinación de la incapacidad, caso mortal e informe de valoración del daño (resoluciones SRT 298/17 -BO 24/7/17- y resolución 20/21 -BO 14/5/21- y sus modificatorias).

Para que pueda iniciarse algún trámite relativo a la determinación de incapacidad es necesario que se hayan dado los siguientes requisitos:

1. Denuncia a las ARTs intervinientes
2. Aceptación por parte de las ARTs
3. En el caso de rechazo de todas las ARTs o algunas de ellas debe haberse iniciado el trámite de rechazo de la contingencia.
4. El eventual trámite de rechazo de la contingencia se haya revertido el rechazo de todas o algunas de las ARTs.
5. Que la ART que haya quedado como obligada a otorgar las prestaciones haya efec-

tuado el alta médica en caso de incapacidad parcial o total. Luego el trámite de determinación de incapacidad, en todas sus posibilidades, se iniciará sólo con la ART que haya tomado a cargo la contingencia. Entendemos que los fines de garantizar el derecho de defensa de la otra u otras ARTs, previo a la firma de un posible acuerdo conciliatorio ante el Servicio de Homologación, debería correrse vista de todo lo actuado a los fines que manifieste su posición y haga valer sus posibles defensas.

VI.3. La integración de los ingresos base mensuales

El art.13, inc. c), del decreto 491/97 establece que deberán considerar los ingresos base de los empleos en donde se encuentre presente el agente de riesgo o los empleos en los cuales se haya encontrado trabajando al momento de producirse el accidente.

Es por lo que, previo a la determinación del monto indemnizatorio por parte de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, es necesario que se acompañen los recibos de haberes de los empleos a considerar por el periodo de tiempo que establece el art.12. 1, de la LRT. Esto podrá ser suplido si los empleadores han denunciado correctamente dicho haberes al Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS).

Una vez calculado el ingreso base mensual integrado por los diferentes salarios de los diferentes empleos se podrá determinar el monto de la indemnización. Determinada la indemnización se pondrá a consideración dichos cálculos y montos tanto a la ART como a la parte trabajadora. Oportunidad que entendemos que debería correrse vista a la ARTs no intervinientes en el procedimiento administrativo.

Luego seguirán las reglas de aceptación o no del acuerdo propuesto por las partes conforme lo establece la resolución SRT 298/17.

VII. Consideraciones sobre el pluriempleo y la instancia judicial

Entendemos que para que un expediente judicial pueda plantearse el pluriempleo debería darse los siguientes requisitos:

1. Que se haya denunciado la contingencia a las ARTs intervinientes.
2. En caso de rechazo de algunas o todas las ARTs deberá acreditarse haberse tramitado el procedimiento de rechazo de la contingencia ante la CMJ. En el caso de reversión de todos los rechazos por parte de la CMJ la instancia administrativa no se encontraría expedita. "En el supuesto de reversión parcial, cuando la Comisión Médica ha revertido el rechazo sólo contra alguna ART y no contra otras, se podría iniciar la demanda judicial una vez agotada la vía administrativa en las contingencias aceptadas o aceptada."
3. En los supuestos de aceptación de todas las ARTs intervinientes o producida todas las reversiones de rechazo se deberá iniciar el trámite de determinación de incapacidad que corresponda. Aquí para que se tenga expedita la vía administrativa la CMJ no debería fijar porcentaje de incapacidad alguno o algunas de las partes no acordar en el Servicio de Homologación. De esta forma se podrá iniciar la demanda por el trámite provincial que corresponda.

VII.1. A qué ART demandar

Recordemos que en el trámite de determinación de incapacidad sólo va a participar la ART del empleo con mayor salario sujeto a cotización (sin perjuicio de las consideraciones hechas en relación con el derecho de defensa de la otra u otras ARTs).

Creemos que una alternativa válida, según las posibilidades de cada uno de los códigos procesales, sería demandar a la ART interviniente en el trámite ante CMJ y citar como tercera interesada al resto de la o las ARTs con derecho de ser repetidas.

De esta forma entendemos que se garantizan los derechos de defensa de las partes y la posibilidad que el trabajador perciba la prestación dineraria conforma la normativa vigente.

VIII. A modo de conclusión

Estamos en presencia de un instituto de suma excepción que presenta múltiples aristas y que no ha sido regulado de manera exhaustiva. Esta falta de regulación genera dudas e incompatibilidades con el resto del sistema.

Una de las principales incompatibilidades se encuentra en el instituto de la denuncia de la contingencia ya que no existe un procedimiento específico de anoticiamiento a las aseguradoras. Ello lleva, en la práctica, que sólo se denuncie a una de las ART intervinientes, para luego hacer valer el instituto del pluriempleo en la instancia administrativa o judicial.

En relación con este punto hemos desarrollado brevemente las previsiones que debería tener el requirente un caso del pluriempleo al momento de realizar la denuncia, para que luego no tenga un desenlace negativo en su pretensión de acumulación en las prestaciones en dinerarias indemnizaciones.

Con relación al procedimiento ante Comisiones Médicas, atento que el sistema diseñado no permite la tramitación simultánea con la intervención de dos ARTs, ello podría ser salvado, como lo indicamos, con el anoticiamiento a la o las ARTs no intervinientes. De esta forma quedaría a salvo el derecho de defensa de dichas aseguradoras.

Hemos hecho referencia de todos los supuestos relativos al rechazo de la contingencia y las actitudes que debería tomar el interesado en el reconocimiento de su derecho. Nos referimos al supuesto los supuestos de determinación de incapacidad.

También hicimos hincapié en la necesidad de la correcta tramitación de la instancia administrativa y su incidencia en el proceso judicial.

Esperamos que este pequeño aporte sea una gota de agua en el desierto doctrinario de este instituto y aclare ciertos puntos problemáticos.



ALGUNOS TEMAS CLAVES SOBRE EL TRABAJO EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA.

NUEVOS APORTES DE LA ENCÍCLICA FRATELLI TUTTI DEL PAPA FRANCISCO. SINTETIZADOS

Ricardo Francisco Seco¹

Sumario: I. Introducción. II. Ubicación del tema. III. Temas claves de la DSI sobre el trabajo. IV. Aportes de Fratelli tutti. IV. Conclusión.

Palabras clave: Doctrina - Iglesia - Magisterio - Función social - Destino común.

I.- Introducción

En la segunda reunión plenaria 2022 de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, que presidimos y que se ubica en el ámbito del Instituto de Investigaciones en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal de Córdoba, se trató el tema de la empresa desde diversos puntos de vista.

Uno de ellos fue desde el pensamiento social de la Iglesia Católica y estuvo a mi cargo. Empero, en vez de exponer por escrito sólo la enseñanza magisterial sobre la empresa desde aquella perspectiva para el libro de la Sala de este año, consideramos más conveniente actualizar una publicación anterior, de mucho más amplio alcance, pero que aún es sumamente actual².

Así lo entendemos porque en el ámbito universitario- y más en el doctrinario laboral- no se ha debatido ni se ha escrito lo suficiente y menos se ha profundizado tan lúcida enseñanza que ilumina el tema.

Por ello, con aquella aclaración y con algunas modificaciones, insistiremos con esa temática amplia, con la absoluta convicción de que el aporte del Magisterio Social de la Iglesia Católica, iniciado en 1891 con la carta encíclica *Rerum novarum* del papa León XIII, ha prestado y presta un servicio de guía e inspiración sumamente destacable al iuslaboralismo. Esa perspectiva en el ámbito universitario no puede ser ignorada.

¹ Abogado y notario (UCC), doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), profesor titular de grado de DTySS de la UCC y UBP y de posgrado de varias universidades, publicista, Presidente de la Sala de Derecho Laboral y Procesal Laboral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Blas Pascal e investigador de dicha universidad, exvocal de la Cám.Civ.,Com.,Trab. y Flia., Cruz del Eje

² Véase SECO, Ricardo Francisco. Algunos temas claves de la Doctrina Social de la Iglesia acerca del trabajo sintetizados. Aportes de la encíclica Fratelli tutti del papa Francisco, RC D 3242/2020.

En consecuencia, la rica enseñanza magisterial sobre la empresa únicamente quedará para otra ocasión.

II. Ubicación del tema

1.- El nombre y la preocupación

Usaremos como sinónimos a los términos Doctrina Social de la Iglesia, Enseñanza Social de la Iglesia, Pensamiento Social de la Iglesia y Magisterio Social de la Iglesia, a pesar de que algunas diferencias tienen.³⁻⁴

A fines del siglo XIX se advirtió un protagonismo del papado en un mundo que cada vez se mostraba más hostil hacia él. Fue entonces que aquél intervino por medio de documentos oficiales, con carácter universal en razón del contenido y sus destinatarios: las cartas encíclicas.⁵

"Doctrina" viene de la palabra latina "*docere*", que significa "enseñar"; el "adjetivo social aplicado a la doctrina" implica que la enseñanza tiene como objeto "las relaciones sociales de los hombres que se dan a partir de lo económico, lo social, y más tarde se agregan lo político, la familia, la educación, las relaciones internacionales, la paz, etc."⁶ Ella pertenece a la Iglesia Católica Apostólica y Romana.

2. Definiciones de la DSI⁷

Una de ellas dice que la DSI es el "conjunto de las declaraciones oficiales del magisterio acerca de las relaciones sociales".⁸

Otra clásica dice que la DSI es: "*Conjunto sistemático de verdades, valores y normas, que el Magisterio vivo de la Iglesia- fundándose en el derecho natural y en la Revelación- aplica a los problemas sociales de cada época, a fin de ayudar- según la manera propia de la Iglesia- a los pueblos y gobernantes, a construir una sociedad más humana, más conforme a los planes de Dios sobre el mundo*".⁹

La DSI es "un '*corpus*' doctrinal renovado que se va articulando a medida que la Iglesia, en la plenitud de la Palabra revelada por Jesucristo y mediante la asistencia del Espíritu Santo, lee los hechos según se desenvuelven en el curso de la historia".¹⁰

Ella contiene "principios de reflexión, normas o criterios de juicio, y directrices para la acción".¹¹ Es esencialmente normativa y mira a la acción.

3 CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA, Orientaciones para el estudio y enseñanza de la Doctrina Social de la Iglesia en la formación de los sacerdotes, 1988, 1; JUAN PABLO II, Carta encíclica *Centesimus annus*, 3, 1991.

4 CAMACHO Ildelfonso, Doctrina Social de la Iglesia. Una aproximación histórica, Paulinas, Madrid, 1991, p.13.

5 Ídem nota anterior.

6 GUERRY, E., "La Doctrine Sociale de l'Eglise", París, 1962, p.13, citada por FARREL, Gerardo, Doctrina Social de la Iglesia, Guadalupe, Buenos Aires, 1ª edición, 1983, p.20.

7 SECO, Ricardo Francisco, Elementos de Doctrina Social de la Iglesia, Alveroni, Córdoba, 1997, p.17/37

8 FARREL, Doctrina Social de la Iglesia, ob.cit.; BIDART CAMPOS, Germán J., Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 2003, p.15.

9 Citada por SEIJO, Mario Pedro y NUMA SÁNCHEZ, Alcides, Manual de la Doctrina Social de la Iglesia, Claretiana, Buenos Aires, Junta Central de la Acción Católica Argentina, 5ª edición, 1985, p.9.

10 JUAN PABLO II, carta encíclica *Sollicitudo rei socialis*, 1, 1987.

11 PABLO VI, carta apostólica *Octogésima adveniens*, 4, 1971; Juan Pablo II, *SRS*, 3 y CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción *Libertatis conscientia*, 1988, 72; 73; 74.

Ella es “el Decálogo más el Evangelio aplicados por la Iglesia a la cuestión social”, o “simplemente la declaración por el Magisterio de las implicancias sociales del Evangelio”.¹² Se manifiesta a través de cartas encíclicas (etimológicamente cartas circulares), mensajes, declaraciones, exhortaciones y documentos varios.

3. Su causa eficiente, su autor

Quien la elabora y quien es su responsable es el Magisterio vivo de la Iglesia, aquéllos a quienes Cristo mismo dejó como maestros de su Iglesia (Mt 28,18; Jn 20,21) *el Papa y los Obispos*, sea en conjunto o individualmente, siempre en comunión con el primero, incluyendo los Concilios, los organismos de la Santa Sede y los Episcopados continentales o nacionales.

También las comunidades cristianas deben “...discernir, con la ayuda del Espíritu Santo, en comunión con los obispos responsables, en diálogo con los demás hermanos cristianos y todos los hombres de buena voluntad, las opciones y los compromisos que conviene asumir para realizar las transformaciones sociales, políticas y económicas que se considera de urgente necesidad en cada caso...”.¹³

4. Fuentes de la DSI

Clásicamente se considera como tales a la ley natural, a la Revelación y a la Tradición de la Iglesia.

Modernamente se precisa que ellas “son la Sagrada Escritura y las enseñanzas de los padres y de los grandes teólogos de la Iglesia y del mismo Magisterio”.¹⁴

5. Objeto material y formal de la DSI

El objeto material de la DSI está constituido por “*las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional.*”¹⁵

“La enseñanza social de la Iglesia nació del encuentro del mensaje evangélico y de sus exigencias- comprendidas en el mandamiento supremo del amor a Dios y al prójimo y en la justicia- con los problemas que surgen de la vida en sociedad”.¹⁶

El objeto formal es “*la luz de la fe y de la tradición eclesial*”. Aún dentro de la teología “se distingue por una perspectiva propia más determinada”, pues “su objetivo principal es *interpretar esas realidades, examinando su conformidad o diferencia con lo que el Evangelio enseña acerca del hombre(...)* para orientar en consecuencia la conducta cristiana” (SRS,41).¹⁷

6. Ubicación epistemológica

En la actualidad epistemológicamente se ubica a la DSI como *teología, y especialmente como teología moral* (Juan Pablo II, SRS,41 y CA,55).

12 FARREL, Doctrina Social de la Iglesia, ob.cit., p.28.

13 PABLO VI, OA,4.

14 ORIENTACIONES,4.

15 JUAN PABLO II, SRS, 41.

16 LC,72.

17 SCANNONE, Juan Carlos, S.J., “El estatuto epistemológico de la Doctrina Social de la Iglesia y el desarrollo teológico de América Latina”, exposición en el 1er. Congreso Latinoamericano de DSI celebrado en Santiago de Chile, 1991.

7. Destinatarios

Si bien estrictamente *“sólo los católicos están moralmente obligados a aceptar la autoridad del Magisterio Social, éste se dirige a todos los hombres de buena voluntad que tienen o una misma percepción del hombre, o- al menos- una idéntica preocupación por el hombre”*. Esta apertura universal ha sido consagrada particularmente con y desde la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII de 1963, aunque puede entrecerarse en radiomensajes anteriores de Pío XII los que eran *“dirigidos a los pueblos del mundo entero”*.¹⁸

La DSI contiene pautas que pueden ser adaptadas y aceptadas en ámbitos ajenos a la confesionalidad católica, las que generan o pueden generar consensos sociales importantes en tanto son principios que hunden sus raíces en la naturaleza humana.

La DSI da a la *“luz del Evangelio, los principios y orientaciones indispensables para la organización justa de la vida social, para la dignidad de la persona humana y para el bien común”*.¹⁹

8. Magisterio ordinario y extraordinario

El Magisterio es *“el poder de enseñar la doctrina revelada, confiado por Jesucristo a los apóstoles y a sus sucesores, el Papa y los Obispos”*.²⁰

Puede ser clasificado como ordinario o extraordinario. La DSI es fruto del Magisterio ordinario porque no se trata de enseñanzas realizadas *“ex cathedra”*, no goza en sí misma de infalibilidad, aunque como *“todo el Magisterio, goza de una asistencia especial del Espíritu Santo que hace difícil el error. Es lo que se llama ‘Magisterio Pastoral’ de la Jerarquía, y- en primer lugar- del Romano Pontífice”*.²¹

9. Finalidad de la DSI

*“La finalidad pastoral de servicio al mundo”*²² que tiene la DSI se debe a que *“tiene de por sí el valor de instrumento de evangelización”*.²³

Para *“la Iglesia enseñar y difundir la Doctrina Social pertenece a la misión evangelizadora y forma parte esencial del mensaje cristiano”*.²⁴

El *“conocimiento y la difusión de la DSI, inculturada en las nuevas circunstancias históricas del país”*, es uno de los elementos constitutivos de la Nueva Evangelización.²⁵

10. Evolución de la DSI sobre “el trabajo”

Varios son los documentos magisteriales que se han referido al trabajo humano en más de cien años y han brindado una enseñanza dinámica y evolutiva, los que se indican con sus respectivas abreviaturas, a saber:

18 FARREL, Doctrina Social de la Iglesia, cit., p.30.

19 ORIENTACIONES,2.

20 FARREL, Doctrina Social de la Iglesia, cit., p.34.

21 FARREL, Doctrina Social de la Iglesia, cit.; CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ORIENTACIÓN SOCIAL, *Comunión y Participación- Introducción a la enseñanza social de la Iglesia*, Guadalupe, Buenos Aires, 1983, p.228, y BIDART CAMPOS, cit.

22 ORIENTACIONES, 5.

23 CA, 54.

24 CA, 5.

25 CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA, *Navega mar adentro*,95 c, CEA, Buenos Aires,2003.

- Papa León XIII, carta encíclica *Rerum novarum*, 1891. RN.
- Papa Pío XI, carta encíclica *Quadragesimo anno*, 1931. QA.
- Papa Pío XII, radiomensaje *La solennità*, 1941. LS.
- Papa Juan XXIII, carta encíclica *Mater et magistra*, 1961.MM.
- Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, 1965.GS.
- Papa Pablo VI, carta encíclica *Populorum progressio*, 1967.PP.
- Papa Juan Pablo II, carta encíclica *Laborem exercens*, 1981, LE; carta encíclica *Sollicitudo rei socialis*, 1987, SRS, y carta encíclica *Centesimus annus*, 1991. CA.
- Papa Benedicto XVI, carta encíclica *Caritas in veritate*, 2009.CinV.
- Papa Francisco, carta encíclica *Fratelli tutti*, 2020.FT.

No incluimos en esta enumeración a otros documentos que pueden ser de fuentes vaticanas, ni de las conferencias episcopales regionales o nacionales, ni los personales de los obispos.

Fue el papa Juan Pablo II quien escribió la encíclica más completa y orgánica que se haya dedicado al tema del trabajo.²⁶

La encíclica *Laborem exercens* mantiene el concepto moderno de trabajo como “poder”, como creación de riqueza, pero al mismo tiempo lo completa adjudicándole el carácter de fundamento de la cultura, pues el trabajo, aun como acción transitiva que produce objetos externos, sigue siendo una actividad immanente que transforma y crea al hombre y la sociedad.”²⁷

11. La Doctrina Social de la Iglesia y el nacimiento del Derecho del Trabajo

El papa Pío XI indicó que el movimiento iniciado con la *Rerum novarum* se expresó en la legislación; que surgió “una nueva y con anterioridad totalmente desconocida rama del derecho, que con toda firmeza defiende los sagrados derechos de los trabajadores, derechos emanados de su dignidad de hombres y de cristianos: el alma, la salud, el vigor, la familia, la casa, el lugar de trabajo, el salario, los accidentes laborales, todo lo que toca, finalmente a la condición de los asalariados, toman bajo su protección estas leyes, y sobre todo, cuanto atañe a las mujeres y los niños”, QA, 28.

Ha sido de hecho la encíclica *Rerum novarum* de León XIII uno de los factores que dio impulso a la creación de una nueva rama del derecho: el Derecho del Trabajo.²⁸

Se advierte que “el proceso de reconocimiento progresivo de los derechos de los trabajadores ha supuesto una creciente intervención de los poderes legislativos en la regulación de las relaciones laborales y ha dado origen a una norma específica de la ciencia jurídica: el Derecho del Trabajo”.²⁹

III.- Temas claves de la DSI sobre el trabajo

Seguidamente abordaremos una muy apretada síntesis de algunos temas claves del Magisterio Social que fueron desarrollados a lo largo de más de un siglo. Se indicará con las

26 ANTONCICH, Ricardo, “El tema del trabajo en el Magisterio Social de la Iglesia. La encíclica *Laborem exercens*”, en ANTONCICH, Ricardo y ROSS, Lothar, Introducción, en América Latina y doctrina social de la Iglesia. Diálogo latinoamericano-alemán, Tomo V, Compilado por Ricardo Antoncich, S.J. y Lothar Ross- Trabajo y capital: perfiles de un nuevo orden económico y social, Paulinas, Buenos Aires, 1992, p.147.

27 ANTONCICH, El tema del trabajo en el Magisterio Social de la Iglesia...cit., p.149/150.

28 GARCÍA NIETO, Juan N, S.I.-DIEZ ALEGRÍA, José M., “El sindicato”, en Curso de Doctrina Social Católica, Instituto Social León III, BAC, Madrid, 1967, p.859.

29 CAMACHO LARAÑA, La actividad económica sistemáticamente considerada, cit., p.241.

abreviaturas de cada documento el lugar donde ellos se encuentran. Mas no seguiremos una secuencia cronológica en ello. Por ello dejaremos afuera muchos documentos y temas.

1. El trabajo, clave de la cuestión social

La cuestión social del siglo XIX consistía el choque de los capitalistas con los proletarios en países determinados.

Pero en el siglo XX la cuestión social se mundializó y se dio una seria distinción entre países ricos y países pobres.

Juan Pablo II en LE,1 *dedica ese documento al trabajo humano, al hombre en el vasto contexto de esa realidad que es el trabajo.*

Afirma que "la Iglesia considera deber suyo recordar siempre la dignidad y los derechos de los hombres del trabajo, denunciar las situaciones en las que se violan dichos derechos y contribuir a orientar estos cambios para se realice un auténtico progreso del hombre y de la sociedad."

En LE,2 afirma: *"Ciertamente el trabajo, en cuanto problema del hombre, ocupa el centro mismo de la cuestión social...". Insiste en "que el trabajo humano es una clave, quizás la clave esencial, de toda la cuestión social, si tratamos de verla verdaderamente desde el punto de vista del bien del hombre", la que "adquiere una importancia fundamental y decisiva."*

2. Concepto de trabajo

Juan Pablo II, en el prelude de LE, refiere que *"trabajo significa todo tipo de acción realizada por el hombre independientemente de sus características y circunstancias; significa toda actividad humana que se puede o se debe reconocer como trabajo. Hecho a imagen y semejanza de Dios en el mundo visible y puesto en él para que dominase la tierra, el hombre está por ello, desde el principio llamado al trabajo. El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad, relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar...De este modo el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad"*.

3. La justicia es la solución a los conflictos entre capital y trabajo. No hay solución posible para la cuestión social fuera del Evangelio

Rescata Juan Pablo II la postura de León XIII en CA,5 y expresa:

"Ante un conflicto que contraponía, como si fueran 'lobos', un hombre a otro hombre, incluso en el plano de la subsistencia física de unos y la opulencia de otros, el Papa sintió el deber de intervenir en virtud de su 'ministerio apostólico', esto es, de la misión recibida de Jesucristo mismo de "apacentar los corderos y las ovejas"(cf.Jn 21,15-17) y de 'atar y desatar' en la tierra por el Reino de los cielos"(Cf.Mt 16,19) ...era consciente de que la paz se edifica sobre el fundamento de la justicia: contenido esencial de la encíclica fue precisamente proclamar las condiciones fundamentales de la justicia en la coyuntura económica y social de entonces..."

No considera el Papa polaco que la solución de la cuestión social pase por la lucha de clases.

Concluye CA,5 diciendo: *"...no existe verdadera solución para la "cuestión social" fuera del evangelio y que, por otra parte, las 'cosas nuevas' pueden hallar en él su propio espacio*

de verdad y el debido planteamiento moral".

4. La justicia social

Aparece utilizado el término por primera vez en la encíclica *Quadragesimo anno* de Pío XI, de 1931, citándosele siete veces³⁰ y lo introduce en el léxico pontificio de los más solemnes documentos³¹ tematizando sobre aquélla.³²

No hay de ella una definición formal que la "correlacione exactamente con las especies de justicias".³³

Con ella "la Doctrina Social de la Iglesia [...] introduce una nueva modalidad de justicia: la *justicia social*. Es ésta una de las características más relevantes de la Doctrina Social. Quizás el rasgo más típico de este nuevo concepto deriva del *contexto en que nace: los grandes conflictos entre capital y trabajo en la sociedad industrial*. En relación con esto, *la justicia social alude a las exigencias debidas a toda una clase social, la clase obrera...la justicia social no piensa en primer término en relaciones interindividuales, sino en relaciones colectivas o sociales*. El sujeto primario no es el individuo, sino el grupo, cosa que se entiende mejor si se tiene presente la dinámica que preside las relaciones en una sociedad compleja y estructurada."³⁴

El papa Pío XI subraya su vinculación con el bien común. Su enseñanza se halla en QA,27;34;35; 57;58;71;74.

La justicia social es así vista "como la que regula la distribución de la renta y la riqueza entre las clases sociales, capitalista y trabajadora. El que se haga equitativamente es una condición exigida por el bien común. Justicia social y bien común van íntimamente ligados en el pensamiento de Pío XI."³⁵

El concepto de justicia social a partir de los años 60 ha sufrido dos modificaciones interesantes que reflejan nuevos enfoques de la Doctrina Social, derivados de los problemas más propios de nuestro tiempo y de la eclesiología del Concilio Vaticano II.

En efecto, "por una parte, se configura un concepto de justicia de mayor inspiración evangélica, que, por esa razón, aparece más vinculado a la misión de la Iglesia; por otra parte, ese ideal de justicia va dejando lugar al de solidaridad, que es presentada por Juan Pablo II como la respuesta más adecuada a la situación y los problemas de un mundo cada vez más interdependiente. Complementar justicia con solidaridad exige, sin embargo, *precisar el sentido de la solidaridad para que no aparezca como una forma debilitada de justicia, que desactiva las exigencias más estrictas de ésta*."³⁶

30 Véase un resumen de la historia del término entre los autores del siglo XIX y comienzos del XX en CALVEZ-PERRIN, Iglesia y sociedad económica, ob.cit., p.205 y sgtes.

31 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob. cit., p.210.

32 IBÁÑEZ, LANGLOIS, José Miguel, Doctrina Social de la Iglesia, 2ª edición, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p.192.

33 Ídem nota anterior.

34 CAMACHO LARAÑA, Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves...cit., p.221.

35 CAMACHO LARAÑA, Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves...cit., p.223.

36 CAMACHO LARAÑA, Doctrina Social de la Iglesia...cit., p.221.

5. El trabajo: dimensión fundamental. Su función

Juan Pablo II en LE,4, menciona que: *"La Iglesia está convencida de que el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre sobre la tierra"*, lo cual es una convicción que surge de las diversas ciencias dedicadas al estudio del hombre como de la Palabra de Dios revelada de la cual la Iglesia saca esta convicción, motivo por el cual la Iglesia se dirige al hombre tratando *"de expresar los designios eternos y los destinos trascendentes que el Dios vivo, Creador y Redentor ha unido al hombre"*. Recibe la enseñanza del Concilio Vaticano II en GS y de Pablo VI, en PP.

Insiste el Pontífice que *"el hombre 'hecho a imagen de Dios...varón y hembra' siente las palabras: 'procrear y multiplicaos, y henchid la tierra; sometedla'...El hombre es la imagen de Dios, entre otros motivos por el mandato recibido de su Creador de someter y dominar la tierra. En la realización de este mandato, todo ser humano, refleja la acción misma del Creador del universo. El trabajo entendido como una actividad 'transitiva', es decir, de tal naturaleza que, empezando en el sujeto humano, está dirigida hacia un objeto externo, supone un dominio específico del hombre sobre la "tierra" y a la vez confirma y desarrolla este dominio"*, palabras bíblicas de las que el Papa dice que no dejan de ser actuales porque abarcan todas las épocas. Luego insiste que el proceso del trabajo es *"al mismo tiempo universal: abarca a todos los hombres, a cada generación, a cada fase del desarrollo económico y cultural, y a la vez es un proceso que se actúa en cada hombre, en cada sujeto humano consciente"*.

El trabajo es dominio de la naturaleza, pero realizado en medio de una comunidad de personas".

6. La distinción entre trabajo en sentido objetivo y sentido subjetivo

a) El trabajo en sentido objetivo: la técnica

En el N°5 LE realiza esta distinción conceptual en el proceso de "someter la tierra", con el cual se la domina, que se realiza "en el trabajo y mediante el trabajo", encontrando el significado del trabajo en sentido objetivo, entendido como la técnica.

Entiende la encíclica a la técnica como "el conjunto de instrumentos de los que el hombre se vale en su trabajo", y a partir de allí habla de la ambivalencia de ella, porque ella que es: *"...aliada del hombre. Ella le facilita el trabajo, lo perfecciona, lo acelera y lo multiplica. Ella fomenta el aumento de la calidad de productos del trabajo y perfecciona incluso la calidad de muchos de ellos"*.

Pero también destaca que la técnica a veces: *"...puede transformarse de aliada en adversaria del hombre, como cuando la mecanización del trabajo "suplanta" al hombre, quitándole toda satisfacción personal y el estímulo a la creatividad y responsabilidad; cuando quita el puesto de trabajo a muchos trabajadores ocupados, o cuando mediante la exaltación de la máquina reduce al hombre a ser su esclavo"*.

b) El trabajo en sentido subjetivo: El hombre, sujeto del trabajo

En LE,6 se dice: *"Como persona, el hombre es pues sujeto del trabajo... Ese dominio se refiere en cierto sentido a la dimensión subjetiva más que a la objetiva: esta dimensión condiciona a la misma esencia ética del trabajo. En efecto no hay duda de que el trabajo humano tiene un valor ético, el cual está vinculado completa y directamente al hecho de quien lo lleva a cabo es una persona, un sujeto consciente y libre, es decir, un sujeto que decide de sí mismo."*

Apunta que "...el fundamento para determinar el valor del trabajo humano no es en primer lugar el tipo de trabajo que se realiza, sino el hecho de quien lo ejecuta es una persona. Las fuentes de la dignidad del trabajo deben buscarse principalmente no en su dimensión objetiva, sino en su dimensión subjetiva."

c) Preeminencia del sentido subjetivo del trabajo

LE,6 expone: "que *el primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo*, su sujeto...ante todo, el trabajo está 'en función del hombre' y no el hombre 'en función del trabajo'. Con esta conclusión se llega a reconocer la preeminencia del significado subjetivo del trabajo sobre el significado objetivo."

Señala una amenaza al justo orden de valores, cuando, como refiere LE,7, cuando "el trabajo se entendía y se trataba como una especie de 'mercancía', que el trabajador-especialmente el obrero de la industria-vende al empresario, que es a la vez poseedor del capital, o sea del conjunto de los instrumentos de trabajo y de los medios que hacen posible la producción...".

7. La correcta relación entre capital y trabajo

a) Inseparabilidad del trabajo del capital

El papa Pío XI, en QA,53 retoma la enseñanza leoniana de la RN,27 y 15 respectivamente, al decir que: "Es verdad incuestionable que la riqueza nacional proviene no de otra cosa que del trabajo de los obreros..."; y "*ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital*".

Agrega: "Por lo cual es absolutamente falso atribuir únicamente al capital o únicamente el trabajo lo que es resultado de la efectividad unida de los dos, y totalmente injusto que uno de ellos, negada la eficacia del otro, trata de arrogarse para sí todo lo que hay en el efecto".

Juan Pablo II en LE,13, afirma: "que no se puede separar el 'capital' del trabajo, y que de ningún modo se puede contraponer el trabajo al capital ni el capital al trabajo...La antinomia entre trabajo y capital no tiene su origen en la estructura del mismo proceso económico en general."

Insiste luego que el capital, que es un conjunto de cosas, condiciona el trabajo.

b) Prioridad del trabajo frente al capital

Juan Pablo II en LE,12 proclama el *principio de la prioridad del "trabajo" frente al "capital"*.

Refiere: "*el trabajo es siempre una causa eficiente primaria, mientras el 'capital', siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental.*"

El Papa dice que en el concepto de capital entran los recursos de la naturaleza puestos a disposición del hombre y el conjunto de medios, con los cuales el hombre se apropia de ellos, transformándolos según sus necesidades. Afirma que el conjunto de medios es fruto del patrimonio histórico del trabajo humano, que el capital "*ha nacido del trabajo y lleva consigo las señales del trabajo humano...*".

LE, 15 desarrolla lo que llama el "argumento personalista" y expresa: "el principio de la *prioridad del trabajo respecto al capital es un postulado que pertenece al orden de la moral*

social... incluso radicalmente, la propiedad privada de estos medios. El trabajo, en cierto sentido, es inseparable del capital, y no acepta de ningún modo aquella antinomia, es decir, la separación y contraposición con relación a los medios de producción, que han gravado sobre la vida humana en los últimos siglos, como fruto de premisas económicas... Nacen de ahí algunos derechos específicos de los trabajadores, que corresponden a la obligación del trabajo... el hombre que trabaja desea no sólo la debida remuneración por su trabajo, sino también que sea tomada en consideración, en el proceso mismo de producción, la posibilidad de que él, a la vez que trabaja incluso en una propiedad común, sea consciente de que está trabajando 'en algo propio'..."

8. Trabajo y dignidad de la persona

Según expresa LE,9 el hombre tiene *la vocación bíblica a 'dominar la tierra', en la que se ha expresado la voluntad del Creador, para que el trabajo ofreciera al hombre la posibilidad de alcanzar el 'dominio' que le es propio en el mundo visible. La intención fundamental y primordial de Dios respecto del hombre, que Él "creó...a su semejanza, a su imagen", no ha sido revocada ni anulada ni siquiera cuando el hombre después de haber roto la alianza originaria con Dios oyó las palabras: "Con el sudor de su rostro comerás el pan"*.

Menciona el Santo Padre que esa *fatiga es un hecho universalmente conocido, porque es universalmente experimentado.*

Seguidamente menciona: *"...No obstante, con toda esa fatiga-y quizás, en un cierto sentido, debido a ella-el trabajo es un bien del hombre. Si este bien comporta el signo de un 'bonum arduum', según la terminología de Santo Tomás; esto no quita que, en cuanto tal, sea un bien del hombre. Y es no sólo un bien 'útil' o 'para disfrutar', sino un bien 'digno', es decir, que corresponde a la dignidad del hombre, un bien que expresa esta dignidad y la aumenta...El trabajo es un bien del hombre-es un bien de su humanidad-porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido 'se hace más hombre'"*.

Recuerda a Pío XI en QA,135 y asume su enseñanza cuando dice que es su preocupación que *"en el trabajo, mediante el cual la materia es ennoblecida, el hombre no sufra mengua de su propia dignidad"*.

El papa Benedicto XVI en Caritas in veritate,63, de 2009, expresó:

"Los pobres son en muchos casos el resultado de la violación de la dignidad del trabajo humano, bien porque se limitan sus posibilidades (desocupación, subocupación), bien porque se devalúan «los derechos que fluyen del mismo, especialmente el derecho al justo salario, a la seguridad de la persona del trabajador y de su familia». Por esto, ya el 1 de mayo de 2000, mi predecesor Juan Pablo II, de venerada memoria, con ocasión del Jubileo de los Trabajadores, lanzó un llamamiento para *«una coalición mundial a favor del trabajo decente»*, alentando la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo... Pero ¿qué significa la palabra «decente» aplicada al trabajo? Significa un trabajo que, *en cualquier sociedad, sea expresión de la dignidad esencial de todo hombre o mujer: un trabajo libremente elegido, que asocie efectivamente a los trabajadores, hombres y mujeres, al desarrollo de su comunidad; un trabajo que, de este modo, haga que los trabajadores sean respetados, evitando toda discriminación; un trabajo que permita satisfacer las necesidades de las familias y escolarizar a los hijos sin que se vean obligados a trabajar; un trabajo que consienta a los trabajadores organizarse libremente y hacer oír su voz; un trabajo que deje*

espacio para reencontrarse adecuadamente con las propias raíces en el ámbito personal, familiar y espiritual; un trabajo que asegure una condición digna a los trabajadores que llegan a la jubilación."

9. Deber de trabajar

LE,16 afirma que el trabajo es un deber para el hombre:

"El trabajo es, como queda dicho, una obligación, es decir, un deber del hombre y esto en el múltiple sentido de esta palabra. El hombre debe trabajar (1) bien sea por el hecho de que el Creador lo ha ordenado, (2) bien sea por el hecho de su propia humanidad, cuyo mantenimiento y desarrollo exigen el trabajo. (3) El hombre debe trabajar por respeto al prójimo, especialmente por respeto a la propia familia, (4) pero también por respeto a la sociedad a la que pertenece, a la nación de la que es hijo o hija, a la entera familia humana de la que es miembro, ya que es heredero del trabajo de generaciones y al mismo tiempo coartífice del futuro de aquellos que vendrán después de él con el suceder de la historia. Todo esto constituye la obligación moral del trabajo, entendido en su más amplia acepción. Cuando haya que considerar los derechos morales de todo hombre respecto al trabajo, correspondientes a esta obligación, habrá que tener siempre presente el entero y amplio radio de referencias en que se manifiesta el trabajo de cada sujeto trabajador."

Pío XII en el radiomensaje *La Solennitá*,19, dice que al deber personal de trabajar le corresponde el derecho natural de trabajar de cada individuo para hacer del trabajo el medio de proveer a la propia vida y de sus hijos.

10. Derecho al trabajo. Desempleo. Distinción entre empresario directo e indirecto

a) Derecho al trabajo

El *derecho al trabajo* ya se halla en RN implícitamente cuando León XIII en el N°32 se refiere al trabajo como "*necesario*".

También hay una referencia en LS,19 y en la encíclica *Pacen in terris*,16, de Juan XXIII, emitida en 1963, se coloca al derecho al trabajo como un derecho natural, el que exige ser atendido, según dice Pablo VI en la *Octogésima adveniens*,14.

Juan Pablo II ubica a los derechos de los hombres del trabajo en el amplio contexto de los derechos humanos, LE,16.

Expresa: "*Si el trabajo-en el múltiple sentido de esta palabra-es una obligación, es decir, un deber, es también a la vez una fuente de derechos por parte del trabajador. Estos derechos deben ser examinados en el amplio conjunto de los derechos del hombre que le son conaturales, muchos de los cuales son proclamados por distintos organismos internacionales y garantizados cada vez más por los Estados para sus propios ciudadanos... Los derechos humanos que brotan del trabajo entran precisamente dentro del más amplio contexto de los derechos fundamentales de la persona...tienen un carácter peculiar que corresponde a la naturaleza específica del trabajo humano anteriormente delineada; y precisamente hay que considerarlos según este carácter."*

b) La distinción entre empresario directo e indirecto

Juan Pablo II en LE,16 y 17 distingue entre *empresario directo* y *empresario indirecto*.

La función del empresario indirecto no aparece como excepcional en ciertas circunstan-

cias sino como permanente y concomitante a los acuerdos entre empresarios directos y trabajadores.

LE,16 refiere: "La distinción entre empresario directo e indirecto parece ser muy importante en consideración de la organización real del trabajo y de la posibilidad de instaurar relaciones justas o injustas en el sector del trabajo. Si *el empresario directo es la persona o la institución, con la que el trabajador estipula directamente el contrato de trabajo según determinadas condiciones, como empresario indirecto se deben entender muchos factores diferenciados, además del empresario directo, que ejercen un determinado influjo sobre el modo en que se da forma bien sea al contrato de trabajo, bien sea, en consecuencia a las relaciones más o menos justas en el sector del trabajo humano.*"

LE,17 expresa: "*En el concepto de empresario indirecto entran tanto las personas como las instituciones de diverso tipo, así como también los contratos colectivos de trabajo y los principios de comportamiento, establecidos por esas personas e instituciones, que determinan todo el sistema socio-económico o que derivan de él.* El concepto de empresario indirecto implica así muchos y variados elementos. La responsabilidad del empresario indirecto es distinta de la del empresario directo, como lo indica la misma palabra: la responsabilidad es menos directa; pero sigue siendo verdadera responsabilidad; el empresario indirecto determina sustancialmente uno u otro aspecto de la relación de trabajo y condiciona de este modo al comportamiento del empresario directo cuando este último determina concretamente el contrato y las relaciones laborales... *El concepto de empresario indirecto se puede aplicar a toda sociedad y, en primer lugar, al Estado.* En efecto, es el Estado el que debe realizar una política laboral justa...".

11. Derechos de los trabajadores

Los derechos de los trabajadores, como todos los demás derechos, se basan en la naturaleza de la persona humana y en su dignidad trascendente.

El *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia* en el N°301 expresa que "la DSI ha considerado oportuno enunciar algunos de ellos, indicando la conveniencia de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos: el derecho a una justa remuneración(LE,19);el derecho al descanso(LE,19);el derecho «a ambientes de trabajo y a procesos productivos que no comporten perjuicio a la salud física de los trabajadores y no dañen su integridad moral»(LE,19);el derecho a que sea salvaguardada la propia personalidad en el lugar de trabajo, sin que sean « conculcados de ningún modo en la propia conciencia o en la propia dignidad»(LE,19);el derecho a subsidios adecuados e indispensables para la subsistencia de los trabajadores desocupados y de sus familias(CA,15); el derecho a la pensión, así como a la seguridad social para la vejez, la enfermedad y en caso de accidentes relacionados con la prestación laboral(LE,18); el derecho a provisiones sociales vinculadas a la maternidad (LE,19); el derecho a reunirse y a asociarse(RN,11).

12. Trabajo y propiedad

En el N°14 de LE, en cuanto al *modo de entender el derecho de propiedad*, dice Juan Pablo II que "el citado principio, tal y como se recordó entonces y todavía es enseñado por la Iglesia, se aparta radicalmente del programa del colectivismo, proclamado por el marxismo y realizado en diversos países del mundo en los decenios siguientes a la época de la Encíclica de León XIII. Tal principio se diferencia al mismo tiempo, del programa del capitalismo, practicado por el liberalismo y por los sistemas políticos, que se refieren a él. En

este segundo caso, la diferencia consiste en el modo de entender el derecho mismo de propiedad. *La tradición cristiana no ha sostenido nunca este derecho como absoluto e intocable. Al contrario, siempre lo ha entendido en el contexto más amplio del derecho común de todos a usar los bienes de la entera creación: el derecho a la propiedad privada como subordinado al derecho al uso común, al destino universal de los bienes. Además, la propiedad según la enseñanza de la Iglesia nunca se ha entendido de modo que pueda constituir un motivo de contraste social en el trabajo, ...la propiedad se adquiere ante todo mediante el trabajo, para que sirva al trabajo. Esto se refiere de modo especial a la propiedad de los medios de producción...Estos no pueden ser poseídos contra el trabajo, no pueden ser ni siquiera poseídos para poseer, porque el único título legítimo para su posesión-y esto ya sea en la forma de la propiedad privada, ya sea en la de la propiedad pública o colectiva-es que sirvan al trabajo, consiguiendo que, sirviendo al trabajo, hagan posible la realización del primer principio de aquel orden, que es el destino universal de los bienes y el derecho al uso común".*

El papa Francisco en *Fratelli tutti*,¹²³ continúa esa enseñanza.

13. Derecho al justo salario

Ya el papa León XIII en RN,²⁹ sugiere prevenir los males de las remuneraciones escasas anticipándose con las leyes que desde la justicia (y no desde la simple legalidad del derecho positivo, como sucede con tanta frecuencia) fijen el salario en su monto equitativo.

El papa Pío XI en QA,⁷¹ de 1931 "marcó criterios prácticos para su determinación como son que alcance a cubrir el sustento suyo y el de su familia", se atienda a las condiciones de la empresa y del empresario, QA,⁷², y que finalmente la cuantía del salario debe acomodarse al bien público, QA,⁷⁴.

Destacó como inadecuados para fijar el salario: "(1) no es lícito abandonar completamente la determinación del salario a la libre competencia del mercado, (2) así tampoco es lícito que su fijación quede al arbitrio de los poderosos, sino que en esta materia deben guardarse a toda costa las normas de la justicia y de la equidad."

Juan XXIII en *Mater et magistra*, de 1961, consideró criterios adecuados para ello que "los trabajadores cobren un salario cuyo importe les permita mantener un nivel de vida verdaderamente humano y hacer frente con dignidad a sus obligaciones familiares. Pero es necesario, además, que, al determinar la remuneración justa del trabajo, se tengan en cuenta los siguientes puntos: primero, la efectiva aportación de cada trabajador a la producción económica; segundo, la situación financiera de la empresa en que se trabaja; tercero, las exigencias del bien común de la respectiva comunidad política, principalmente en orden a obtener el máximo empleo de la mano de obra de toda la nación; y, por último, las exigencias del bien común universal, o sea de las comunidades internacionales, diferentes entre sí en cuanto a su extensión y a los recursos naturales de que disponen." (MM 71).

Juan Pablo II en LE,¹⁹ resalta: "El problema clave de la ética social es el de la justa remuneración por el trabajo realizado. No existe en el contexto actual otro modo mejor para cumplir la justicia en las relaciones trabajador-empresario que el constituido precisamente por la remuneración del trabajo. Independientemente del hecho de que este trabajo se lleve a efecto dentro del sistema de la propiedad privada de los medios de producción o en un sistema en que esta propiedad haya sufrido una especie de "socialización", la relación entre el empresario (principalmente directo) y el trabajador se resuelve en base al

salario: es decir, mediante la justa remuneración del trabajo realizado. Hay que subrayar también que *la justicia de un sistema económico y, en todo caso, su justo funcionamiento, merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo humano dentro de tal sistema...*".

Afirma LE que "la remuneración del trabajo sigue siendo una vía concreta, a través de la cual la gran mayoría de los hombres puede acceder a los bienes que están destinados al uso común: tanto los bienes de la naturaleza como los que son fruto de la producción. Los unos y los otros se hacen accesibles al hombre del trabajo gracias al salario que recibe como remuneración. De aquí que, precisamente *el salario justo se convierta en todo caso en la verificación concreta de la justicia de todo el sistema socioeconómico y, de todos modos, de su justo funcionamiento*. No es la única verificación, pero es particularmente importante y es en cierto sentido la verificación-clave..."

El salario justo es reclamado sencillamente por el "derecho a la vida" que nace de Dios y quien "ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos"(GS 69); por ello, "sean las que sean las formas de propiedad...jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes".

14. La participación de los trabajadores en la empresa

El papa Pío XI entiende que el régimen del salariado no es de por sí injusto³⁷, QA,64. Pero considera mejor un "sistema de cierta participación". Tiene el Papa allí "la primera intuición sobre lo que luego será una visión más elaborada de la empresa desde presupuestos éticos."³⁸

Expresa QA,65 que: "...estaría más conforme con las actuales condiciones de la convivencia humana que, en la medida de lo posible, *el contrato de trabajo se suavizara algo mediante el contrato de sociedad...* De este modo, los obreros y empleados se hacen socios en el dominio o en la administración y participan, en cierta medida, de los beneficios percibidos."

La riqueza brota de la mano de los trabajadores, QA 58, QA 63; no es mérito sólo del capital.³⁹ Pero el trabajo tiene prioridad, como dice GS,67.

Pío XII⁴⁰ alerta "contra la exageración de considerarla como un derecho natural, cuando en realidad se distingue el orden jurídico de la vida económica" (discurso ante el Congreso Internacional de Estudios Sociales de Friburgo, Suiza, y la Asociación Internacional Social Cristiana, del 3 de junio de 1950, según cita que hace MOLEDO, ob.cit., tomado de BELAÜNDE, Cesar H., Doctrina económico- social, de León XIII a Pablo VI, Ed.Troquel, Buenos Aires, 2ª edición,1970,p.229.

Allí el Pontífice concluye que "ni la naturaleza del contrato de trabajo, ni la naturaleza de la empresa implican necesariamente por sí mismas un derecho de esta clase..."

La carta encíclica *Mater et magistra*⁴², de 1961, es el documento magisterial más explícito e importante sobre el tema.

37 CAMACHO LARAÑA, ob.cit.

38 Ibidem.

39 CALVEZ, Jean -Ives, Una ética para nuestra sociedad en transformación, Ciudad Nueva, Buenos Aires, 1993, p.54.

40 PÍO XII, Discurso a los miembros del Congreso Internacional de Estudios Sociales de Friburgo, Suiza, y la Asociación Internacional Social Cristiana, del 3 de junio de 1950, según cita que hace MOLEDO, ob.cit., tomado de BELAÜNDE, Cesar H., Doctrina económico- social, de León XIII a Pablo VI, Ed.Troquel, Buenos Aires, 2ª edición,1970,p.229.

41 BASTOS DE ÁVILA, Fernando, Pequeña Enciclopedia de la Doctrina Social de la Iglesia, San Pablo, Bogotá, 1994, p.124.

42 JUAN XXIII, "Carta encíclica Mater et Magistra", sobre el reciente desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana, 15 de mayo de 1961, Ocho grandes mensajes, BAC, Madrid, 1975, p.130.

En su segunda parte, Juan XXIII aborda la realidad del trabajo considerando dos grandes apartados: "La remuneración del trabajo" (MM,68-79) y "Estructuras económicas" (MM,82-103), según la versión española que sigue a la italiana, los que se tratan "en el marco amplio de la distribución, entendida ésta, primero, como distribución de la renta y, luego, como distribución del poder."⁴³

Para *Mater et magistra* la participación es una exigencia del trabajo.

MM,91 refiere literalmente: "...estamos convencidos de *la razón que asiste a los trabajadores cuando aspiran a participar activamente en la vida de las empresas donde trabajan*. No es posible fijar con normas ciertas y definidas las características de esa participación, dado que han de establecerse más bien teniendo en cuenta la situación de cada empresa, situación que varía de unas a otras y que, aun dentro de cada una, está sujeta muchas veces a cambios radicales y rapidísimos. No dudamos, sin embargo, en afirmar que *a los trabajadores hay que darles una participación activa en los asuntos de la empresa donde trabajan*, tanto en las privadas como en las públicas, participación que, en todo caso, *debe tender a que la empresa sea una auténtica comunidad humana*, cuya influencia bienhechora se deje sentir en las relaciones de todos sus miembros y en la variada gama de sus funciones y obligaciones."

Juan Pablo II en LE,14, considera las numerosas propuestas hechas por los expertos en la DSI y por el Supremo Magisterio de la Iglesia, pero dice: "*Son propuestas que se refieren a la copropiedad de los medios de trabajo, a la participación de los trabajadores en la gestión y o en los beneficios de las empresas, al llamado "accionario" del trabajo y otras semejantes*".

15. Los sindicatos. Naturaleza. Finalidades. La huelga

Una afirmación magisterial, repetida en diversos documentos, es que "*la formación de entidades sindicales, de cualquier ámbito geográfico o grado de organización, constituye la expresión de un derecho natural de la persona humana: el de asociación*".

En el N°34 de RN León XIII, en 1891, había reconocido el derecho de constituir asociaciones de obreros, de patronos o mixtas.

La Constitución *Gaudium et spes*, 68 de 1965 enseña claramente: "...Entre los derechos fundamentales de la persona humana debe contarse el *derecho de los obreros a fundar libremente asociaciones que representen auténticamente al trabajador y puedan colaborar en la recta ordenación de la vida económica, así como también el derecho de participar libremente en las actividades de las asociaciones sin riesgo de represalias...*".

Juan Pablo II, en LE,20 bajo el título de "*Importancia de los Sindicatos*", dice: "Sobre la base de todos estos derechos, junto con la necesidad de asegurarlos, por parte de los mismos trabajadores, brota aún otro derecho, es decir *el derecho de asociarse; esto es, a formar asociaciones o uniones que tengan como finalidad la defensa de los intereses vitales de los hombres empleados en las diversas profesiones. Estas uniones llevan el nombre de sindicatos...* los sindicatos se diferencian de las corporaciones en este punto esencial: los sindicatos modernos han crecido sobre *la base de la lucha de los trabajadores industriales para la tutela de sus justos derechos frente a los empresarios y a los propietarios de los*

43 CAMACHO LARAÑA, Ildefonso, Doctrina Social de la Iglesia. Una aproximación histórica, Madrid, Ediciones Paulinas,1991, p.235.

medios de producción. La defensa de los intereses existenciales de los trabajadores en todos los sectores, en que entran en juego sus derechos, constituye el cometido de los sindicatos. La experiencia histórica enseña que las organizaciones de este tipo son un elemento indispensable en la vida social, especialmente en las sociedades modernas industrializadas."

Juan Pablo II en CA,7, le atribuye "el derecho natural del hombre a formar asociaciones privadas; lo cual significa ante todo el derecho a crear asociaciones profesionales de empresarios y obreros, o de obreros solamente. ...se trata precisamente de un "derecho natural" del ser humano y, por consiguiente, anterior a su integración en la sociedad política. En efecto, "el Estado no puede prohibir su formación", porque "el Estado debe tutelar los derechos naturales, no destruirlos. Prohibiendo tales asociaciones se contradiría a sí mismo".

Respecto de la discusión acerca de la unidad o pluralidad sindical RN,39 dice que "los ciudadanos tienen el libre derecho de asociarse, como así es en efecto, tiene igualmente derecho a elegir libremente aquella organización y aquellas leyes que estimen más conducentes al fin que se han propuesto...".

Agrega LE,20, que los sindicatos: "...son un exponente de la lucha por la justicia social, por los justos derechos de los hombres del trabajo según las distintas profesiones. Sin embargo, esta 'lucha' debe ser vista como una dedicación normal" en favor" del justo bien: en este caso, por el bien que corresponde a las necesidades y a los méritos de los hombres del trabajo asociados por profesiones, pero no es una lucha 'contra' los demás."

La tarea de los sindicatos no se reduce sólo a solicitar aumento de salarios. LE,20 expresa la amplitud que tienen los fines sindicales, lo que coincide con la enseñanza del papa Benedicto XVI en CinV,64.

La relación de los sindicatos y la política fue tratada en MM,97 y 99. Se retoma en GS,68. En LE,20 Juan Pablo II menciona: "...la actividad de los sindicatos entra indudablemente en el campo de la "política", entendida ésta como una prudente solicitud por el bien común. Pero al mismo tiempo, el cometido de los sindicatos no es "hacer política" en el sentido que se da hoy comúnmente a esta expresión. Los sindicatos no tienen carácter de "partidos políticos" que luchan por el poder y no deberían ni siquiera ser sometidos a las decisiones de los partidos políticos o tener vínculos demasiados estrechos con ellos. En efecto, en tal situación ellos pierden fácilmente el contacto con lo que es su cometido específico, que es el de asegurar los justos derechos de los hombres del trabajo en el marco del bien común de la sociedad entera y se convierten en cambio en instrumento para otras finalidades."

Con ello coincide CinV, 64 de Benedicto XVI.

Pablo VI en OA,14 reconoció a la huelga como derecho, "medio último de defensa", pero dijo: "Cuando se trata en particular de los servicios públicos, necesarios a la vida diaria de toda la comunidad, se deberá saber medir los límites, más allá de los cuales los perjuicios causados son absolutamente reprobables".

Juan Pablo II en LE,20 sobre el tema de la huelga, máxima medida de acción directa de que disponen los trabajadores, dice:

"Actuando en favor de los justos derechos de sus miembros, los sindicatos se sirven también del método de la 'huelga', es decir, del bloqueo del trabajo, como una especie de ulti-

mátum dirigido a los órganos competentes y sobre todo a los empresarios. Éste es un método reconocido por la doctrina social católica como legítimo en las debidas condiciones y en los justos límites. En relación con esto los trabajadores deberían tener asegurado el derecho a la huelga, sin sufrir sanciones penales personales por participar de ella. Admitiendo que es un medio legítimo, se debe subrayar al mismo tiempo que la huelga sigue siendo, en cierto sentido, un medio extremo. No se puede abusar de él; no se puede abusar de él especialmente en función de los 'juegos políticos'. Por lo demás, no se puede jamás olvidar que cuanto se trata de servicios esenciales para la convivencia civil, éstos han de asegurarse en todo caso mediante medidas legales apropiadas, si es necesario...".

El Catecismo de la Iglesia Católica el N°2435 enseña:

"La huelga es moralmente legítima cuando constituye un recurso inevitable, si no necesario para obtener un beneficio proporcionado. Resulta moralmente inaceptable cuando va acompañada de violencias o también cuando se lleva a cabo en función de objetivos no directamente vinculados con las condiciones del trabajo o contrarios al bien común".

16. Trabajo y ecología

Si bien el hombre por mandato divino debe dominar la tierra y ella se hace por medio del trabajo, ese dominio *no debe ser despótico e irracional; al contrario, él debe «cultivar y custodiar»* (cf. Gn 2,15) los bienes creados por Dios.

Juan Pablo II en CA,38, en 1991, recordó que "...mientras nos preocupamos justamente, aunque mucho menos de lo necesario, de preservar los «habitat» naturales de las diversas especies animales amenazadas de extinción, porque nos damos cuenta de que cada una de ellas aporta su propia contribución al equilibrio general de la tierra, nos esforzamos muy poco por *salvaguardar las condiciones morales de una auténtica «ecología humana»*. No sólo la tierra ha sido dada por Dios al hombre, el cual debe usarla respetando la intención originaria de que es un bien, según la cual le ha sido dada; incluso el hombre es para sí mismo un don de Dios y, por tanto, debe respetar la estructura natural y moral de la que ha sido dotado. Hay que mencionar en este contexto los graves problemas de la moderna urbanización, la necesidad de un urbanismo preocupado por la vida de las personas, así como la debida atención a una «ecología social» del trabajo. El hombre recibe de Dios su dignidad esencial y con ella la capacidad de trascender todo ordenamiento de la sociedad hacia la verdad y el bien. Sin embargo, está condicionado por la estructura social en que vive, por la educación recibida y por el ambiente...".

Añade en el N°39 que "la primera estructura fundamental a favor de la «ecología humana» *es la familia*, en cuyo seno el hombre recibe las primeras nociones sobre la verdad y el bien; aprende qué quiere decir amar y ser amado, y por consiguiente qué quiere decir en concreto ser una persona. Se entiende aquí la familia fundada en el matrimonio, en el que el don recíproco de sí por parte del hombre y de la mujer crea un ambiente de vida en el cual el niño puede nacer y desarrollar sus potencialidades, hacerse consciente de su dignidad y prepararse a afrontar su destino único e irrepetible...Hay que volver a considerar la familia como el *santuario de la vida*. En efecto, es sagrada: es el ámbito donde la vida, don de Dios, puede ser acogida y protegida de manera adecuada contra los múltiples ataques a que está expuesta, y puede desarrollarse según las exigencias de un auténtico crecimiento humano. Contra la llamada cultura de la muerte, la familia constituye la sede de la cultura de la vida. El ingenio del hombre parece orientarse, en este campo, a limitar, suprimir o anular las fuentes de la vida, recurriendo incluso al aborto,

tan extendido por desgracia en el mundo, más que a defender y abrir las posibilidades a la vida misma.”

El papa Francisco en la encíclica *Laudato si'*, 124, de 2015, sobre el cuidado de la casa común, expresa:

“En cualquier planteo sobre *una ecología integral, que no excluya al ser humano, es indispensable incorporar el valor del trabajo*, tan sabiamente desarrollado por san Juan Pablo II en su encíclica *Laborem exercens*. Recordemos que, según el relato bíblico de la creación, Dios colocó al ser humano en el jardín recién creado (cf. Gn 2,15) no sólo para preservar lo existente (cuidar), sino para trabajar sobre ello de manera que produzca frutos (labrar). Así, los obreros y artesanos «aseguran la creación eterna» (Si 38,34). En realidad, la intervención humana que procura el prudente desarrollo de lo creado es la forma más adecuada de cuidarlo, porque implica situarse como instrumento de Dios para ayudar a brotar las potencialidades que él mismo colocó en las cosas...”.

Añade Francisco en el N°125 de LSI: “Si intentamos pensar cuáles son las relaciones adecuadas del ser humano con el mundo que lo rodea, *emerge la necesidad de una correcta concepción del trabajo* porque, si hablamos sobre la relación del ser humano con las cosas, aparece la pregunta por el sentido y la finalidad de la acción humana sobre la realidad. No hablamos sólo del trabajo manual o del trabajo con la tierra, sino de cualquier actividad que implique alguna transformación de lo existente, desde la elaboración de un informe social hasta el diseño de un desarrollo tecnológico. Cualquier forma de trabajo tiene detrás una idea sobre la relación que el ser humano puede o debe establecer con lo otro de sí...”.

Insiste en el N°127: Decimos que «el hombre es el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social». No obstante, cuando en el ser humano se daña la capacidad de contemplar y de respetar, se crean las condiciones para que el sentido del trabajo se desfigure. Conviene recordar siempre que el ser humano es «capaz de ser por sí mismo agente responsable de su mejora material, de su progreso moral y de su desarrollo espiritual». El trabajo debería ser el ámbito de este múltiple desarrollo personal, donde se ponen en juego muchas dimensiones de la vida: la creatividad, la proyección del futuro, el desarrollo de capacidades, el ejercicio de los valores, la comunicación con los demás, una actitud de adoración. Por eso, en la actual realidad social mundial, más allá de los intereses limitados de las empresas y de una cuestionable racionalidad económica, es necesario que «se siga buscando como prioridad el objetivo del *acceso al trabajo por parte de todos*».”

Dice Francisco en LSI N°128:

“Estamos llamados al trabajo desde nuestra creación. No debe buscarse que el progreso tecnológico reemplace cada vez más el trabajo humano, con lo cual la humanidad se dañaría a sí misma. El trabajo es una necesidad, parte del sentido de la vida en esta tierra, camino de maduración, de desarrollo humano y de realización personal. En este sentido, *ayudar a los pobres con dinero debe ser siempre una solución provisoria para resolver urgencias. El gran objetivo debería ser siempre permitirles una vida digna a través del trabajo*. Pero la orientación de la economía ha propiciado un tipo de avance tecnológico para reducir costos de producción en razón de la disminución de los puestos de trabajo, que se reemplazan por máquinas. Es un modo más como la acción del ser humano puede volverse en contra de él mismo. La disminución de los puestos de trabajo «tiene también un impacto negativo en el plano económico por el progresivo desgaste del “capital social”, es decir,

del conjunto de relaciones de confianza, fiabilidad, y respeto de las normas, que son indispensables en toda convivencia civil». En definitiva, «los costes humanos son siempre también costes económicos y las disfunciones económicas comportan igualmente costes humanos». Dejar de invertir en las personas para obtener un mayor rédito inmediato es muy mal negocio para la sociedad.”

En el N°129 expresa:

“Para que siga siendo posible dar empleo, es imperioso *promover una economía que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial*. Por ejemplo, hay una gran variedad de sistemas alimentarios campesinos y de pequeña escala que sigue alimentando a la mayor parte de la población mundial, utilizando una baja proporción del territorio y del agua, y produciendo menos residuos, sea en pequeñas parcelas agrícolas, huertas, caza y recolección silvestre o pesca artesanal. Las economías de escala, especialmente en el sector agrícola, terminan forzando a los pequeños agricultores a vender sus tierras o a abandonar sus cultivos tradicionales. Los intentos de algunos de ellos por avanzar en otras formas de producción más diversificadas terminan siendo inútiles por la dificultad de conectarse con los mercados regionales y globales o porque la infraestructura de venta y de transporte está al servicio de las grandes empresas. Las autoridades tienen el derecho y la responsabilidad de tomar medidas de claro y firme apoyo a los pequeños productores y a la variedad productiva. Para que haya una libertad económica de la que todos efectivamente se beneficien, a veces puede ser necesario poner límites a quienes tienen mayores recursos y poder financiero. Una libertad económica sólo declamada, pero donde las condiciones reales impiden que muchos puedan acceder realmente a ella, y donde se deteriora el acceso al trabajo, se convierte en un discurso contradictorio que deshonra a la política. La actividad empresarial, que es una noble vocación orientada a producir riqueza y a mejorar el mundo para todos, puede ser una manera muy fecunda de promover la región donde instala sus emprendimientos, sobre todo si entiende que la creación de puestos de trabajo es parte ineludible de su servicio al bien común.”

17. Dimensión espiritual del trabajo

Para desentrañar el "significado que el trabajo tiene a los ojos de Dios (LE,24), Juan Pablo II lo hace desde tres perspectivas íntimamente relacionadas entre sí: desde la teología de la creación, desde el misterio de Cristo y desde la escatología.

Dice en ese número de LE: "Dado que el trabajo en su aspecto subjetivo es siempre una acción personal, *actus personae*, se sigue necesariamente que en él participa el hombre completo, su cuerpo y su espíritu, independientemente del hecho de que sea un trabajo manual o intelectual. Al hombre entero se dirige también la Palabra del Dios vivo, el mensaje evangélico de la salvación, en el que encontramos muchos contenidos-como luces particulares-dedicados al trabajo humano...".

Conceptualiza Juan Pablo II qué quiere decir la espiritualidad del trabajo, y dice que es *aquel significado que el trabajo tiene ante los ojos de Dios, y mediante el cual entra en la obra de la salvación*.

a) El trabajo es cocreador.

En LE,25 se expresa que el trabajo del hombre *“responde a la voluntad de Dios. Creado a imagen de Dios, recibió el mandato de gobernar el mundo en la justicia y santidad, sometiendo a sí la tierra y cuanto en ella se contiene y de orientar a Dios la propia persona y el universo*

entero, reconociendo a Dios como Creador de todo, de modo que con el sometimiento de todas las cosas al hombre sea admirable el nombre de Dios en el mundo".

De ese modo "...el hombre, creado a imagen de Dios, mediante su trabajo *participa en la obra del Creador*, y, según la medida de sus propias posibilidades, en cierto sentido, continúa *desarrollándola y la completa*, avanzado cada vez más en el descubrimiento de los recursos y de los valores encerrados en todo lo creado."

LE,25 se concluye que el hombre debe respetar a la naturaleza, porque el dominio del hombre sobre las cosas no lo autoriza a destruirlas y manipularlas en forma irresponsable. Ser Señor no significa ser dominador tiránico y despiadado sino custodio de la creación.

b) Cristo, modelo de trabajador

En el N°26 de LE Juan Pablo II refiere que "Jesús no solamente lo anunciaba, sino que, ante todo, cumplía con el trabajo el 'evangelio' confiado a él, la palabra de la Sabiduría eterna. Por consiguiente, esto era también el '*evangelio del trabajo*', pues el que lo proclamaba era él mismo hombre del trabajo, del trabajo artesano al igual que José de Nazaret."

Afirma que Cristo "mira con amor el trabajo, sus diversas manifestaciones, viendo en cada una de ellas un aspecto particular en la semejanza del hombre con Dios, Creador y Padre. Agrega el Papa que Jesucristo nos dejó diversas parábolas referidas al trabajo humano...".

El apóstol san Pablo, dice, el Papa, "se gloriaba de trabajar en su oficio (probablemente fabricaba tiendas) (Hch.18,3), y gracias a esto podía también, como apóstol, ganarse por sí mismo el pan (Hc 20,34-35)."Con afán y con fatiga trabajamos día y noche para no ser gravosos a ninguno de vosotros" (2 Tes.3,8). Dijo Pablo: "El que no quiera trabajar que no coma"(2 Tes.3,10).

c) El trabajo como corredentor

En el último número de LE,27, Juan Pablo II dice:

"Todo trabajo-tanto manual como intelectual- está unido inevitablemente a la fatiga. El libro del Génesis lo expresa de manera verdaderamente penetrante, contraponiendo aquella originaria bendición del trabajo contenido en el misterio mismo de la creación, y unida a la elevación del hombre como imagen de Dios, a la maldición que el pecado lleva consigo: "*Por ti será maldita la tierra. Con trabajo comerás de ella todo el tiempo de tu vida*" (Gn.3,17). Este dolor unido al trabajo señala el camino de la vida humana sobre la tierra y constituye el anuncio de la muerte: "Con el sudor de tu rostro comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra; pues de ella has sido tomado..."(Gn.3,19).

Agrega: "El Evangelio pronuncia, en cierto modo su última palabra, también al respecto, en el misterio pascual de Jesucristo. Y aquí también es necesario buscar la respuesta a estos problemas tan importantes para la espiritualidad del trabajo humano. En el misterio pascual está contenida la cruz de Cristo, su obediencia hasta la muerte, que el Apóstol contrapone a aquella desobediencia, que ha pesado desde el comienzo a lo largo de la historia del hombre en la tierra (Rom 5,19). Está contenida en él también la elevación de Cristo, el cual mediante la muerte de cruz vuelve a sus discípulos con la fuerza del Espíritu Santo en la resurrección. El sudor y la fatiga, que el trabajo necesariamente lleva en la con-

dición actual de la humanidad, ofrecen al cristiano y a cada hombre, que ha sido a seguir a Cristo, la posibilidad de participar en el amor a la obra que Cristo ha venido a realizar. Esta obra de salvación se ha realizado a través del sufrimiento y de la muerte de cruz.”

IV. Aportes de Fratelli tutti

El papa Francisco en la encíclica *Fratelli tutti* sobre la fraternidad y la amistad social se expresa acerca del trabajo.

Insiste en el tema de la dignidad del trabajador, pero pone el acento en los pobres.

a) Dice FT,162 que: “Lo verdaderamente popular —porque promueve el bien del pueblo— *es asegurar a todos la posibilidad de hacer brotar las semillas que Dios ha puesto en cada uno, sus capacidades, su iniciativa, sus fuerzas*. Ésa es la mejor ayuda para un pobre, el mejor camino hacia una existencia digna. Por ello insisto en que *«ayudar a los pobres con dinero debe ser siempre una solución provisoria para resolver urgencias. El gran objetivo debería ser siempre permitirles una vida digna a través del trabajo»*. Por más que cambien los mecanismos de producción, la política no puede renunciar al objetivo de lograr que la organización de una sociedad asegure a cada persona alguna manera de aportar sus capacidades y su esfuerzo. Porque «no existe peor pobreza que aquella que priva del trabajo y de la dignidad del trabajo». En una sociedad realmente desarrollada *el trabajo es una dimensión irrenunciable de la vida social, ya que no sólo es un modo de ganarse el pan, sino también un cauce para el crecimiento personal, para establecer relaciones sanas, para expresarse a sí mismo, para compartir dones, para sentirse corresponsable en el perfeccionamiento del mundo, y en definitiva para vivir como pueblo.*”

b) Francisco critica derechamente al mercado cuando se lo considera como el que resuelve todos los problemas, también a las propuestas neoliberalismo. Propone llevar la dignidad humana al centro y que sobre ese pilar se construyan las estructuras sociales alternativas que necesitamos.

FT en el N°168 expresa:

“El mercado solo no resuelve todo, aunque otra vez nos quieran hacer creer este dogma de fe neoliberal. Se trata de un pensamiento pobre, repetitivo, que propone siempre las mismas recetas frente a cualquier desafío que se presente. El neoliberalismo se reproduce a sí mismo sin más, acudiendo al mágico “derrame” o “goteo” —sin nombrarlo— como único camino para resolver los problemas sociales. No se advierte que el supuesto derrame no resuelve la inequidad, que es fuente de nuevas formas de violencia que amenazan el tejido social. Por una parte, es imperiosa una política económica activa orientada a *«promover una economía que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial»*, para que sea posible acrecentar los puestos de trabajo en lugar de reducirlos. La especulación financiera con la ganancia fácil como fin fundamental sigue causando estragos. Por otra parte, «sin formas internas de solidaridad y de confianza recíproca, el mercado no puede cumplir plenamente su propia función económica. Hoy, precisamente esta confianza ha fallado». El fin de la historia no fue tal, y las recetas dogmáticas de la teoría económica imperante mostraron no ser infalibles. La fragilidad de los sistemas mundiales frente a las pandemias ha evidenciado que no todo se resuelve con la libertad de mercado y que, además de rehabilitar una sana política que no esté sometida al dictado de las finanzas, «tenemos que volver a llevar la dignidad humana al centro y que sobre ese pilar se construyan las estructuras sociales alternativas que necesitamos».”

c) Un dato novedoso aparece en FT cuando el papa Francisco en el N°169 se refiere a “los

movimientos populares que aglutinan a desocupados, trabajadores precarios e informales y a tantos otros que no entran fácilmente en los cauces ya establecidos. En realidad, estos gestan variadas formas de economía popular y de producción comunitaria. Hace falta pensar en la participación social, política y económica de tal manera «que incluya a los movimientos populares y anime las estructuras de gobierno locales, nacionales e internacionales con ese torrente de energía moral que surge de la incorporación de los excluidos en la construcción del destino común» y a su vez es bueno promover que «estos movimientos, estas experiencias de solidaridad que crecen desde abajo, desde el subsuelo del planeta, confluyan, estén más coordinadas, se vayan encontrando». Pero sin traicionar su estilo característico, porque ellos «son sembradores de cambio, promotores de un proceso en el que confluyen millones de acciones grandes y pequeñas encadenadas creativamente, como en una poesía». En este sentido son “poetas sociales”, que trabajan, proponen, promueven y liberan a su modo. Con ellos será posible un desarrollo humano integral, que implica superar «esa idea de las políticas sociales concebidas como una política *hacia* los pobres pero nunca *con* los pobres, nunca *de* los pobres y mucho menos inserta en un proyecto que reunifique a los pueblos». Aunque molesten, aunque algunos “pensadores” no sepan cómo clasificarlos, hay que tener la valentía de reconocer que sin ellos «la democracia se atrofia, se convierte en un nominalismo, una formalidad, pierde representatividad, se va desencarnando porque deja afuera al pueblo en su lucha cotidiana por la dignidad, en la construcción de su destino».

IV. Conclusión

La Doctrina Social de la Iglesia se inició contemporáneamente con el Derecho del Trabajo a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

El llamado “derecho nuevo” se escindió del Derecho Civil y se constituyó en una nueva y con anterioridad totalmente desconocida rama del derecho, la que hunde su raíz en “los sagrados derechos de los trabajadores, derechos emanados de su dignidad de hombres y de cristianos: el alma, la salud, el vigor, la familia, la casa, el lugar de trabajo, el salario, los accidentes laborales, todo lo que toca, finalmente a la condición de los asalariados, toman bajo su protección estas leyes, y sobre todo, cuanto atañe a las mujeres y los niños”, QA, 28.

Si la DSI dio impulso al Derecho del Trabajo clásico, el que luego recibió aportes de los derechos sociales o segunda generación, del Neoconstitucionalismo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también puede recibir el influjo de los documentos magisteriales, especialmente de la segunda mitad del siglo XX y de las primeras décadas del siglo XXI.

Un lugar especial tiene dentro de la DSI la carta magna referida a la enseñanza sobre el trabajo, como es la encíclica *Laborem exercens* del papa Juan Pablo II, que en su juventud fue trabajador.

Su luminosa enseñanza se proyecta en el “derecho nuevo” con intuiciones magistrales, de carácter dinámico para un derecho que regula conductas humanas muy dinámicas respecto a los instrumentos con los que se trabaja, con diferentes modos de producir, pero en todo caso un trabajo subordinado ejercido por quienes tienen una excelsa dignidad, elevada por la enseñanza magisterial.

EL DECRETO 329/20 Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA

Carina Noemí Guevara y Ana María Salas¹

Sumario: I. Introducción. II. El derecho de emergencia . III. La respuesta jurisprudencial a la violación de la prohibición de despido establecida por DNU 329/2020. IV. Conclusión.

Palabras clave: DNU 329/20 - Emergencia - Pandemia - Covid - Despido - Reinstalación - Vulnerabilidad .

I.- Introducción

La tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental de raigambre constitucional que integra la concepción del Estado de Derecho y a la justicia como valor fundamental.

Es un derecho autónomo, independiente y transversal al derecho sustancial que se encuentra en juego. Es un derecho fundamental reconocido por el art. 18 de la CN, posicionándose entre los derechos humanos internacionales fundamentales luego de la reforma constitucional del año 1994, donde se incorporaron Convenios internacionales en los que media una especial regulación de él(art. 75, inc. 22 de la CN)².

La citada reforma constitucional significó un avance en el tránsito del Estado de Derecho hacia el Estado de Justicia y la ratificación de los convenios internacionales indicados implica el compromiso asumido por el Estado a fin de evitar que el derecho fundamental reconocido se traduzca en meros enunciados o postulados ilusorios sin efectividad plena y eficacia práctica.

Por ello la CIDH afirmó que *"... la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente*

¹ Carina Noemí Guevara: Abogada y Escribana (UNC); Especialista en Mercosur Aspectos Jurídicos-Económicos (UNC);Diplomada en Derecho Procesal del Trabajo (Universidad Siglo XXI); miembro activo de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas Universidad Blas Pascal; Directora de la investigación "Medidas Preparatorias y Cautelares en el Proceso Laboral en Córdoba (Universidad Siglo XXI) Prosecretaría Letrada de la Asesoría Letrada del Trabajo y Concursante posición número 3 en OMP Concurso de Secretarios de Conciliación Capital y posición número 1 en Jesús María del Poder Judicial de Córdoba. Conferencista y publicista. Mail: cariguev@gmail.com
Ana María Salas: Jueza 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> mail: amsalas9295@gmail.com.

² Es caso de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- aprobado por ley 23054 (B.O., 27-03-84) -arts. 8.1 y 25.1); la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobado por Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (París 10-12-48) art 10-; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por ley 17.722 (B.O., 08-05-68) -art. XVIII- y el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos aprobado por el art. 14 ley 23313 (B.O., 13-95-86).

admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla...¹³.

En similares términos la Corte Federal ha reconocido que "... las declaraciones, derechos y garantías no son- como puede creerse- simples fórmulas teóricas pues cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación...¹⁴.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque, que se concreta en fases sucesivas: 1) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; 2) La obtención de una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión y 3) La ejecutoriedad del fallo que lleve a asegurar que la sentencia se cumpla.

Nos avocaremos al análisis del segundo enfoque o fase de este derecho fundamental a los fines de definir si el debate y decisión de los casos planteados en violación al DNU 329/2020 ha respondido al derecho vigente en contexto de emergencia y ha permitido arribar a soluciones fundadas o motivadas en condiciones y objetivos de equidad

II. El derecho de emergencia

La declaración de emergencia constituye un mal endémico en nuestro país. Por ello se ha naturalizado el dictado de leyes en la materia (vg. ley 23697, 25561, 27541) dando lugar al llamado derecho de la emergencia.

La emergencia significa reconocer un estado de situación fuera de lo común, anormal o extraordinaria. Al respecto de la CSJN ha afirmado: "*Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin...*"¹⁵

En el año 2020 además de la emergencia económica local reconocida por ley 27541, se debió hacer frente a una emergencia natural de carácter sanitario global a partir del día 11-03-2020 en el que la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus, COVID-19, como una pandemia.

Los organismos internacionales de protección de derechos humanos advirtieron sobre la necesidad de adoptar medidas para paliar el impacto que el aislamiento necesario para evitar el avance del virus y las previsibles consecuencias que ello generaría en el empleo⁶ y en las condiciones laborales. En respuesta de ello nuestro país adoptó políticas dirigi-

3 CIDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 24. Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales, y Godínez Cruz.

4 CSJN Caso " Angel Siri p/ Acción de amparo", 27-12-57, Fallos:239:461 Id SAIJ: FA57997827. En el precedente la Corte hizo suya la opinión de Joaquín V. González expuesta en el "Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90.

5 SCJN "Peralta, Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA", 27-12-90.

6 Ver pronunciamientos de ONU, Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos, "Directrices relativas a la COVID-19", 14/4/2020, en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Declaración sobre la pandemia de COVID-19 y los derechos económicos, sociales y culturales", 6/4/2020, versión avanzada sin editar (E/C.12/2020/1), en: <https://undocs.org/es/E/C.12/2020/1>; CIDH, Resolución 1/20, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", 10/4/2020, en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>; Corte IDH, "Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf.

das a proteger el empleo y las remuneraciones de las trabajadoras y trabajadores, tales como subvención de los salarios, de desgravaciones fiscales o de programas complementarios de seguridad social, etc.⁷

En forma especial por el DNU 329/2020 se dispuso la prohibición de despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor a partir del 31 de marzo del 2020, lo que fue objeto de prórroga por decretos posteriores.

Esta norma fue precedida por la citada ley de emergencia 27.541, el DNU 34/19 (B.O., 13-12-19) por el que se declaró la emergencia pública en materia ocupacional; el DNU 260/2020 (B.O., 12-03-2020) por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, por el plazo de un año a partir de su entrada en vigencia; el DNU 297/2022 (B.O., 20-03-2020) por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO). En razón de él las personas debieron permanecer en sus residencias y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, así como desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo con el objeto de prevenir la circulación y el contagio del virus y la afectación de la salud pública. La prohibición de circulación reconocía como excepción las actividades y servicios calificados como esenciales, según el listado establecido por el mismo DNU.⁸

El ASPO fue reemplazado por el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” (DISPO) en un todo conforme los términos y parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos en el DNU 125/2021 (B.O., 28-02-21).

Por tanto la situación laboral en el sector privado quedó definida por dos prohibiciones: la de circular y consiguientemente, de trabajar -con excepción de las actividades y servicios declarados esenciales- y la de suspender o despedir sin justa causa o por las causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

De esta forma el Poder Ejecutivo Nacional incrementó el nivel de tutela a los trabajadores frente al despido arbitrario y elevó 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 disvaliosas.⁹

Con posterioridad el DNU 266/21 (BO 22-04-21) y 413/21 (BO 28-06-21) exceptuaron las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del DNU 34/19 por lo que el ámbito de tutela establecido se limitó a las contrataciones existentes al 13-12-19 y no a las posteriores.

Los despidos producidos en violación de esta norma por el período de su vigencia de-

7 A título meramente ejemplificativo se pueden mencionar el “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción” (ATP); el “Programa de Recuperación Productiva” (REPRO), consistente en un sistema integral de prestaciones por desempleo y la asistencia a través (Decreto 332/2020 (B.O. 01/04/2020). Ampliado por Decreto 376/2020 (B.O. 20/04/2020) y por Decisión Administrativa 1133/2020 (B.O. 27/06/2020)) el “Programa Nacional de Inclusión Socio-Productiva y Desarrollo Local “Potenciar Trabajo” (Resolución 121/2020, Ministerio de Desarrollo Social (B.O. 20/03/2020)-, entre muchos otros.

8 Este DNU fue sucesivamente prorrogado mediante los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20 y, con ciertas modificaciones según el territorio, por los decretos Nros. 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1033/20, y 67/21 hasta el 28 de febrero de 2021, inclusive.

9 Expte. N° 9287780, caratulado: “González Rodrigo Felipe C/ Pléyade S.A. - Medida autosatisfactiva”, Juzgado de Conciliación y Trabajo de 9° Nominación, sentencia de fecha 25-06-2020, citado por Marconetto, María Teresa, “Medidas Autosatisfactivas dictadas en Pandemia en la Provincia de Córdoba” <file:///C:/Users/Ana%20Maria/Downloads/286-Texto%20del%20art%C3%ADculo-897-2-10-20211221.pdf>.

terminaron, en muchos casos, su necesaria judicialización. La postura de los tribunales frente a los despidos que transgredieron esa prohibición constituye el tema de análisis del presente trabajo.

III. La respuesta jurisprudencial a la violación de la prohibición de despido establecida por DNU 329/2020

En el tema se impone distinguir las decisiones que se han expedido sobre los aspectos procesales y sustanciales de las demandas interpuestas

1. Aspectos procesales

Las vías procesales adoptadas por los trabajador/as afectado/as se concretaron esencialmente en dos: medidas autosatisfactivas y demandas de amparos o acciones sumarísimas con medidas precautorias o cautelares de no innovar.

Corresponde destacar que sólo se tratarán aquellas acciones que tuvieron por objeto cuestionar el despido producido por las causales establecidas en el DNU 329/2020, ello es, despido sin causas o fundada en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor.

A los despidos dispuestos con fundamento en una causal -justa o no-, en términos generales se les dio el trámite del proceso de conocimiento o debate pleno y no se los encuadró en el DNU por entender que éste responde a una situación excepcional y que debía configurarse la situación de "tipicidad" establecida por la norma, por lo que se impuso una interpretación restricta en su aplicación.¹⁰

A. Medidas autosatisfactivas¹¹

Algunos tribunales se expidieron respecto de la improcedencia de este trámite en los casos donde se reclamó la reinstalación del trabajador afectado por el despido.

Se consideró que la pretensión del trabajador no debió haber sido canalizada como una medida propiamente "autosatisfactiva" dado que ésta sólo podía funcionar cuando se tratara de "...derechos evidentes", "ostensibles", "patentes", porque el proceso concluye con el

10 El Juzgado de Primera instancia CyC y Conciliación de 1º Nominación. Oficina Única de Conciliación de Bell Ville, en los autos: "L., L. E. c/ G. e H. S.A. - Medida autosatisfactiva", sentencia del 10-11-2020, aplicó el DNU 329/2020 a un supuesto de despido dispuesto por abandono de trabajo. En la causa se comprobó que no se efectuó el emplazamiento previo dispuesto por el art. 244 de la LCT por lo que quedó asimilado a un despido sin causa. En el mismo sentido la Sala I, en el Expte. N° 44579/2021, caratulado: "Burgos, Natalia Elizabeth c/ Consorcio de propietarios Calle Cuenca 2379 s/medida cautelar", 24-08-22, donde se hizo lugar a la reinstalación requerida no obstante tratarse de un despido con causa. El Tribunal consideró que la eventual causa expresada en la comunicación del despido enfrentaría aristas debatibles que, una vez más, exceden el prieto marco de análisis cautelar. Destacó, además que, la restricción a la facultad de despedir se ciñe a la situación excepcional de pandemia, que exige la adopción de medidas de corte también excepcional que aseguren a las personas que trabajan que, en principio, esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo. De lo contrario, se enfrentarían con la consecuente pérdida del ingreso económico -de subsistencia-, en el marco de las medidas de aislamiento impuestas por el Estado, ante una coyuntura que evidencia la escasa probabilidad de que obtengan un nuevo empleo en sustitución del puesto del que la accionada pretende desplazarla -en el caso, encargada con vivienda-.

11 Roland Arazi explica la confusión que se genera entre el anticipo de tutela, la medida autosatisfactiva, el proceso urgente e, incluso, la acción preventiva prevista en los artículos 1711 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta última se ejerce mediante un proceso de conocimiento pleno que culmina con una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada; tiene por objeto evitar un daño, su continuación o agravamiento; el peligro reside en la posibilidad de producir o agravar un daño en el sentido previsto en el artículo 1737 del citado Código. Las medidas cautelares son siempre provisionales y el peligro que justifica su dictado es la demora; el artículo 1713 del CCyCN dispone que la sentencia que se dicta en la acción preventiva debe disponer en forma definitiva o provisoria obligaciones de hacer o no hacer, pero en este caso la provisionalidad no es de carácter procesal, como sucede con las cautelares, sino que el juez, apreciando cual es el daño que se tiende a evitar, puede establecer un límite temporal al mandato hasta que desaparezcan las causas que pueden originarlo o agravarlo. En las medidas cautelares en general y de la innovativa en particular, puede coincidir total o parcialmente con el objeto principal del proceso y no es de la esencia de las medidas preventivas que ellas deben dictarse inaudita parte pues cuando el conocimiento previo de la contraria no frustra la eficacia de la cautela el juez puede oír la otorgando un traslado por un plazo razonable o citándola a una audiencia, valorando las circunstancias del caso y la urgencia. La medida de innovar puede ordenar volver a una situación de hecho o de derecho anterior incluso de la demanda, o crear una nueva situación que no existía con anterioridad. En el caso de la tutela otorgada en forma anticipada, puede que la misma sea de carácter irreversible. Lo importante es que se conceda si la demora puede ocasionar una lesión grave a derechos fundamentales de las personas y hay una fuerte verosimilitud del derecho. Ello no impide que la respectiva resolución sea revisada mediante el ejercicio de los recursos respectivos o al dictarse sentencia definitiva en el expediente principal. <https://fundesi.com.ar/medida-autosatisfactiva/>

dictado de la resolución, consume la pretensión y torna abstracto cualquier debate ulterior.

Por tanto, este recurso procesal sólo resulta procedente cuando el derecho y la urgencia se encuentren debidamente acreditados o su elucidación no supone una cuestión fáctica, probatoria o jurídica compleja o cuando se hubiere probado el reconocimiento del derecho del actor por parte del demandado

Por ello se consideró que la admisión de ese tipo de peticiones por parte de los Tribunales debe ser decidida con suma prudencia y en forma residual (cuando no existen otras vías más eficaces), en razón de su carácter definitivo, no precautorio ni subordinado a otro proceso que presenta.

Consecuentemente la reinstalación requerida, con fundamento en la legislación de emergencia sanitaria, requiere de un análisis jurisdiccional específico después de haber oído al demandado.¹²

Esta solución encuentra respaldo en la doctrina de la Corte Nacional quien desde el año 2005 las descalificó por cuanto entendió que no es posible otorgar una medida con carácter definitivo sin respetar el principio de bilateralidad.¹³

En igual sentido la doctrina ha afirmado que la medida autosatisfactiva, ordenada sin audiencia de la contraria, es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable. El proceso debe continuar hasta la sentencia que ponga fin al conflicto de manera definitiva.¹⁴ Porque si la medida se agota con el simple despacho favorable de la jurisdicción caen con todo su peso aquellos principios que sostienen el debido proceso.¹⁵

Otros tribunales admitieron su procedencia para lo cual se requirió la sola acreditación del vínculo laboral y del despido sin causa o por razones económicas dentro del período de vigencia del DNU 329/20. Con ello se consideró cumplidos los presupuestos necesarios para su despacho favorable.

En su virtud se declaró nulo el despido y se ordenó la reinstalación del trabajador/ra afectado, con el pago de los salarios caídos, además de imponer al demandado el apercibimiento de aplicar astreintes en caso de mediar incumplimiento de la orden judicial.¹⁶

B. Demanda de amparo o acciones sumarísimas con medidas precautorias o caute-

12 Conf. CSJM, Expte. CUIJ: 13-05398332-9/1((010406-161189)), caratulado: "Tolcon SA en Juicio n° 161189 "Moya José Luis Angel c/ tolcon SA p/ Medida precautoria o cautelar" p/ Recurso Extraordinario Provincial", 27-02-2021 (voto de la mayoría); Expte. 9361895, caratulado: "Ruartes, Lucas Ezequiel C/ Chexa S.A. - Medida autosatisfactiva", 29-07-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 5ª Nominación confirmado por la Sala 10ª de la Cámara del Trabajo de Córdoba en fecha 10-09-2020; Expte. N° 9290279, autos: "Arias, Francisco Esteban c/ Tecma SRL- Medida autosatisfactiva" del Juzgado. de Conciliación y Trabajo de 2ª Nominación de Río Cuarto, 20-08-20; Expte. 9361637, autos "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto Y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de Apelación", Sala 1 de la Cámara Única del Trabajo Córdoba, 20-08-2020; Expte. 9325234, carátula: "Sequeira, Alberto C/ Balestrini Roberto, Balestrini Carlos Y Balestrini Pablo SH - Medida autosatisfactiva", 13-07-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 7ª Nominación; Expte. 9322669, carátula: "Andrade, Hernán Ezequiel C/ Consultores de Empresas - División Industrial S.R.L. - Medida autosatisfactiva", 04-08-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 8ª Nominación; Expte. N° 9290387, carátula: "Moya, Víctor Manuel C/ ZF Argentina S.A. Y Otro - Ordinario - Despido", 09-10-2020, Juzgado de Conciliación y Trabajo de San Francisco.

13 CSJN Fallos 322:4520; 327: 4495; 330: 5251; 331: 2287; 327 4495, entre muchos otros.

14 Falcón, Enrique M. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal-Culzoni, 2006, tº IV, p. 887.

15 Rojas, Jorge A. "Sistema cautelares atípicos", Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 219.

16 Expte. N° 9197978 caratulado: "Zampetti Allende, Rubén Dario c/ JBG Group S.A. - Medida autosatisfactiva" del 24º Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10ª Nominación, 19-05-2020 y Expte. N° 9197977, caratulado: "Peretti, Agustina c/ JBG Corp S.A. - Medida autosatisfactiva", sentencia de la misma fecha. Expte. n° 9257133, caratulado: "Sánchez, Candela Amalia c/ Lapenta S.R.L. - Medida autosatisfactiva", del Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8ª Nominación, 05-06-2020.

lares de no innovar

En términos generales los Tribunales hicieron lugar a las medidas cautelares de no innovar con fundamento en la doctrina establecida por la Corte Federal en los casos "Camacho", "Barrera", entre otros¹⁷.

En esos precedentes se afirmó que podían admitirse medidas cautelares innovativas que coincidan total o parcialmente con lo que es o puede ser motivo de debate en una acción principal, por cuanto la decisión que pudiera recaer al respecto no implica prejulgamiento y que, cuando la tutela efectiva de los derechos así lo requiere, es admisible viabilizar medidas de carácter anticipatorio. Para ello será necesario comprobar que se cumpla en forma objetivamente clara los recaudos de procedibilidad referidos a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora¹⁸.

2. Aspectos sustanciales

En este capítulo analizaremos los planteos efectuados respecto de estatutos especiales y modalidades contractuales:

a. Estatutos especiales

* Estatuto de la construcción:

El estatuto que más debate generó es el del Empleado de la Construcción, regulado por ley 22.250.

La solución vino de la mano de los DNU 266/21 (B.O., 22-04-21) y 413/21 (B.O., 28-06-21) los que expresamente exceptuaron de la prohibición establecida en el DNU 329/2020, al personal comprendido en este régimen legal

No obstante, hasta el dictado de esos decretos mediaron situaciones donde se contravirtió la procedencia del despido de lo/as trabajadore/as incluidos en su ámbito.

La improcedencia de la aplicación del DNU 329/2020 reconoció como principal fundamento la característica propia del estatuto que consiste en el carácter temporario del vínculo, por ello se consideró que la aplicación del decreto desnaturalizaría este régimen especial.

Otros fundamentos se encontraron en el derecho administrativo en base a la doctrina establecida por la Corte Federal en la causa "Ramos". Se afirmó que en el caso de los contratados por la administración pública que contaron con una legítima expectativa de permanencia laboral sólo se les reconoció el derecho a recibir una indemnización por ex-

17 CSJN, "Camacho Acosta, Maximino c/ Gráfico Graf SRL y otros", 07-08-97. Se trató de una tutela anticipada que como medida cautelar innovativa, fue solicitada en el proceso principal y se ordenó anticipar parte del reclamo del actor antes de dictada la sentencia definitiva. En igual sentido se puede ver el precedente "Barrera Echavarría María y otros c/ Lotería Nacional Soc. del Estado s/ Acción de amparo", 29-08-17 (Fallos 340:1136).

18 En este sentido se expide el Juzgado Nacional n° 54 en la causa n° 26454/2020, caratulada "Magrino, Martín A. c/ Jockey Club Asociación Civil", 24-11-2020 que fue dejada sin efecto por mayoría por la CNAT Sala II, 16-12-21, por tratarse de un contrato celebrado con posterioridad al 13-12-19 conforme DNU 413/21. Se puede citar como ejemplo la resolución dictada por el Juzgado Federal de Resistencia n°2, en el Expte. N° FRE 1343/2020, caratulado: "Ojeda Benegas, Julio Rodrigo c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Medida cautelar", 07-04-2020. ; y las distintas Salas que componen la CNAT, tal es el ejemplo de la Sala de Feria, Expte. N° 9732/2020, caratulado: "Grasso Viola, Melisa Daniela c/ Chevron Bussines Support Center SRL s/ acción de amparo", 13-05-2020; Sala I, Expte. N° 10520/2020 carátula: "Quiñones Menezes, Andrés Eduardo c/ 25 HORAS SA y otro s/ medida cautelar", sentencia del 29-06-2020; Sala III, Expte. N° 11076/2020, carátula: "Santos, Bárbara Anabella c/ Maxsegur SRL s/ medida cautelar", sentencia de fecha 22-06-2020; Sala IV, Expte. N° 10474/2020/CA1, carátula: "Pérez, Manuel c/ Fibro SRL s/ sumarísimo", sentencia del 16-07-2020, Sala IV, Expte. N° 10744/2020, carátula: "Bianchi, María Julieta c/ Newcycle SRL s/ medida cautelar", sentencia del 17-07-2020; Sala VII, Expte. N° 10026/2020, carátula: "Pereira Erika Joseline c/ c/ Pérez Guerrero, Andy Jacqueline s/ medida cautelar", sentencia del 03-06-2020, Expte. N° 10.409/2020, carátula: "Bernal Betancourt, Douglas José c/ NORPROX SA s/ medida cautelar", sentencia del 24-06-2020, Expte. N° 10495/2020, carátula: "Jimenez Tovar, Karen Vanessa c/ 25 HORAS SA y otro s/ medida cautelar", sentencia del 03-07-2020 y Sala IX, Expte. N° 10206/2020, carátula: "Chávez, Bianca Magalí c/ 25 HORAS SA s/ medida cautelar", sentencia de fecha 18-06-2020; Sala VIII "González, Verónica Andrea vs. Marketing Research And Merchandising S.A. y otro s. Medida cautelar", 26-08-2020, entre otros.

tinción de la vinculación y no su reinstalación, por lo que no se observó como razonable reconocer ese derecho en la industria de la construcción.

El derecho colectivo también fue utilizado como argumento al afirmar que ni a los representantes sindicales, cuando sus mandatos han finalizado, se les ha reconocido el derecho a la reinstalación, razón por la cual no encuentran razón que justifique el reconocimiento de ese derecho en este estatuto.

Por otra parte, se aseguró que la reinstalación pretendida provocaba el consiguiente derecho al goce de haberes sin contraprestación, por ejemplo, en el supuesto de finalización de la obra que dio causa a la extinción del contrato y que impide al empleador otorgarle ocupación efectiva. Y ese derecho ni siquiera es reconocido al trabajador que ejerce legalmente su derecho a huelga.

Se aseguró que la interpretación en contrario afectaba las propias bases sobre las que se apoya la libertad de contratar (art.14 de la Constitución Nacional)

Puede afirmarse que con la letra expresa del DNU 266/2021 (B.O. 22/04/2021) que, posiblemente para salvar cualquier discusión al respecto, excluyó de la protección del DNU 329/2020 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..."* (art. 5; ad. v. DNU 345/2021, art. 5 y DNU 413/2021, art. 5).

Por ello se destacó que es deber de los jueces computar los preceptos en forma armónica con el resto del ordenamiento y la Constitución Nacional, prefiriendo siempre la solución que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la legislación que alcanza el punto en debate (conf. C.S.J.N., Fallos: 323:1374; Fallos: 329:695, entre muchos).¹⁹

También se afirmó que el art.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 vínculo. Y en siguiendo la misma lógica, la ley 26.494 tiene un régimen jubilatorio diferencial propio. De 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 impropia.²⁰

Otros Tribunales se expidieron a favor de la protección y reinstalación de los trabajadores de la industria de la construcción. En estos casos se afirmó que el DNU 487/2020, que fue a su vez prorrogado por D.N.U. 624/2020, entre cuyos fundamentos estableció mantener *"...vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales. Que esta crisis excepcional exige prorrogar la oportuna adopción de medidas de idéntica índole asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta emergencia no les hará perder sus*

19 Conf. CSJM, Expte. CUIJ: 13-05398332-9/1((010406-161189)), caratulado: "Tolcon SA en Juicio n° 161189 Moya José Luis Angel c/ tolcon SA p/ Medida recautoria o cautelar" p/ Recurso Extraordinario Provincial", 27-02-2021 (voto de la mayoría).

20 Expte. 9361637, carátula: "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de apelación", 20-08-2020 de la Sala 1° de Cámara Única del Trabajo, Córdoba (voto del Dr. Rolón); Exp. N° 9351909 y su relacionado N° 9266777, caratulado: "Mainini, Alberto Mauricio C/ Boetto y Buttigliengo SA - Medida autosatisfactiva - Cuerpo de apelación", 21-08-2020, de la Sala 6° de la Cámara del Trabajo de Córdoba, confirmado por el STJ; Expte. 9249861, carátula: "Villaruel, Sebastián Enrique C/ Boetto y Buttigliengo SA-Medida autosatisfactiva", 16-06-2020, del Juzgado de Conciliación y Trabajo de 10° Nominación, revocado por la Sala 1° de la Cámara Única del Trabajo, Córdoba (voto del Dr. Rolón)

puestos de trabajo...”, por ello nada impide que las relaciones laborales comprendidas en este estatuto que se encontraban vigentes al momento de la normativa de emergencia se encuentren comprendida entre los contratos cuya extinción está prohibida por disposición del DNU 329/2020. El Decreto 266/2021 no hace más que confirmar que con anterioridad se encontraba incluido el personal de la industria de la construcción.

Se entendió que la proscripción que allí se establecía no repugnaba ningún precepto constitucional en atención a su escasa vigencia y en un escenario que aún hoy se está recuperando de la profunda crisis económica desencadenada por la pandemia mundial.²¹

Además, se aseguró que la redacción de la norma es clara y no consagra excepciones de ningún tipo, por lo que no es posible interpretar que algún colectivo de trabajadores/as se encuentre excluido de su ámbito de aplicación.²²

Se destacó en forma especial la necesidad de tener en cuenta 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. Por ello 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.²³

En un contexto de emergencia sanitaria y económica, las políticas de Estado son las que definen las prioridades. Por tanto 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 económicos, fiscales y financieros al sector productivo.

Es que 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 inculparable, obra social personal y del grupo familiar, además de la continuidad de capitalización del ya referido fondo de cese para su disponibilidad cuando el contrato se extinga legítimamente.

Si se interpreta en sentido contrario se llevaría a desactivar la normativa de emergencia con el simple pago de una indemnización, lo que no ha sido la voluntad del legislador²⁴, dado que lo que se pretende es asegurar el salario y no la indemnización.²⁵

21 STJ Córdoba, Causa n° 9351909, caratulado "Mainini, Alberto Mauricio c/ Boetto y Buttigliengo SA - Medida Autosatisfactiva - Cuerpo de apelación", 11-04-22; CNAT, Sala I, "González, Héctor Fabián vs. Geo & S - Gerenciamiento de Obras y Servicios S.A. s. Medida cautelar", 19-03-2021; Juzg. Nac. Trab. N° 23: "Castellis, Brian Fabián y otros vs. Aligieri S.A. s. Acción de amparo", 22-05-2020

22 Voto de la minoría de la CSJM, Expte. CUIJ: 13-05398332-9/1(010406-161189), caratulado: "Tolcon SA en Juicio n° 161189 "Moya José Luis Angel c/ Tolcon SA p/ Medida recautoria o cautelar" p/ Recurso Extraordinario Provincial", 27-02-2021; Expte.N° 9306528, carátula: "Toledo, Diego Martin Del Valle C/ Boetto y Buttigliengo S.A. Medida autosatisfactiva" del Juzgado de Conciliación y Trabajo de 9° Nominación confirmado por la Sala 2 de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba, 12-02-21; CNAT Sala VII "González c/ Omalco" 19-08-2020; Cám. Apel. de la provincia de La Pampa, "Monzón c/ Innokonst SA", 14-08-2020; Juzgado de 1° Inst. en lo Laboral de Rosario "Leguizamón c/ Milicic SA", 17-07-2020.

23 Expte.N° 9306528 ya citado del Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9° Nominación, confirmado por la 2° Sala de Cámara Única del Trabajo, Córdoba; Expte. 9249861, caratulado "Villarrol, Sebastián Enrique C/ Boetto y Buttigliengo S.A. - Medida autosatisfactiva" de la Sala 1° de la Cámara del Trabajo de Córdoba (voto del Dr. Giletta).

24 Expte. 9263226, carátula: "García, Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Medida autosatisfactiva", del Juzgado de Conciliación y Trabajo de la 8° Nominación, 18-06-2020. Confirmado por la Sala 1° Cámara del Trabajo de Córdoba.

25 Expte. 9361637, carátula: "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de Apelación -", Sala 1° de

b. Modalidades contractuales

* Contrato de trabajo eventual

En el supuesto de trabajadores eventuales se ha sostenido que más allá de lo que pueda decirse sobre la cuestión de fondo en cuanto a la extensión del decreto 329/2020, se advierte que en el caso se trata de una trabajadora despedida, en época de pandemia y de aislamiento social, preventivo y obligatorio, sin otra fuente de recursos. Además de la íntegra lectura del decreto surge que lo que se pretende impedir es la consumación de despidos durante el transcurso de la situación sanitaria imperante, ello en defensa de los puestos de trabajo y de los propios trabajadores, sin observarse -a priori- otro tipo de distinción al efecto, por lo que se resolvió la procedencia de la aplicación del citado decreto.²⁶

* Contrato de trabajo de plazo fijo

En esta modalidad contractual en el fallo de instancia se afirmó que el decreto 329/2020 no expresa ninguna distinción y, como bien se sabe, en materia interpretativa no cabe distinguir si la ley no lo hace, a lo cual se agrega el principio *pro operario* (art. 9, LCT). Todo ello, despeja cualquier duda debiendo interpretarse a favor del trabajador la aplicación de la norma de emergencia lo que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales.

Lo expuesto fue revocado por el Superior Tribunal porque se trató de una contratación efectuada en fecha 21-01-2020, lo que determinaba la aplicación del DNU 266/21 y sus prórrogas.²⁷

* Contrato a prueba (art. 92 bis de la LCT)

Estos contratos son los que han generado mayor debate, con resultados dispares.

Algunos Tribunales han considerado que resulta procedente la aplicación del DNU 329/2020 por cuanto éste sólo se refiere a los despidos "sin justa causa" y no hace ninguna distinción, fundada en la antigüedad de los trabajadores.

En el período de prueba el empleador puede despedir sin derecho a indemnizar la antigüedad (no así el preaviso, si no lo otorga) y por tanto no es necesario para él invocar como causa que el trabajador no superó la "prueba", pero excluir a los trabajadores de la protección que les brinda el decreto por el solo hecho de no haber superado los tres meses, es una postura reduccionista que no tiene en cuenta el objetivo final, que es el de evitar dejar en el desamparo a los trabajadores.²⁸

No obstante ello, se ha limitado la aplicación del decreto a sus límites de extensión. Por ello se ha afirmado que la norma de emergencia no ha dejado sin efecto lo previsto en el art. 92 bis de la LCT, tampoco han previsto los efectos que la aludida prohibición de extinguir vínculos podría tener sobre la adquisición del derecho a la estabilidad, ni la consecuente extensión del mencionado período de prueba en igual medida que se extienda la imposibilidad de hacer uso de esa facultad. A fin de armonizar ambos institutos, el

Cámara del Trabajo de Córdoba, 20-08-2020 (voto del Dr. Giletta).

26 CNAT, Sala VII. "Guzmán, Dora Pamela vs. OMINT S.A. s. Acción de amparo" de fecha 25-03-2021.

27 SCJM, Expte. N° 13-05339627-9/1, caratulada: "Mediterránea Clean SRL en J° 160.795 Cufre Gazal Laura Julieta c/ Mediterránea Clean SRT p/ Acción de Reinstalac. en el trabajo p/REP", 08-09-21.

28 CNAT, Sala VIII, "Perella, Sergio Oscar vs. 25 Horas S.A. y otro s. Medida cautelar", de fecha 24-08-2020 (voto del Dr. Pesino); Sala V, "Ciocoletto Zulian, Facundo vs. Megamental S.A. s. Acción de amparo", 05-08-2020; Juzg. Nac. Trab. N° 69, "Luna, Neri Alejandro vs. Solutions Group S.A. s. Medida cautelar", 12-06-2020;

despido del actor resultará ineficaz y se mantendrá la vigencia de la relación laboral exclusivamente mientras se extienda la imposibilidad de concluir el vínculo por invocación del período de prueba, esto es durante la vigencia del DNU 329/2020, y sus prórrogas.²⁹

Para otros el decreto 329/2020 no alcanza a estos contratos, sosteniéndose que el trabajador carece de derecho a estabilidad en el empleo y, por consiguiente, a ser reinstalado en la empresa.

Se trata de un modo de extinción autónomo que se configura por la operatividad del plazo suspensivo, cierto y determinado por el art.92 bis de la LCT. Por ello la estabilidad reforzada otorgada por el DNU 329/2020 no había sido adquirida por el actor porque no llegó a cumplir el plazo señalado por la normativa citada en primer término.³⁰

Ese decreto dispuso la prohibición temporal de disponer despidos, y aludió expresamente a "los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor", por lo que no restringió la facultad contenida en el art.92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco del Derecho Público, supeditó la adquisición de la estabilidad en el empleo "...a que se acrediten condiciones de idoneidad durante el período de prueba..." (del Dictamen de Procuración que la Corte hizo propio en autos "Schneiderman", Fallos: 331:735) y que en el mismo sentido se pronunció la Sala X de la C.N.A.T. cuando sostuvo que el período de prueba "...constituye un tiempo establecido en el sistema jurídico laboral por el legislador, que debe transcurrir para hacerse efectiva la indeterminación del plazo del vínculo.

Se trata de un espacio temporal destinado a satisfacer las expectativas que las partes han puesto en su relación y así acceder el trabajador al estándar total de protección que el ordenamiento ha fijado para el empleo privado y que el D.N.U. 329/2020, prorrogado por su similar 487/2020, resulta taxativo en su texto al prohibir los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, sin incluir expresamente otros supuestos legales, tanto extintivos como de condición temporal (art. 2)..."(C.N.A.T., Sala X, sent. del 16/06/2020 "Salazar, Jesús Gabriel c/25 HORAS SA y otro s/medida cautelar", e.o.)."

Admitir lo contrario llevaría a desentenderse de derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional.³¹

IV. Conclusión

En tiempos de emergencia la tutela judicial efectiva del derecho vulnerado, en el caso el mantenimiento del contrato de trabajo por el lapso temporal establecido por el DNU 329/2020 y sus prórrogas, debe entenderse como un derecho humano fundamental de los trabajadores a los fines de obtener una sentencia fundada.

A nuestro entender para que ello se concrete se requiere de razonamientos que resulten

29 Juzg. Nac. Trab. N° 16, "López Vázquez, Patricia Coromato vs. Wellness Argentina S.A. s. Juicio sumarísimo" de fecha 10-06-2020; ídem en la causa "Bartoli Suárez, Giovanni Rubén vs. Rosales, Marcos s. Medida cautelar", de fecha 27-05-2020; CNAT Sala VII, "Jiménez Tovar, Karen Vanessa vs. 25 Horas S.A. y otro s. Medida cautelar", 03-07-2020; ídem "Bernal Betancourt, Douglas José vs. Norprox S.A. s. Medida cautelar", 24-06-2020.

30 CNAT, Sala VIII, "Perella, Sergio Oscar vs. 25 Horas S.A. y otro s. Medida cautelar", 24-08-2020 (voto de la mayoría)

31 SCJM "Farre Silvia Ines en J° 161158 Farre Silvia Ines c/ Mamba SA. p/ Accion de Reinstalac. en el trabajo (medida autosatisfactiva) (161158) p/ REP" de fecha 08-09-21. Cabe advertir que el caso se trató de una trabajadora contrada en el año 2020.

superadores de los análisis meramente formales o dogmáticos y que lleven a la resolución del caso con perspectiva de vulnerabilidad.

Sobre el tema la CIDH ha considerado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

No es suficiente que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.³²

La perspectiva de vulnerabilidad a la que nos invita el Tribunal Internacional lleva al juzgador a aplicar reglas de interpretación donde se ponderen los valores en juego, más allá de la aplicación dogmática y descarnadas de normas, lo cual conduce no sólo a la simplificación de los procesos sino también a la flexibilización de las formas, siempre respetando la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 de la CN).

En ese orden de ideas no cabe duda alguna que el trabajador que es despedido se encuentra en una situación de emergencia que se ve agravada en el contexto sanitario que dio lugar al dictado del DNU 329/2020.

En dicho contexto, la urgencia de los reclamos efectuados por los trabajadores determina la necesidad que adoptar vías procesales más expeditivas³³ y el dictado de resoluciones donde se eviten razonamientos formales, sólo acertados para circunstancias normales, pero descontextualizados en situaciones de emergencia, que lleven a soluciones donde "el vulnerable" resulte realmente protegido³⁴.

Ello se llevará a cabo aplicando normas internacionales, nacionales y provinciales que garanticen el acceso a justicia y la tutela judicial efectiva, sustituyendo la clásica manera de peticionar y resolver las medidas mencionadas por mecanismos procesales modernos ágiles y eficaces, evitando la demora de los juicios y el daño que puede ocasionarse sino se resuelve rápidamente y con perspectiva de vulnerabilidad. También teniendo en cuenta las Reglas de Brasilia, dadas por el conjunto de reglas prácticas de actuación para el acceso a la justicia de las personas vulnerables, entre ellos, identificar el expediente en un lugar visible, dar prioridad en la atención a las personas vulnerables, evitar el rigor formalista y concentrar la mayor cantidad de actos procesales.

32 CIDH, sentencia "Ximenes Lopes v. Brasil", 04/07/06.

33 Marcellino, Verónica, "Ponencia oficial a las XI Jornadas del Centro de la República - 14 y 15 de junio de 2012, Tema III: El proceso laboral procesos urgentes: despacho interino de fondo y medida autosatisfactiva".

34 Por ejemplo lo resuelto en "Grenetier, Diego Matías c/ Previsión ART S.A. - Ordinario -Accidente (ley de riesgos)" - exp. 9303684 ", caso de prueba anticipada, sentencia 95 del 8/9/20, Juzgado de Conciliación y Trabajo de Octava Nominación a cargo de la Dra. Verónica Marcellino, en la cual se admite la misma por los problemas de salud y de extrema vulnerabilidad del solicitante y en autos "ZURITA, MIKAELA ELENA C/ CHEXA S.A. - Medida autosatisfactiva" EXP: 9281522 ", sentencia 43 del 26/6/20, resuelta por el Juzgado de Conciliación y del Trabajo de 4ta. Nominación a cargo del juez Juan Facundo Quiroga Contreras, en el cual se dispuso declarar la nulidad del despido y la restitución de la actora trabajadora embarazada aplicando las Reglas de Brasilia y resolviendo con Perspectiva de vulnerabilidad y de género.

Temas y reuniones plenarias virtuales 2022 de la Sala y Seminario presencial

1^{ra}. Reunión Plenaria 2022 - lunes 7 de marzo, 17 h.

Tema:

Pandemia de Covid-19 y legislación laboral de emergencia. Valoración de su constitucionalidad, pertinencia y eficacia. Diversas perspectivas.

Disertantes:

Mg. Franco Giavedoni (Córdoba); Esp. Ana María Salas(Mendoza); Esp. Mariana Otarola (Rosario de Santa Fe) y Ab.Jorge Tobar(Córdoba).

2^{da}. Reunión Plenaria 2022 - lunes 4 de abril, 17 h.

Tema: La empresa laboral actual. Caracteres y prospectiva. Visiones desde el Derecho del Trabajo, Derecho Civil y Comercial, la jurisprudencia y la Doctrina Social de la Iglesia.

Disertantes:

Esp. Rosalía Adriana Pécora, Esp. Giselle Cragnoilino, Mag., Esp., Guillermo Cerda López y Dr. Ricardo Francisco Seco.

3^{ra}. Reunión Plenaria Nacional y 1^a Internacional 2022 Lunes 6 de mayo, 17 h.

Tema:

La nueva doctrina laboral latinoamericana. Presentación de libros y exposición de temas.

Disertantes: María Elena Arriazu(Argentina): "La prueba en el proceso judicial laboral"; Jenny Esperanza Torres Martínez (Colombia): "La huelga y servicios esenciales en Colombia"; Federico Anaya Ojeda (México): "Ley Federal del Trabajo comentada"; Ricardo Francisco Seco y Edder Hernán Piazza (Argentina): Régimen laboral del personal de casas particulares".

**4^{ta}. Reunión Plenaria Nacional y 2^a Internacional 2022
Lunes 6 de junio, 17 h.**

Tema:

“Trabajadores de plataformas”

Disertantes:

Federico Rosembaun (Uruguay); Giselle González/Brasil); Rogelia Gómez Vargas (México) y María Julia Foddanu (Argentina).

5^{ta}. Reunión Plenaria Nacional 2022 - lunes 4 de julio ,17 h.

Tema:

“Caducidad de los derechos en la Ley de Adhesión provincial a la Ley 27.348 y la Ley Procesal del Trabajo”

Disertantes:

Daniela Favier (Mendoza), Hebe Horny(Río Cuarto),Ricardo Giletta (Córdoba) y Carlos Busajm (Córdoba).

**Seminario Encuentro de Expertos Laboralistas, Dique Chico 2022,
Reflexiones y debates con más preguntas que respuestas
5 y 6 de agosto de 2022**

**Organizado junto con la cátedra de Derechos Humanos Laborales
de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.**

**6^{ta}. Reunión Plenaria y 3^a Internacional 2022
Martes 6 de setiembre, 17 h**

Disertantes y temas:

Dr. Humberto Villasmil Prieto (Venezuela-OIT): Declaración de la OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo y su reciente agregado”.
Ab. Verónica Vidal (UBA): “La Opinión Consultiva N°27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” y Dr. Mauricio César Arese(Córdoba): “Impactos de la Declaración de OIT estableciendo “un entorno de trabajo seguro y saludable como principio y derecho fundamental”.

7^{ma}. Reunión Plenaria Nacional y 4^a Internacional 2022
Martes 4 de octubre de 2022, 17 h

Tema:

“Breve estudio comparativo del sistema de jubilaciones y pensiones en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay”

Disertantes:

Claudia Medina (Argentina); Gabriel Salsamendi (Uruguay);
Hugo Cifuentes (Chile); Fabio dos Passos(Brasil)

8^{va}. Reunión Plenaria Nacional y 4^a Internacional
Martes 1 de noviembre de 2022, 17 h

Tema:

“Régimen jurídico laboral de los profesores de universidades públicas de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay”

Disertantes:

Aníbal Paz(Argentina); Fernando Baz(Uruguay)
José Francisco Castro Castro (Chile); Emille Moura (Brasil)



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar