

AÑO 5_Nº 5

Septiembre 2023

ISSN (Ver. online): 2683-8761

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 5 · Nro. 5 · Septiembre 2023 // ISSN (Versión online): 2683-8761

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 © 2023 by Editorial UBP
 Todos los derechos reservados

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

Publicación editada e impresa en
 Córdoba, Argentina

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

Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral

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

E-Mail: salalaboral@ubp.edu.ar

ISSN (Versión online): 2683-8761

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

EDITORIAL

Con mucha alegría presentamos nuestra revista.

Esta vez es la quinta edición de la **Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral**. Ella es 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.

Estamos en un tiempo complejo del país cuando ya hemos pasado la mitad de las reuniones plenarias de 2023, sean nacionales o internacionales.

Una vez más tenemos autoras de naciones hermanas como Uruguay y Colombia.

También contamos con un aporte reiterado desde la provincia de Entre Ríos y otro nuevo desde la provincia de Buenos Aires. Los demás provienen de la Docta. Proceden de una magistrada laboral y docente, un exmagistrado y docente y varias letradas litigantes también docentes.

La inmensa mayoría de los artículos tienen origen femenino. Ello implica un dato diferencial en este tiempo en la doctrina iuslaboralista.

La revista ve la luz en el año en que se celebra los cuarenta años de la recuperación democrática en Argentina.

El Derecho del Trabajo, consecuencia de la reacción ante la injusticia que se daba con la Cuestión Social del siglo XIX, asentado en principios y normas a principios del siglo XX, luego internacionalizado con la OIT y con los nuevos aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos de la segunda mitad del siglo pasado, transita por un tiempo complejo.

Uno de sus principios fundamentales, como es la justicia social, contenido en la Ley de Contrato de Trabajo ideada por Centeno y sancionada en 1974, tiene a partir de la reforma constitucional de 1994 raigambre constitucional. Además, está calzado en los documentos liminares de la Organización Internacional del Trabajo. Por otro lado, su origen se halla en pensadores católicos del siglo XIX y alcanzó su máxima recepción en la encíclica *Quadragesimo anno* de 1931 del papa Pío XI.

La relación desigual entre trabajadores y empleadores, que justifica las desigualdades compensatorias que introduce el derecho protector, no ha desaparecido. En todo caso se ha modificado y agravado.

La razón de ser del Derecho del Trabajo aún en época de la Revolución 4.0 se mantiene y se expresa en la introducción del art.14 bis de la Constitución Nacional. Obliga al Poder Legislativo, pero también al Ejecutivo y al Judicial.

Nuestro norte seguro en un tiempo tormentoso es la Constitución Nacional y el Bloque de Constitucionalidad Federal.

Como hemos anticipado, la problemática jurídica laboral es dinámica, se renueva.

Los temas que se abordan en la revista de este año son variados y, salvando algunas diferencias por las características de cada país, se expresan en la realidad latinoamericana en general.

Corresponde en justicia agradecer a los autores de los artículos que engalanan este número.

Vaya también nuestro renovado agradecimiento al Prof. Ing. Néstor Pisciotta y con él a la Universidad Blas Pascal que nos cobija.

Dejamos para el final otro agradecimiento reiterado que va para al Dr. Guillermo Ford, Director de la carrera de Abogacía de la UBP, por su permanente apoyo y cercanía a todos los profesores de las materias de derecho social y su acompañamiento a los integrantes de la Sala. En el cuarto de siglo en que el timón de la carrera estuvo en sus manos sirvió para su crecimiento y consolidación.

Sin estos funcionarios universitarios, ni los autores de los artículos publicados en todas las ediciones de la revista, ni los miembros de la Sala que han perseverado en el tiempo, no habiéramos podido hacer camino al andar desde la UBP desde 2018.

De ese modo la rama del Derecho que cultivamos desde hace años tiene una presencia robusta en la docencia e investigación de esta universidad y así se abre a la comunidad iuslaboralista local, nacional e internacional.

Córdoba, septiembre 2023.

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

ÍNDICE

EDITORIAL	7
AVANCES Y RETROCESOS EN EL DERECHO DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN LOS 40 AÑOS DE DEMOCRACIA	
Ricardo Francisco Seco	11
DERECHO SANCIONATORIO EN NUESTRO RÉGIMEN GENERAL	
María Elena Arriazu	30
LA PRUEBA DE LAS RELACIONES LABORALES INFORMALES	
Sergio Lois	44
LA DEPRESIÓN EN EL CONTEXTO DE UN DIAGNÓSTICO DE HIV Y SU INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE INVALIDEZ. ESTUDIO DE CASO DE UN PACIENTE ATENDIDO EN UN HOSPITAL PSIQUIÁTRICO.	
Angélica María Vidal Rosero, Jenny Esperanza Torres Martínez y Narda Katherine Rátiva Hernández	61
PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE. CORTE INTERAMERICANA Y MERCOSUR	
por Teresita Nelly Saracho Cornet	75
DESPIDO DISCRIMINATORIO BAJO LA MIRADA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
María Elena Arriazu	90
FORMAS DE COMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN EL URUGUAY	
Graciela Giuzio	102
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. ART. 29, PÁRRAFOS 1º Y 2º, LCT. CONSECUENCIAS EN EL PATRIMONIO DE LOS TRABAJADORES	
Iriel Esperanza Munitz	114
OTRA MIRADA EN RELACIÓN A LA CLANDESTINIDAD LABORAL	
Noelia Mana y Rosalía A. Pécora	122
ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL FUERO LABORAL	
Carina Noemí Guevara	131

AVANCES Y RETROCESOS EN EL DERECHO DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN LOS 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Ricardo Francisco Seco¹

Sumario: I. Efemérides que celebramos. II. La Ley de Contrato de Trabajo. Principales disposiciones. III. El primer periodo democrático 1983-1989. IV. El periodo neoliberal de 1989-2001. V. La contra-reforma protectora de 1994 y los esfuerzos para su concreción. VI. Desmontaje de la legislación de inspiración neoliberal y la actualidad. VII. Conclusiones.

Palabras claves: Democracia - Ley de Contrato de Trabajo - Flexibilidad - Contraataques protectores.

I. Efemérides que celebramos

El 10 de diciembre de 2023 se cumplirán 40 años de la recuperación democrática argentina. En esa fecha, en 1983, asumió la presidencia de la Nación el Dr. Raúl Ricardo Alfonsín, como además los integrantes de los Poder Legislativo de la Nación, los gobernadores y los legisladores provinciales, los intendentes y concejales municipales, todos los que fueron electos en las elecciones del 30 de octubre de 1983.

Los órganos políticos a posteriori regularizaron la situación del Poder Judicial de la Nación y de las provincias.

Varias fueron las causas que incidieron para que el Gobierno Militar dispusiera entregar el poder asumido de facto el 24 de marzo de 1976, entre ellas pérdida de la Guerra de Malvinas.

El mérito mayor es del pueblo argentino en general, pero muy especialmente es de Raúl Alfonsín, a quien se considera-sin cuestionamientos- como padre de la democracia argentina. Tan importante fue que a partir de allí devino la recuperación de la democracia en muchos países sudamericanos.

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

El presente se basa en un artículo del mismo autor titulado "Democracia en Argentina y Derecho de las relaciones Individuales de trabajo: a 40 años de la recuperación de la democracia. Examen de las normas heterónomas en el periodo. Fortalezas y debilidades", publicado en <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/158/142>.

Argentina es un país federal y, según la Constitución Nacional, el dictado de las normas sustantivas o de fondo que regulan las relaciones de trabajo entre trabajadores y empleadores privados es materia delegada por las provincias al Congreso de la Nación, art.75 inc.12, Constitución Nacional.

La reglamentación de esas normas es competencia del Presidente de la Nación quien ejerce el Poder Ejecutivo. Éste a veces delega esa facultad en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

La interpretación de esas normas heterónomas - además de las autónomas dictadas por los sindicatos y empleadores que se expresan en convenios colectivos de trabajo- en los casos controvertidos es materia del Poder Judicial ordinario, esto es los de las provincias o de la CABA, o quizás también del Poder Judicial de la Nación excepcionalmente en cuanto corresponda dicha competencia material.

Sólo examinaremos ahora las normas heterónomas de derecho de las relaciones individuales de trabajo emanadas del Congreso de la Nación en el periodo democrático anterior, la Ley de Contrato de Trabajo, que fue truncada en 1976, las surgidas del gobierno de facto y las emanadas en el periodo de la recuperación democrática. Procuraremos conocer si se ha vuelto al nivel de protección que se tuvo en 1974.

II. La Ley de Contrato de Trabajo. Principales disposiciones

1.-El régimen de Contrato de Trabajo fue aprobado por la ley 20.744 (B.O.,27/9/1974) dictada por el Congreso de la Nación siendo presidente María Estela Martínez de Perón.

Su anteproyecto fue elaborado por el abogado de la CGT, Norberto Centeno, que era correntino, aunque asentado en Mar del Plata. Murió trágicamente asesinado, lo mismo que otros laboristas, en lo que se conoce como "La noche de las corbatas" en julio de 1977.²

La ley original contaba de trescientos un artículos. Fue la primera ley nacional que sistematizó la totalidad de las regulaciones referidas al contrato de trabajo.

Con antelación había múltiples relaciones laborales y múltiples regulaciones, entre ellas varios estatutos especiales sancionados por leyes desde la década del 40. Varios de ellos perduran y deben convivir con la ley general del trabajo con la cual se debe establecer las condiciones de su aplicación.

La norma, en general, expresa un marcado matiz protector del trabajador y una concepción antropocéntrica del trabajo.³

La modificación sustancial de la LCT original sucedió mediante la ley de facto 21.297 (B.O.,29/4/1976), luego de producido el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976. Sospechamos que estaba preparada con antelación.⁴

2 CELESIA, Felipe, -WAISBERG, Pablo, La noche de las corbatas, cuando la dictadura silenció a los abogados de los trabajadores, Aguilar, Buenos Aires, 2016.

3 CANDAL, Mariano, "Los 40 años de la Ley 20.744, apogeo, decadencia y reconstrucción", en Derecho del Trabajo, Año III Número 9, A 40 años de la Ley de Contrato de Trabajo. El trabajo como valor esencial, originario y fundamento de la sociedad, FERA, Mario S.- RECALDE, Héctor P.(directores), Ministerio de Justicia y Derechos humanos. Presidencia de la Nación, Infojus, Sistema Argentino de Información jurídica, Buenos Aires, 2015, p.55.

4 YOFRE, Juan B., 1976, La conspiración, 24 de marzo- Civiles y militares en el día que cambió la Argentina,

La ley de facto derogó veintisiete artículos de la LCT y modificó en perjuicio de los derechos de los trabajadores otros noventa y siete.

La finalidad de la reforma era nuevamente la concentración de la riqueza en pocas manos, la del sector empresario, el que en su concepción liberal sostiene que el bienestar de la sociedad será alcanzado a partir de la búsqueda de la utilidad individual, haciendo abstracción de las necesidades sociales.⁵

2.-Indicaremos algunas de las principales disposiciones de la LCT original que fueron afectadas por la ley de facto.

El art.19 disponía que las desigualdades que creaba esa ley a favor de las partes sólo se entenderían como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.

La ley establecía con claridad los principios del derecho del trabajo. Ordenaba que cualquier duda sobre la interpretación de las normas o acerca de la prueba en juicio sea resuelta al favor del trabajador, art.9° párr.2°. Extendía la protección haciendo prevalecer sobre ella los usos y costumbres y las prácticas de las empresas en cuanto resultaran más favorable al trabajador.

El art.63 ordenaba presumir *iuris tantum* la existencia de despido cuando se demostraba la existencia de relación de trabajo y su finalización. En cuanto a la subcontratación de personal y la tercerización de la actividad, la regla en la ley original era la solidaridad de los intermediarios y/o empresarios involucrados. En los supuestos de cesión de la actividad normal y específica de un establecimiento, todos los trabajadores debían contar con la misma representación sindical y con la misma convención colectiva, art.32 parr.2°. La norma imponía la solidaridad laboral de las empresas vinculadas no sólo por constituir grupos económicos de carácter visible y permanente, sino también cuando se detectaba un grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden de carácter permanente o accidental, o para la realización de trabajo determinado. Esta solidaridad que la ley consagraba operaba en todos los casos, sin necesidad de demostrar la existencia de fraude o de conducción temeraria, art.33.

La norma sancionada por el Congreso decía que el *ius variandi* abusivo generaba en el trabajador no sólo el derecho a considerarse despedido, sino también a accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas, art.71. Estaba legislado el derecho de retención de tareas del trabajador en los casos que el empleador no cumplía con el deber de seguridad, art.83. Ante una sanción disciplinaria al trabajador, para que ella fuera legítima, ésta debía tener justa causa y plazo fijo, pero el trabajador debía ser oído para ejercer su derecho de defensa. Se establecía una suerte de caducidad o amnistía que provocaba una sanción porque no podía ser tenida en cuenta a ningún efecto una vez transcurridos doce meses desde su aplicación, arts.73,74,75 y 235.

Se prevenían las suspensiones injuriosas que daban derecho al trabajador a considerarse indirectamente despedido, art.242. Regulaba la LCT los efectos de la huelga sobre el

Sudamericana, Buenos Aires,2016.

5 Ver BONOMO TARTABINI, Florencia, "La conquista y el reconocimiento de los derechos del trabajador. De la Constitución Nacional de 1949 a la LCT", en Derecho del Trabajo, Año 3, número 9, "A 40 años de la ley de contrato de trabajo, el trabajo como valor esencial originario y fundamento de la sociedad", FERA, Mario F-. RECALDE, Héctor (directores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Infojus, Buenos Aires,2015, p.27.

contrato de trabajo. Impedía no solamente el despido, sino la contratación de trabajadores para cubrir los puestos de los ausentes durante la medida de fuerza. Se establecía la indemnidad de los huelguistas frente al *ius variandi* patronal como represalia y la reincorporación parcial de los participantes en la medida. También establecía el derecho al cobro de salarios cuando la huelga obedecía a culpa del empleador, arts.243 y 245. La norma prohibía la realización de encuestas y pesquisas para proteger la libertad de pensamiento y de opinión del trabajador, art.81. Las modalidades contractuales que la ley reconocía se reducían al contrato a plazo fijo, el contrato por temporada y el contrato eventual. En materia salarial no se hacían excepciones arbitrarias. Los adelantos de salarios deben ser previamente autorizados por la autoridad de aplicación y podrían alcanzar el 50% del haber, art.144. En caso de que el empleador no otorgara las vacaciones y el trabajador se las tomara *per se*, el salario por el período respectivo era incrementado en dos veces y media, según preveía el art.171.

En caso de enfermedad, el trabajador tenía libre elección de su médico. Pero debía someterse al control del facultativo designado por el empleador. Si el empleador no controlaba la enfermedad con su médico debía atenerse a lo dictaminado en el certificado presentado por el trabajador. En caso de discrepancia entre los galenos debía recurrirse al médico oficial, art.227. La ley preveía en el art.247 que el trabajador podía oponerse a la transferencia del establecimiento y tenía derecho a extinguir el vínculo si ello le provocaba disminución patrimonial al empleador o una alteración de las condiciones de trabajo. El plazo previsto de preaviso para los trabajadores de más de 10 años de antigüedad se extendía a 3 meses y se consideraba nulo si era otorgado mientras el vínculo estaba suspendido por cualquier causa, art.252 y 260. En caso de extinción del contrato de trabajo por quiebra se facultaba al juez a calificar la conducta del empleador. Éste determinaba si la extinción le era imputable y ordenaba el pago de la indemnización prevista por el despido incausado. Si se determinaba que la extinción fue provocada por causa no imputable al empleador, dicha indemnización se reducía a la mitad, art.268 y 272.

La ley original preveía que el plazo otorgado para el dependiente que obtenga su jubilación podría ser ampliado cuando el otorgamiento del beneficio demande un tiempo mayor de tramitación y no existiera en el caso responsabilidad del trabajador, art.273. En la ley de contrato de trabajo la prescripción de las acciones laborales se producía a los 4 años. La excepción estaba en las acciones de responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que prescribían a los dos años, arts.278 y 280. Las actuaciones administrativas y la constitución en mora suspendían el plazo de prescripción por un año, art.276. En caso de suspensión de la prescripción cuando el trabajador demandaba al que le atribuía erróneamente carácter de empleador, aún en el caso de que fuera derrotado en ese proceso o desistimiento de la acción, el plazo de la prescripción para ejercer la acción contra el empleador se suspendía, siempre que se trata de un error excusable. La norma preveía la suspensión de la prescripción cuando la pretensión del trabajador había sido objeto de reclamo o gestión de la asociación sindical con personería gremial, aún en ausencia de mandato expreso, art.282. El art.301 de la LCT original imponía la actualización de los créditos laborales por depreciación monetaria.⁶

Afirma Gustavo Ciampa que “el terrorismo de Estado tuvo fundamento en el terrorismo económico que significó la instauración de un modelo rentístico financiero, el discipli-

6 CANDAL, ob.cit.

namiento del movimiento obrero y la desaparición de trabajadores y trabajadoras. Era preciso destruir derechos. Con ese objetivo se suprimieron y modificaron leyes laborales vaciando el carácter protectorio del derecho del trabajo, aumentando el poder patronal e incrementando el autoritarismo en las relaciones laboral. A 47 años de la última dictadura militar cívico militar, reivindicamos el trabajo digno en su carácter de derecho humano como ordenador social y factor fundamental del sistema democrático”.⁷

La ley de origen cívicomilitar sólo tuvo siete artículos y aniquiló la mayoría de los derechos reseñados. “Era coherente y funcional la ideología liberal y corrosiva de los derechos sociales, que caracterizó la política económico social llevada adelante desde el Ministerio de Economía que encabezó Martínez de Hoz”.⁸

El 13 de mayo de 1976 se dictó el decreto 390/76 que sistematizó el texto ahora ordenado de la LCT.

También en ese tiempo se dictó la ley 21.400 la que prohibió el ejercicio del derecho de huelga y mediante la ley 22.105 se modificó el régimen de las asociaciones sindicales restringiéndose el marco de acción y autonomía de éstas.

III. El primer periodo democrático 1983-1989

En este primer período por el Poder Legislativo nacional no se dictaron normas relevantes en materia de derecho individual del trabajo en pos de recuperar derechos laborales que fueron derogados por el Gobierno de facto. Hubo proyectos en esa línea. El acento estuvo puesto en el juzgamiento de quienes violaron los derechos humanos y en la organización del Estado democrático luego del interregno de facto.

La primera ley dictada después de la asunción del Gobierno democrático relacionada con el tema fue la ley 23.041 (B.O.,4/1/1984) que estableció el pago del sueldo anual complementario, que ya era en dos cuotas con vencimiento en junio y diciembre de cada año, *ahora sería calculado como la mitad de la mejor remuneración devengada por todo concepto de cada semestre*.⁹

La ley 23.592 (B.O.,23/9/1988) es la Ley Antidiscriminatoria en Argentina. Si bien fue dictada para otros temas, ella se aplica a los trabajadores luego de que así lo entendiera la Corte Suprema de Justicia en el caso “Álvarez c/Cencosud” del 7/12/2010, en este punto por unanimidad. La importancia de esta norma sólo emergió muchos años después.

Es importante la incorporación al derecho vigente de instrumentos internacionales de derechos humanos, sobre lo que no abundaremos ahora porque la reforma constitucional de 1994 los asumió de modo trascendente.

IV. El periodo neoliberal de 1989-2001

1. En julio de 1989 asumió el gobierno el presidente Dr. Carlos Saúl Menem, quien luego fue reelecto por cuatro años más y permaneció en el gobierno hasta 1999.

7 CIAMPA, Gustavo, La democracia como consecuencia de la lucha obrera, Normativa laboral y dictadura, Facebook, 15 de marzo 2023, s/d.

8 CANDAL, ob.cit., p.59. Ver SECO, Ricardo Francisco, La remuneración del trabajador en el derecho del trabajo argentino, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

9 CANDAL, ob.cit.

Con él advino el Neoliberalismo a estas playas y con ello la desregulación y la flexibilidad a partir del 8 de julio del año 1989.¹⁰

2.-El gobierno menemista, en un todo de acuerdo con lo que sucedía en el mundo con Reagan en Estados Unidos, Margaret Thatcher en Inglaterra, Collor de Melo en Brasil, Fujimori en Perú, por ejemplo, aplicó la liberalización de la economía argentina mediante reformas liberales ortodoxas.

La nueva legislación laboral bajó los costos de la contratación y alivió las responsabilidades empresariales frente a los riesgos laborales. Estas nuevas leyes laborales buscaron controlar el salario y reducir las contribuciones de los empleadores a la nómina salarial, reformularon y limitaron el papel de los convenios colectivos y el Poder Judicial y flexibilizaron los contratos de trabajo.¹¹

Tales normas fueron dictadas sin oposición sindical.

Se sostenía en ese tiempo que la rigidez de las regulaciones laborales derivada en la pérdida de empleo o falta de contrataciones de nuevos empleados. La exposición de motivos de la ley 24.013, llamada Ley Nacional de Empleo, así lo explicaron.

La 24.013 (B.O.,5/12/91) avanzó en la flexibilidad en la contratación pues instauró los contratos promovidos, llamados “contratos basura” (arts.28 a 40 y 43 a 65, como fueron los de tiempo determinado, lanzamiento de nueva actividad, práctica laboral para jóvenes, y trabajo- formación) y promovió el empleo temporario.¹² Las modalidades contractuales precarias llegaron a reemplazar y eliminar el clásico contrato por tiempo indeterminado o de plazo incierto previsto como regla por la ley 20.744, arts.27 a 53 de la ley 24.013.

Empero esta ley no tuvo efectos positivos en cuanto al incremento del empleo.

Las modalidades temporales impuestas fueron dejadas sin efecto por la ley 25.013 (B.O.,24/9/1998). Mas permanecen aún vigentes las indemnizaciones establecidas en esa norma a favor de los trabajadores no registrados o con registración parcial en el tiempo o con registración incorrecta en sus remuneraciones, como además por los despidos producidos como consecuencia de reclamos por falta por parcial registración, arts.8°,9°,10,11 y 15 de la ley 24.013.

La ley 24.465 (B.O., 28/3/1995) “introdujo el periodo de prueba, el contrato de aprendizaje, el contrato a tiempo parcial y el contrato (promovido) especial de fomento del empleo”.¹³ Ella permitió extender por vía colectiva el periodo de prueba de tres a seis meses y amplió el porcentaje de trabajadores contratados mediante los contratos de aprendizaje y el contrato especial de fomento de empleo.

10 SECO, Ricardo Francisco, “Breves aproximaciones al neoliberalismo y su influencia en el Derecho del Trabajo argentino”, en Libro de Ponencias IX Jornadas sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cruz del Eje, Provincia de Córdoba, 10 y 11 de octubre de 2003, Alveroni, Córdoba, 2003, ps.179 a 190.

11 CANDAL, ob.cit., p.62 con cita de Adriana Marshall y Rosalía Cortés.

12 GRISOLÍA, Julio Armando, “Las consecuencias de las principales reformas al derecho individual del trabajo en el periodo 1991-2001”, en Libro de Ponencias VIII Jornadas sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cruz del Eje, 7 y 8 de setiembre de 2001, Alveroni, Córdoba, p.127.

13 Ídem nota anterior.

Estas regulaciones implantaron la llamada *disponibilidad colectiva* de los derechos laborales fijada por el Estado. Implicaba que la negociación colectiva no era una herramienta tendiente a ampliar los derechos de mínima impuestos por la vía estatal, tal como prevén el art.7° de la LCT y el art.7° de la ley 14.250. Los sujetos colectivos eran llamados para reducir dichos límites, que pasaron a ser mínimos disponibles.¹⁴

La ley 24.467(B.O.,28/3/1995), régimen de las PYMES, flexibilizó el régimen del preaviso y otorgó “por medio de la disponibilidad colectiva la posibilidad del fraccionamiento del SAC y el momento de goce de las vacaciones”¹⁵ para los contratos de trabajo en ese tipo de empresas.

La ley 25.013 (B.O.,24/9/1998) modificó el régimen de despidos rebajando las indemnizaciones por antigüedad o despido, omisión del preaviso y fuerza mayor y falta o disminución de trabajo, y con ello los costos empresarios; también “derogó las contrataciones promovidas que había introducido la ley 24.013 y el contrato especial de la ley 24.465”. Además, redujo “las indemnizaciones de los trabajadores con una antigüedad menor a los dos años (eliminación del mínimo de dos meses) lo que- sumado al periodo de prueba de 30 días sin cargas sociales [luego elevado a tres meses por la ley 25.250]- afectó el derecho a la estabilidad y permanencia en el empleo.”¹⁶

La flexibilidad en materia salarial hizo su aparición mediante el decreto 470/93 del Poder Ejecutivo que procuró poner en sintonía la evolución de los salarios con la evolución de la productividad. Según el decreto 2284/94 había un “estímulo de remuneraciones individualizadas según cánones de productividad”.¹⁷ Se hizo regulación de los beneficios sociales no remuneratorios (decretos 1447/89; 33/93 y la ley 24.700).

La flexibilidad en la gestión de la crisis se hizo con el procedimiento preventivo reglado por la ley 24.013 y la ley 24.522 de Concursos y Quiebras que innovó respecto a las propias fuentes de regulación del contrato de trabajo.¹⁸

En cuanto a las funciones y organización temporal del trabajo, lo que implica cambio de tareas, de horarios y periodo de vacaciones, sucedió en Argentina que en muchos los convenios colectivos firmados a partir de 1993 se utilizó la concesión del art.198 de la LCT modificado por el art.25 de la ley 24.013, dándose la flexibilidad en el tiempo de trabajo. Se habla entonces de jornada extensiva: “cuando se produce una necesidad operativa de la empresa se la extiende hasta cubrir las necesidades de su producción”; jornada ultraflexible: “varía en forma diaria sin seguir un patrón de horarios y sistemas, sino que sin limitaciones puede ser de mañana, de tarde, o de noche, en días hábiles o inhábiles y por horarios también variables”, y jornada ultravariante: “el trabajador tiene tiempo de presencia pasiva y un plazo de presencia activa. En el primero, no realiza actividad; pero cuando recibe instrucciones pasa al segundo lapso que es plenamente productivo”. Se modifican de ese modo las previsiones del Convenio N°1 de la OIT.¹⁹

14 CANDAL, ob.cit., p.63.

15 Ídem nota anterior. No se aplicó en muchos casos..

16 Íbidem.

17 EZCURRA, Ana María, ¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente, Lugar Editorial, Buenos Aires, 1998.

18 Ídem nota anterior.

19 Íbidem.

Los beneficios sociales no remunerativos fueron regulados por el decreto de necesidad y urgencia 1477/89 (B.O., 20/12/1989), reglamentado por el decreto 1478/89, que incorporó el art.105 bis a la LCT. Luego el decreto 333/93 (B.O., 9/3/1993) reglamentó la ejecución de los arts.103, LCT, y 10 y 12 de la ley 18.037. El decreto 433/94 (B.O.,28/3/1994) declaró aplicables las prescripciones del decreto 333/93 como reglamentación de los arts.6° y 7° de la ley 24.241, salvo los honorarios de los directores de las sociedades anónimas.

Además, la ley 24.700 (B.O.,14/10/1996) incorporó a la LCT la figura de los beneficios sociales en el art.103 bis y contempló otras prestaciones no remuneratorias en los arts.105 y 223 bis, LCT. El decreto 815/2001 (B.O., 22/6/2001), también de "necesidad y urgencia", incorporó al art.103 bis de la LCT como "beneficio social" a las tarjetas de transporte; el decreto 510/2003 (B.O.,7/3/2003) prorrogó el decreto 815/2001 hasta el 31/03/2005 y el decreto 2641/2002 (B.O.,20/12/2002), lo prorrogó e incrementó la asignación a \$130, durante enero y febrero de 2003 y a \$ 150, a partir de marzo.

Mediante normas no parlamentarias se afectaron derechos que sólo años después se corrigieron mediante la intervención del Poder Judicial primeramente y más tarde del Poder Legislativo.

Las experiencias nacionales antes citadas no sirvieron "per se" para generar nuevos puestos de trabajo ni reducir el desempleo, sino que solamente se produjo una rotación entre empleos permanentes y temporarios, como sucede normalmente en casos similares.

3.-La ley 25.323 (B.O.,11/10/2000) dictada durante el gobierno del presidente radical Dr. Fernando de la Rúa (gobierno de la Alianza desde 1999 a 2001) incrementó las indemnizaciones en el caso del trabajo no registrado o deficientemente registrado y para cuando el empleador no abone las prestaciones indemnizatorias, no obstante, la intimación que le formulara el dependiente, art.2°. En el primer caso era para poder resarcir el trabajo no registrado cuando no se había cumplido con la intimación del art.11 de la ley 24.013.

La ley 25.343 (B.O.,17/11/2000) fue titulada de prevención de la evasión fiscal. Modificó el art.80 de la LCT al imponer una multa para el caso de las certificaciones que no fueran entregadas por el empleador. Una vez finalizado el vínculo, incorporó el art.132 bis al fijar una sanción adicional en supuesto que el empresario no deposite la suma de dinero retenido del salario del trabajador con destino a los organismos previsionales, sindicales y de la obra social.

El periodo neoliberal terminó abruptamente con la crisis de diciembre del 2001.La situación sólo se encaminó en los primeros meses del 2002.

V.-La contrarreforma protectora de 1994 y los esfuerzos para su concreción

1.- Si bien surgida por la pretensión del presidente Menem de ser reelecto y el llamado "Pacto de Olivos" firmado por éste junto con el expresidente Alfonsín, se estableció un *núcleo de coincidencias básicas* para la reforma de la Constitución Nacional. Además, se dejó algunos temas liberados para tratar por la Asamblea Constituyente.

De común acuerdo entre las fuerzas mayoritarias y con un altísimo consenso en el marco de la Convención Constituyente se aprobó en Santa Fe la reforma constitucional de 1994. Ella tiene varios puntos relacionados con el Derecho del Trabajo.

Convirtió a la Constitución de la República Argentina en una de las más avanzadas del mundo con la constitucionalización de tratados internacionales y declaraciones sobre derechos humanos, art.75 inc.22. La pirámide jurídica argentina ya no tiene por vértice a la Constitución Nacional, sino que es un trapecio porque contiene a la Constitución más el Bloque de Constitucionalidad Federal en la cúspide, la que se ha ensanchado. Se habla entonces de una Constitución “convencionalizada”.

Se impuso un marco al proceso flexibilizador de los 90' porque esas normas significan “un mínimo de derechos sociales”, cuales “límites infranqueables para el legislador ordinario”²⁰ que sólo iban a funcionar en otro periodo cuando el Poder Judicial, en especial la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hiciera aplicación de la nueva estructura normativa en plenitud, una década más tarde.²¹

El bloque de constitucionalidad federal está integrado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen el mismo nivel de la Constitución. Tienen ese nivel los mencionados expresamente por ella y otros que pueden ser incorporados con ese mismo nivel por el Congreso de la Nación con un voto calificado, como se ha hecho.

Son muy importantes para el Derecho del Trabajo: la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscriptos en Nueva York en 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, entre otros.

Durante el primer gobierno democrático se había aprobado el Pacto de San José de Costa Rica, es decir, la Convención Americana de Derechos Humanos, por la ley 23.054 (B.O., 27/3/1984). Ella implicó también el sometimiento de Argentina a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica.

2.-Pero además de la incorporación de nuevos derechos provenientes del ámbito internacional que surgen de esos instrumentos, se hallan los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por la Argentina, los que tienen carácter infraconstitucional pero supralegal, art.75 inc.22, CN, salvo el Convenio 87 que- mencionado por el PIDESD y el PIDCP- hace que él tenga raigambre constitucional.

3.-Hubo también otros aportes, los que se incorporaron a la parte orgánica de la Constitución nacional.

a) Completando disposiciones de la parte dogmática²² se estableció el “*derecho al desarrollo humano*” en el art.75 inc.19, en relación con los arts.41 y 125. Puede ubicarse este derecho entre “los de la tercera generación”. Al hablarse de desarrollo humano se involucra también al “desarrollo económico y social”²³, aunque el contenido se-

20 BIDART CAMPOS. Germán J., “El constitucionalismo social (Esbozo del modo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)”, en Economía, Constitución y Derechos Sociales, BIDART CAMPOS, coordinador, Ediar, Buenos Aires, 1997, p.175.

21 Se dio en la llamada primavera de 2004 con los fallos: “Castillo”, “Vizzoti”, “Aquino”, “Milone”, etc.

22 SABSAY, Daniel A.- ONAINDIA, José M., La Constitución de los argentinos, 2ª ed. ampliada y actualizada, Errepar, Buenos Aires, 1995, p.64.

23 BIDART CAMPOS, El constitucionalismo social (Esbozo del modo socioeconómico...cit.

mántico de la expresión sea tan amplio que resulte “imposible determinar la derivación práctica de esta disposición”, y sin que se produzca ningún cambio trascendente en relación a la anterior cláusula de progreso.²⁴ El nuevo inciso ingresa derechamente a materia económica cuando se refiere “al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores [...]”.

De allí se desprende que “el progreso económico sólo se justifica en la medida que respete y pretenda lograr los fines del ser humano.”²⁵ Además “hay que proveer lo conducente a lograrlo para su efectiva realización”.²⁶

b) A su vez el art.75 inc.23, CN, establece “el principio de igualdad sustancial” que ya estaba implícito en el art.14 bis, siendo destinatarios de esa norma, entre otros, los trabajadores. La norma constitucional obliga al Estado a concretar “medidas de acción positiva” para hacer realidad “los derechos sociales de los sujetos vulnerabilizados”, aunque desde la norma constitucional no pueda definirse “una sola orientación” para hacerlo.

Sucedió lo que Óscar Ermida Uriarte (de feliz memoria) llamaba “contraataques protectores”, pues se produjo la “incorporación, aún en las más altas jerarquías normativas, de normas, mandatos y principios propios de la teoría clásica del derecho laboral.”²⁷

El constituyente de 1994 ratificó la vigencia del art.14 bis y amplió la riqueza normativa de la Constitución Nacional argentina “tanto al definir los objetivos eminentes que deben tener la economía y la política laboral- como lo ha hecho en el inc.19 del art. 75, como cuando incorporó con jerarquía constitucional tratados internacionales específicos que tutelan derechos económicos, sociales y culturales de quienes realizan actividad laboral” en el inc.22 de ese artículo”. La llamada *cláusula del nuevo progreso* se refiere al nuevo progreso social, al nuevo progreso económico y al nuevo progreso educativo y cultural. “El nuevo progreso social se manifiesta al disponer que se proveerá lo conducente al desarrollo humano, al crecimiento armónico de la Nación, al poblamiento de su territorio y a la promoción de políticas diferenciales que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y de las regiones. Se procura así lograr el desarrollo pleno de las potencialidades humanas, proveyendo desde lo institucional el marco más adecuado para lograrlo.”²⁸

c) A partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994 varios valores que ella contiene, y entre ellos la *justicia social*, “integran el ideario de la Constitución Nacional. Aquí encuentra su clave de bóveda la sexta función de la Constitución: *la función*

24 SABSAY- ONAINDIA, ob.cit.

25 Ídem nota anterior.

26 BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996, T. II, p.331.

27 FUENTES PUELMA, Carlos, “La flexibilidad normativa laboral y su relación con la pequeña y mediana empresa latinoamericana”, rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social, Año I, N° 8, enero de 1996, p.1129, citando a ERMIDA URIARTE, Óscar, en AA. VV. Experiencias de flexibilidad normativa, Universidad Nacional Andrés Bello, Chile, 1992, p.29 a 54.

Véase ARESE, César, Derechos humanos laborales. Teoría y práctica de un derecho del trabajo, prólogo de Antonio Baylos, 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.

28 DROMI, Roberto -MENEM, Eduardo, La Constitución reformada, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza, 1994, p.245.

transformadora. La etapa postconstitucional que compete al Congreso de la Nación sin duda ha de significar la adopción de cláusulas y principios que permitan, sin romper la legalidad constitucional, obtener determinados objetivos en lo que respecta a las relaciones políticas, económicas y sociales y a los instrumentos para el desarrollo productivo con justicia social. La jerarquía de las pautas adoptadas por la nueva Constitución significa que tales principios quedan definidos como elementos básicos de la convivencia de la comunidad, enderezados a aumentar el bienestar general, procurar la seguridad económica de los ciudadanos y salvaguardar los intereses generales del país, a compás de la modificación de las fuerzas sociales, el desarrollo cultural, los progresos técnicos y la transnacionalización de la economía.”²⁹

VI.-Desmontaje de la legislación de inspiración neoliberal y la actualidad

La legislación de inspiración neoliberal fue desmontándose progresivamente y con ello la flexibilidad normativa se apaciguó grandemente. Aunque no sucedió lo mismo con la flexibilidad fáctica.

A partir del año 2003, con el gobierno del presidente Néstor Kirchner comenzó un periodo de recuperación de los derechos laborales produciéndose una reconstrucción de la ley 20.744, aunque nunca se volvió al nivel que tenían los derechos de los trabajadores en 1974.

Las relaciones laborales en el mundo han cambiado desde la crisis del petróleo de 1973-1975, han mutado desde el fordismo-taylorismo al toyotismo y así se sigue con la actual Revolución 4.0.

a) Actualmente las figuras de empleo no precario en Argentina son el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, art.90, LCT (que jurídicamente es la regla aún), el de empleo a plazo fijo, arts.93 a 95, LCT, el de empleo por temporada, arts.96 a 98, LCT, el del empleo por equipo, arts.101 a 102, LCT, el de empleo a tiempo parcial, art.92 ter, LCT y el de trabajo eventual, art.99 a 100 y arts.69 a 71 de la ley 24.013, LCT. Una figura precaria que aún permanece es el contrato de aprendizaje, art.1° de la ley 25.013 con las modificaciones de las leyes 25.877 y 26.390.

En cuanto a las pasantías universitarias y secundarias, las primeras ahora son reguladas por la ley 26.427 (B.O.,22/12/2008) y las segundas por el decreto 1374/2011 (B.O.,19/9/2011). Si bien se las sigue considerando figuras no laborales, se hallan ahora reguladas de modo más restricto.

b) Los “contratos basura” de la ley 24.013 fueron pronto derogados por la ley 25.013 (B.O.,24/9/98) dictada aún en el periodo menemista.

Importantes fueron las modificaciones a la LCT por la ley 25.877, llamada de Ordenamiento Laboral (B.O.,19/3/2004).

En materia de derecho de las relaciones individuales del trabajo, ella prolongó, unificó y reguló de modo más restricto el periodo de prueba, art.92 bis. Sustituyó el art.231 respecto del preaviso. Lo mismo hizo con el art.233 en relación con la integración del mes de despido. Volvió al viejo sistema de cálculo de la indemnización

29 MASNATTA, Héctor, Interpretación de la Constitución, LA LEY, 1994-D, 1113.

tarifada del art.245 (un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses), aunque mantuvo el importe mínimo de esa indemnización que en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo.

La Ley de Ordenamiento Laboral, dictada durante el gobierno del presidente Néstor Kirchner, derogó la ley 25.250, llamada la "Ley Banelco" (dictada durante el gobierno del presidente de la Rúa). Eliminó el instituto de la disponibilidad colectiva en materia de contratos de trabajo; fijó en tres meses el periodo de prueba. Recuperó la integración del mes de despido en el caso del preaviso no otorgado y la indemnización por antigüedad volvió a ser calculada en base al salario mensual.

La ley 26.088 (B.O.,24/4/2006) restableció la posibilidad de que el trabajador ante el ejercicio abusivo del *ius variandi* por el empleador pueda requerir el restablecimiento de las condiciones alteradas, lo que sustanciará por el procedimiento sumarísimo.

Ciertamente "el regreso de este dispositivo permite un efectivo cumplimiento del principio de conservación del contrato contenido en el art.10 de la ley de contrato de trabajo".³⁰

Las empresas de servicios eventuales fueron reguladas de mejor manera por el decreto 1694/2006 (B.O., 27/11/2006).

c) La ley 26.390 (B.O.25/6/2008), dictada durante la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner (la que se inició en 2007 y se prolongó hasta 2015), modificó los artículos 32,33 y 119 de la LCT elevando las edades mínimas para la celebración del contrato de trabajo. Modificó además los arts.187 a 191 y 194 a 195 de esa norma respecto de la protección del trabajo infantil y de los adolescentes. A su vez derogó los arts.192 y 193, LCT.

La ley 26.428 (B.O.26/12/2008) dictada durante este periodo presidencial modificó el art.9º, LCT, reincorporando el *in dubio pro operario facti*.

La ley 26.474 (B.O.,23/1/2009) modificó el art.92 ter de la LCT y reguló de mejor manera el contrato a tiempo parcial. La proporcionalidad que dispone el art.195 de la LCT no rige si la prestación excede los 2/3 de la jornada habitual de la actividad. En ese supuesto, el empleador deberá borrar el salario como si el trabajador prestará funciones a tiempo completo.

La ley 26.574(B.O.,29/12/2009) modificó el art.12 de la LCT incluyendo en la irrenunciabilidad de los derechos los que surgen de contratos individuales de trabajo. Con la sanción de la ley aludida se dio fin a la discusión entre la tesis amplia y la tesis estricta respecto de la irrenunciabilidad. La tesis estricta decía que los mínimos eran indisponibles, pero lo que los superaba podía renunciarse. Ahora, con la actual regulación, también son irrenunciables los derechos que surgen de los contratos individuales de trabajo.

La cuenta-sueldo para el pago de remuneraciones del trabajador fue regulada por la ley 26.590 (B.O.,5/5/2010).

30 CANDAL, ob.cit., p.68.

La ley 26.592(B.O.,21/5/2010) incorporó el art.17 bis a la LCT, el que se refiere a las desigualdades compensatorias en el contrato de trabajo y establece el criterio general de interpretación que justifica las desigualdades compensatorias.

En cuanto a los beneficios sociales no remunerativos, con el decreto 392/2003 (B.O.,15/07/2003), se comienza a desandar el erróneo camino de sus predecesores, ya que dispone una especie de "sinceramiento salarial", al otorgarle a la asignación de los decretos 2641/2002 y 905/2003 carácter remuneratorio y permanente, aunque en forma gradual.

La ley 26.341 (B.O., 24/12/2007) derogó los beneficios sociales de "los incisos b) y c) del art. 103 bis de la ley 20.744 (texto según ley 24.700), pero la adquisición del carácter remuneratorio de esos conceptos iba a hacerse de modo progresivo (reglado por el decreto 198/2008)".

La ley 26.474 (B.O., 23/12/2009) modificó según su art.1° el contrato de trabajo a tiempo parcial de manera sumamente minuciosa, el que se hallaba regulado en el art.92 ter de la LCT.

La aplicación del convenio 95 de la OIT, *supra* legal por disposición del art.75 inc.22 de la CN, sirvió para que algunos tribunales consideraran inconstitucionales a las asignaciones no remunerativas sea que ellas hayan sido establecidas por ley, por decreto o por convenio colectivo, proceso que culminó con los fallos de la CSJN. Uno es en la causa "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", del 1° de setiembre de 2009; otro es en "González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro" del 19 de mayo de 2010; otro más es en "Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." del 4 de junio de 2013 y finalmente en "Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", que tenía por demandada a la Municipalidad de Salta (también llamado ATE II), del 18 de junio de 2013.

La ley 26.593 (B.O.,26/5/2010) incorporó el art.255 bis a la LCT que establece que el pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondan por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos por el art.128, computado desde la fecha de extinción de la relación laboral. Antes su contenido era criterio jurisprudencial mayoritario, pero no estaba claramente establecido en las normas.

También la ley 26.696 (B.O.,29/8/2011) modificó el art.275 de la LCT y agregó la sanción adicional derivada del incumplimiento de un acuerdo conciliatorio homologado en sede judicial o administrativa como una causal para la aplicación de intereses sancionatorios.

La ley 26.727(B.O.,2/12/2011) reguló el trabajo agrario dependiente de un nuevo modo y derogó la norma anterior proveniente del gobierno militar de 1980. Se produjo con ella una "elección", esto es se acercó al régimen general de la LCT, en especial en materia de salarios, licencia, descansos, jornada, etc. Contiene incluso algunas normas más favorables que las previstas por la LCT a un colectivo de trabajadores que en el anterior régimen emenado del gobierno militar de 1980 no tenía

ese nivel de protección.³¹

La ley 26.844 (B.O.,12/4/2013) derogó el viejo decreto-ley 326/56 dictado por el gobierno de facto surgido en 1955. Esa norma durante más de medio siglo reguló el trabajo del personal doméstico. Ahora se lo va a llamar “personal de casas particulares”. También existe un verdadero acercamiento a las normas generales de la LCT, aunque se mantienen algunas instituciones con previsiones de derechos de menor alcance tuitivo. Ello se debe fundamentalmente a la calidad del empleador, que en esta clase de contrato no es un empresario y que puede ser normalmente, a su vez, un empleado dependiente. Según las normas del nuevo estatuto la Cenicienta ha dejado de serlo.

La ley 26.911 (B.O.,5/12/2013) recuperó el viejo art.81 de la ley 20.744, prohibiendo al empleador la realización de encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexuales del trabajador.

d) Durante el periodo del presidente Mauricio Macri,2015-2019, se dictó la ley 27.321(B.O.,15/12/2016) mejoró el art.54 de la LCT respecto de la aplicación de registros, planillas u otros elementos de contralor en cuanto a los requisitos para su validez dejando margen para la apreciación judicial, según lo que prevé el art.53, LCT.

El art.1° de la ley 27.322 (B.O.,15/12/2016) modificó el art.71 de la LCT estableciendo que los controles referidos en el art.70, como los relativos a la actividad del trabajador que deberán ser conocidos por él.

La ley 27.323 (B.O.,15/12/2016) restableció el *deber de seguridad* del art.75 de la LCT en todo su alcance, el que había sido reducido por el régimen militar. Ahora permite al trabajador rehusar la prestación de trabajo sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración si esto fuera exigido ante la transgresión de tal deber, siempre que exista peligro inminente de daño, o si hubiera configurado el incumplimiento de la obligación mediante constitución en mora, si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizar los trabajos o proporcionado a los elementos que dicha autoridad establezca. Esto implica el restablecimiento del derecho de retención, lo que la doctrina laboralista siempre ha postulado.

La ley 27.325 (B.O.,15/12/2016) modificó el art.255 de la LCT y dispuso que la antigüedad del trabajador se establezca conforme a lo dispuesto por los arts.18 y 19 de la LCT. Pero si hubiera mediado el reingreso a las órdenes del mismo empleador, se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247,250, 251, 253 y 254 lo pagado en forma nominal, por la misma causa en el cese anterior.

Mediante la ley 27.426 (B.O.,28/12/2017) se modificó el art.252 de la LCT permitiendo que los trabajadores puedan mantenerse en la relación laboral hasta que se cumpla la edad de setenta años y se reúnan los requisitos necesarios para acceder a la prestación básica universal establecida por el art.17 inc.a) de la ley 24.241, cuando antes

31 SECO, Ricardo Francisco, “Modalidades de contratación en el régimen de trabajo agrario. Consideraciones generales. La regla de la indeterminación del plazo”, Consultor Agropecuario N°34, Errepar, Buenos Aires, 2018, p.49/62.

era de sesenta y cinco años ese tope. También se precisó que cuando el trabajador titular obtuviera el beneficio previsional y volviera a prestar servicio en relación de dependencia, el empleador computará como antigüedad el tiempo de servicio posterior al cese, art.253, LCT.

Varios e intensos avatares jurídicos sucedieron respecto del art.147 de la LCT. Mediante la ley 27.444 (B.O.,18/6/2018) la primera parte de aquel artículo quedó como estaba originalmente, el primer y segundo párrafo. Se agregó un tercer párrafo prohibiendo el embargo preventivo o ejecutivo que afecte la cuenta-sueldo mediante la cual se paga el salario de los trabajadores. Según la norma, las retenciones que por derecho correspondan por el embargo preventivo o ejecutivo deberán trabarse poniendo en conocimiento del empleador la orden para que éste efectúe las retenciones que por derecho corresponda. Además, dentro de las 48 horas, el empleador deberá poner en conocimiento del trabajador la medida ordenada con copia de la resolución judicial que lo ordene.

e) Durante el gobierno del presidente Alberto Fernández (periodo 2019-2023) ocurrió la pandemia del Covid 19. Ante la realidad de las restricciones al derecho a la circulación, reunión y trabajo, de hecho se dio un *ius variandi* forzoso y muchos tuvimos que teletrabajar. Se reflataron proyectos anteriores que estaban en el Parlamento.

El art.2° de la ley 27.555 (B.O.,14/8/2020) incluyó el art.102 bis de la LCT. Éste define al contrato de teletrabajo. Mediante el art.1° de dicha ley se aprobó el régimen que regula a esta nueva modalidad.

Omitiremos citar y examinar las normas jurídicas no parlamentarias dictadas durante la pandemia del Covid 19 por el presidente Alberto Fernández a partir del 20 de marzo de 2020 *brevitatis causae* que, si bien influyeron sobre el tema que nos ocupa, ya han perdido vigencia.

Por medio de la ley 27.580(B.O.,15/12/2020) el Congreso aprobó el Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, Convenio 190 de la OIT, siendo Argentina uno de los primeros países del mundo en hacerlo.

La CSJN confirmó una sentencia que ordenó al Poder Ejecutivo Nacional que reglamente la norma de la LCT que impone la obligación de habilitar salas maternales y guarderías en empresas en las que se desempeñen trabajadoras art.179, LCT, que había sido apelada por el gobierno de Macri. Falló en el caso «Etcheverry y otros c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986», el 21/12/2021. El más alto tribunal de la República declaró por primera vez la *inconstitucionalidad por omisión de reglamentación del PEN a una ley del Congreso*, omisión que atraviesa a todos los gobiernos desde 1974 y que ya llevaba 47 años. Fueron los alumnos de la Universidad Austral, pertenecientes a la clínica jurídica de esta universidad, los que hicieron la demanda.

Por medio del decreto 144/2022 (B.O.,23/3/2022) se reglamentó el art.179 de la LCT, que establece la obligatoriedad para las empresas con un determinado número de trabajadoras de habilitar salas maternales y guarderías para niños. Ellas deberán estar en los establecimientos de trabajo donde presten tareas cien personas o más, independientemente de las modalidades de contratación, y se deberán ofrecer es-

pacios de cuidado para niños y niñas de entre cuarenta y cinco días y tres años de edad, que estén a cargo de los trabajadores y las trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo.

VII. Conclusiones

1.-La actitud de los órganos legisferantes en Argentina (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo como colegislador) durante el periodo democrático que festejamos -en cuanto al restablecimiento de los derechos que en 1974 consagraba la LCT- ha sido tardía, parcial y reticente en general, aunque con diferencias.

El periodo de inspiración neoliberal, que duró poco más de una década, implicó un retroceso aún mayor.

Sin embargo, en el largo periodo de 2003 a 2015 hubo más avances, pero también los hubo-aunque de menor medida- en el siguiente que era de otro signo político.

2.-Indiquemos el contenido de las normas que no regresaron.

La extensión de la protección al trabajador haciendo prevalecer sobre ella los usos y costumbres y las prácticas de las empresas en cuanto resultaran más favorable al trabajador, no se restableció.

Respecto a la subcontratación de personal y la tercerización de la actividad, no se ha vuelto al alcance de la ley original. Tampoco lo hizo la norma que mandaba que, en los supuestos de cesión de la actividad normal y específica de un establecimiento, todos los trabajadores debían contar con la misma representación sindical y con la misma convención colectiva.

La norma imponía la solidaridad laboral de las empresas vinculadas no sólo por constituir grupos económicos de carácter visible y permanente, sino también cuando se detectaba un grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden de carácter permanente o accidental, o para la realización de trabajo determinado. Esta solidaridad, que la ley consagraba operaba en todos los casos sin necesidad de demostrar la existencia de fraude o de conducción temeraria, no regresó.

Tampoco volvió a tener vigencia la norma que obligaba que, ante una sanción disciplinaria al trabajador, para que ella fuera legítima debía tener justa causa y plazo fijo, pero el trabajador debía ser oído para ejercer su derecho de defensa. Tampoco la caducidad de las sanciones pasados doce meses de su aplicación.

La regulación de los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo, que impedía no solamente el despido sino también la contratación de trabajadores para cubrir los puestos de los ausentes durante la medida de fuerza, no se restableció.

Tampoco regresó la indemnidad de los huelguistas frente al *ius variandi* patronal como represalia y la reincorporación parcial de los participantes en la medida. Menos el derecho al cobro de salarios cuando la huelga obedecía a culpa del empleador. No se puso en vigencia nuevamente la norma que obligaba que los adelantos de salarios debían ser previamente autorizados por la autoridad de aplicación y podrían alcanzar el 50% del haber.

Tampoco volvió la norma que preveía que, en caso de que el empleador no otorgara las

vacaciones y el trabajador se las tomara *per se*, el salario por el período respectivo sería incrementado en dos veces y media.

Una norma importante que no regresó es aquella que refería que, en caso de enfermedad, el trabajador tenía libre elección de su médico. Pero debía someterse al control del facultativo designado por el empleador. Si el empleador no controlaba la enfermedad con su médico debía atenerse a lo dictaminado en el certificado presentado por el trabajador. En caso de discrepancia entre los galenos debía recurrirse al médico oficial.

No volvió el derecho que tenía el trabajador para oponerse a la transferencia del establecimiento; tenía derecho a extinguir el vínculo si ello le provocaba disminución patrimonial al empleador o una alteración de las condiciones de trabajo. Lo mismo sucedió con el plazo previsto de preaviso para los trabajadores de más de 10 años de antigüedad que se extendía a 3 meses y se consideraba nulo si era otorgado mientras el vínculo estaba suspendido por cualquier causa. En caso de extinción del contrato de trabajo por quiebra se facultaba al juez a calificar la conducta del empleador. Éste determinaba si la extinción le era imputable y ordenaba el pago de la indemnización prevista por el despido incausado.

En la LCT original la prescripción de las acciones laborales se producía a los cuatro años. Se mantiene en dos años el plazo prescriptivo a pesar de que el nuevo Código Civil y Comercial aumentó el plazo general de prescripción liberatoria en casos similares a tres años.

No regresó el plazo de suspensión de la prescripción por las actuaciones administrativas y la constitución en mora que era un año. Se mantiene en seis meses.

Tampoco la norma que mandaba que- en caso de suspensión de la prescripción cuando el trabajador demandaba al que le atribuía erróneamente carácter de empleador, aún en el caso de que fuera derrotado en ese proceso o desistimiento de la acción- el plazo de la prescripción para ejercer la acción contra el empleador se suspendía, siempre que se trata de un error excusable. La norma prevenía la suspensión de la prescripción cuando la pretensión del trabajador había sido objeto de reclamo o gestión de la asociación sindical con personería gremial, aún en ausencia de mandato expreso,

La actualización de los créditos laborales por depreciación monetaria por medio de índices, aún cuando subsiste prevista en la LCT, no volvió en la práctica por la prohibición de la Ley de Convertibilidad de 1991 y la Ley de Emergencia de 2002.

3.-Trasciende como positivo que en el periodo democrático que celebramos se pudo hacer una reforma constitucional en 1994, con alto consenso político, que incluyó expresamente en el texto constitucional el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y entre ellos los laborales, con la incorporación de declaraciones, pactos, convenciones, protocolos, etc., referidos al tema del derecho individual y colectivo del trabajo, sea expresa o implícitamente.

También el Parlamento en la época democrática y en distintos periodos aprobó otros instrumentos internacionales, además de los contenidos en la Constitución convencionalizada, que reconocen u otorgan derechos, algunos nuevos y otros ya anteriormente reconocidos, como son: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - "Convención de Belem do Pará" -ley 24.632 (B.O.,9/4/1996).

En su consecuencia se sancionó la ley 26.485 (B.O.,14/4/2009) que es la Ley de Protección Integral a las Mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia.

El paradigma del *trabajo decente* se abrió camino desde 1999 en las palabras del Secretario General de la OIT y fue recogido en el art.7º de la ley 25.877 (B.O. 19/03/04) como criterio general.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores fue aprobada por la ley 27.360 (B.O.,31/5/2017). La ley 27.700 (B.O.,30/11/2022) le otorgó jerarquía constitucional en los términos del art.75 inc.22 de la CN.

La ley 26.378 (B.O.,9/6/2008) aprobó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. A su vez la ley 27.044 (30/11/2022) también le otorgó jerarquía constitucional.

Representan un claro avance legislativo los nuevos estatutos: el Estatuto del Trabajador Agrario, ley 26.727, y el del Personal de Casas Particulares, ley 26.844.

Con ellos hay un mayor acercamiento a la ley general del trabajo que es la LCT, en el primer caso incluso superada en algunos derechos y, en el segundo, mejorado el régimen anterior aunque con algunas diferencias en menos con la LCT, quizás justificadas. Lo mismo sucede con la aprobación del Convenio 190 de la OIT.

4.-Desde el punto de vista normativo, en el derecho de las relaciones individuales de trabajo hubo en las últimas décadas, ya en el siglo XXI, un esfuerzo en pos de la adecuación normativa a las normas constitucionales y al bloque de constitucionalidad federal.

La contracara, como fue el proyecto de reforma laboral con modificaciones propuestas sobre los regímenes de contrato de trabajo y de convenciones colectivas en el proyecto de reforma laboral enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso en noviembre de 2017, no tuvo acogida parlamentaria.

El movimiento obrero, la doctrina laboral y los abogados laboristas se opusieron tenazmente.

El *corpus iuris* de los derechos humanos constitucionalizados ha hecho que los jueces establezcan un estándar sumamente alto para juzgar los casos que les llegan comparados con las leyes nacionales, integrado ese estándar por las normas internacionales y por los criterios de los organismos de control de los Pactos y de los Convenios de la OIT.

Merece destacarse la doctrina judicial respecto de la *discriminación negativa* elaborada a partir de ellos por la jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También se ha afirmado la libertad sindical. Además, integran ese cuerpo las sentencias y opiniones consultivas de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con sede en San José de Costa Rica, y los Convenios respectivos de la *Organización Internacional del Trabajo*, sean los fundamentales, los prioritarios y técnicos.

5.- Empero una flexibilidad de hecho subsiste en el trabajo no registrado que en altísimo porcentaje aún perdura incrementado, con lo cual muchos trabajadores carecen de de-

rechos porque se hallan fuera del derecho.

La cultura del trabajo casi se ha perdido o diluido en muchos sectores en nuestro país, afectados muchas veces por planes sociales los que- si bien sirvieron y sirven para paliar situaciones gravísimas- no han aportado para incrementar el trabajo decente, el que implica deberes y derechos en los trabajadores en trabajos registrados y seguros. Existe una amplia Economía Informal o Popular.

Al reducirse a los trabajadores a simples factores de la producción, descartarlos cuando son demasiado caros, no permitirles la incorporación de muchos otros al mal llamado "mercado de trabajo" para que cumplan el deber y derecho de trabajar, lejos está la consecución de una "*sociedad basada en el trabajo libre, en la empresa y en la participación*", como la que postulaba el papa Juan Pablo II.³²

6.- A cuarenta años del regreso de la democracia a Argentina, un balance lleva a decir que mucho se ha avanzado legislativamente en comparación con la legislación vigente el 10 de diciembre de 1983.

Pero no se ha vuelto al nivel de protección que tenían los trabajadores en 1974.

Ante ello se elevan voces y proyectos tendientes a flexibilizar peyorativamente las normas laborales a las que se considera normas tan rígidas que impiden o no propician la contratación de nuevos trabajadores.

Los trabajadores organizados, los jueces laborales de todo el país, la doctrina laboralista y los abogados laboristas están atentos a estos *corsi et ricorsi* de la legislación laboral propiciando que ella se mantenga o se modifique, pero para asegurar los derechos de los que son *sujetos de preferente tutela constitucional, como son los trabajadores*, tal cual lo dijera la CSJN reiteradamente.

Teniendo como norte el respeto a los derechos humanos constitucionalizados y convencionalizados deberá examinarse las relaciones laborales de la tercera década del siglo XXI en adelante.

De ese modo se procurará alcanzar la propuesta del presidente Alfonsín en los albores de 1983 que con la democracia "se come, se cura, se educa" y el contenido del Preámbulo de la Constitución Nacional- que él recitaba- por ejemplo, las cláusulas de "afianzar la justicia", "promover al bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad" "para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

32 Papa Juan Pablo II, Carta encíclica Centesimus annus,35, de 1991

DERECHO SANCIONATORIO EN NUESTRO RÉGIMEN GENERAL

*“Los delitos deben ser calificados
según el daño infligido a la sociedad”
Cesare Beccaria*

María Elena Arriazu¹

Sumario: I. Prefacio. II. Relación capital-trabajo como relación de poder social. III. Deber del Estado de hacer cumplir la ley. III.a. Multa del art. 80 L.C.T. III.b. Sanción conminatoria del art. 132 bis L.C.T. IV. Doctrina judicial de nuestro máximo tribunal provincial. IV.a. Multa del art. 80 L.C.T. IV.b. Sanción conminatoria del art. 132 bis L.C.T. V. Colofón.

Palabras clave: Capital - Trabajo - Deber de hacer cumplir la ley - Sanción conminatoria.

I. Prefacio

En el mundo jurídico decir que el derecho es uno resulta un lugar común; pero romper las barreras y las limitaciones de todos, de modo de terminar con el “*statu quo*”, es siempre más fácil de decir que de hacer.

Sabido es que, se ha fragmentado el estudio del Derecho en distintas ramas jurídicas, por ello es que este trabajo pretende analizar la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, desde el prisma del derecho penal, a fin de lograr un enfrentamiento necesario entre el derecho como norma escrita y la realidad.

Es que en todos los órdenes, así como también en lo que atañe a las conductas humanas alcanzadas por el derecho en sus ramas: laboral y penal, la realidad supera muchas veces las previsiones legales.

II. Relación capital-trabajo como relación de poder social

La ejecución del trabajo dependiente en una organización empresaria ajena bajo la forma de un contrato de trabajo es propia del capitalismo y nace recién en el siglo XVIII, con el maquinismo y la Revolución Industrial.

La aparición del movimiento obrero fue un factor determinante en el nacimiento del

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.

derecho del trabajo, cuya evolución en nuestro país fue tardía en comparación con la europea.

En el modelo capitalista, el capital privado sufraga una parte de la vida del obrero que no tiene nada que ver con la esfera productiva. Cumple, por tanto, una función social, que convierte al capitalista en un gestor que goza de un importante poder para condicionar la vida de un número de personas. El capitalismo sustrae a los actores reales de la actividad económica la soberanía material sobre sus vidas: los subordina a estrategias empresariales orientadas al máximo beneficio para el capital.

Por tal razón, el Estado debe ampliar las fronteras entre el trabajo asalariado o dependiente y el trabajo autónomo, en contextos de tercerización productiva, lo cual ha dado lugar al surgimiento de modalidades laborales que han salido de la esfera de la relación de trabajo y han entrado en la esfera del mercado, lo que conlleva una eliminación de derechos y protecciones que sitúa a estos individuos en condiciones de extrema precariedad y vulnerabilidad.

III. Deber del Estado de hacer cumplir la ley

El intento de evadir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por ley es tan viejo como el universo, lo que se observa claramente en la tendencia generalizada a eludir el acatamiento de la legislación tuitiva, máxime cuando su imperatividad e irrenunciabilidad, unidas a los costos de las cargas sociales, son una iniciativa para intentar violarla.

En esta línea de razonamiento, ratificamos la necesidad de intervención del Estado frente a la falta de apego a la juridicidad del mercado, esto es, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, entendidas como inobservancia a las normas jurídicas y sociales. Ergo, el acatamiento a la ley, aunque se la considere gravosa debe ser un principio inmutable, por imperio de la enunciación de no dañar a otro.

Ahora bien, el derecho del trabajo sólo puede ser protectorio del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, por lo que cuenta con normas protectorias para cumplir sus fines y es deber del Estado velar por el cumplimiento de tales normas.

III.a. Multa del art. 80 L.C.T.

En el art. 80 L.C.T. se establecen dos (2) obligaciones:

a) una *obligación de dar*, que consiste en la entrega de los comprobantes de pago de las contribuciones que debe el empleador como obligado directo y de los aportes y cuotas que tiene que retener al trabajador con destino a la seguridad social o a los sindicatos. Para que se torne operativa, el trabajador tiene que requerirlo expresamente al momento de la extinción del contrato o durante su vigencia –en este caso, deben mediar causas razonables-. Es obvio que el empleador cumple cuando paga, ya que si no hizo previamente el depósito no podrá entregar al trabajador las constancias documentadas del pago.

b) una *obligación de hacer*, que consiste en una obligación de entregar el certificado de servicio, que nace con la extinción del contrato y que es una información que no requiere respaldo documental.

Así, el segundo párrafo del artículo expresa que el empleador deberá dar al trabajador,

cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello; y asimismo, que durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando median causas razonables.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo establece la obligación del empleador, al extinguir por cualquier causa el contrato de trabajo, de entregar al trabajador el certificado de trabajo. Fija su contenido al consignar que debe contener las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de seguridad social; asimismo deberá hacer constar la calificación profesional obtenida en los distintos puestos de trabajo desempeñados -ley 24.576-.

El art. 45 ley 25.345 agregó un último párrafo al art. 80 L.C.T., por el cual la inobservancia del deber de entregar al trabajador constancias documentadas del pago de las cotizaciones -copia de los comprobantes de depósito de las contribuciones y aportes debidos como obligado directo y cuotas a cargo del trabajador retenidas por el empleador- y de los certificados de servicios y remuneraciones y de trabajo será sancionada con una indemnización, en favor de éste, equivalente a tres (3) veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o el tiempo de prestación de servicios si fuere menor.

Esta indemnización es independiente de las sanciones conminatorias -astreintes- que pueda imponer la autoridad judicial competente para hacer cesar esa conducta omisiva. Para su procedencia, el trabajador debe intimar de modo fehaciente y por dos (2) días hábiles al empleador, cuando no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido por cualquier causa el contrato de trabajo -Dec. 146/01-.

Es dable advertir también que la constitucionalidad del referido decreto reglamentario está controvertida, en razón que desnaturaliza la propia ley que reglamenta, al exceder el ámbito de la interpretación posible de dicha ley optando por una solución fuera de ésta -art. 45 ley 25.345-.

III.b. Sanción conminatoria del art. 132 bis L.C.T.

En el marco de diversas leyes laborales, previsionales e impositivas, el empleador debe actuar como agente de retención y proceder a retener una porción del salario del trabajador para ingresarla o depositarla luego a la orden de un tercero que son los organismos correspondientes. Se trata de sumas de propiedad del trabajador y que, por lo tanto, no forman parte del patrimonio de agente de retención, que al no ingresarla incurre en el delito de apropiación indebida (Ley 11.683 y art.9° ley 24.769).

Este artículo fue incorporado por la ley 25.345 y se aplica a los contratos iniciados antes y después del 26/11/00 si la retención, falta de depósito y extinción se produce con posterioridad al 26/11/00, como también si la extinción es posterior, pero no la retención y la falta de depósito.

Dispone que si el empleador hubiese efectuado las retenciones a las cuales se halla obligado o autorizado y al momento de la extinción del contrato, ocurrida por cualquier causa a partir del 26/11/00, no hubiese ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a las cuales estuviesen destinados, deberá a

partir de ese momento abonar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que percibía al momento de producirse la desvinculación.

La sanción corre desde la extinción del vínculo hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber ingresado los fondos retenidos, sin perjuicio de la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito de derecho penal. Las remuneraciones en especie deben ser cuantificadas en dinero y en caso de remuneraciones variables de debe tomar en cuenta el promedio.

Por imperio del Dec. reglamentario 146/01, para la procedencia de la sanción, el trabajador debe intimar al empleador para que cumpla dentro del término de treinta (30) días corridos contados a partir de la recepción de la intimación fehaciente, ingresando en los respectivos organismos recaudadores los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder.

No debe confundirse la retención indebida con la falta de ingreso de las sumas debido a la ausencia de registración: la multa contenida en este art. no se aplica a contratos no registrados, dado que si no hay registración no puede haber retención alguna.

IV. Doctrina judicial de nuestro máximo tribunal provincial.

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba en autos: "Díaz"² dispuso que es temperamento aceptado que los pronunciamientos de los máximos organismos judiciales -C.S.J.N., T.S.J.- deben ser seguidos por los tribunales de menor rango por razones de economía procesal, salvo que existan razones serias que en su oportunidad no fueron ponderadas y que justifique insistir en el propio criterio.

V.a. Multa del artículo 80 L.C.T.

Se sostuvo, en cuanto a su **procedencia**:

- a) La puesta a disposición no configura entrega en autos: "Scurta"³.
- b) La irrelevancia del plazo del art.3° Dec. 146/01, aún ante intimación prematura, por silencio a la interpelación en autos: "Araujo Albrecht"⁴.
- c) La irrelevancia del plazo del art.3 Dec. 146/01, aún ante intimación concomitante con la notificación del despido en autos: "Pereyra"⁵, "Callejas"⁶, "Silva"⁷, "González"⁸, "Vaca"⁹ y "Ruzzini"¹⁰.

2 T.S.J.Cba., "Díaz, Pamela Soledad c/ Multiconex S.A. y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 128117/37)" - Sent. 68 (12/06/14).

3 T.S.J.Cba., "Scurta, Carlos Fabián c/ Danone Argentina S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 25785/37)" - Auto 698/10.

4 T.S.J.Cba., "Araujo Albrecht, Alejandra Cristina c/ Vanin S.R.L. - Vanin S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 31146/37)" - Sent. 40 (12/05/09).

5 T.S.J.Cba., "Pereyra, Lidia Mercedes c/ Ferreyra, Carlos Alberto - Ordinario - Despido - Rec. directo (Expte. 66176/37)" - Sent. 30 (04/05/10).

6 T.S.J.Cba., "Callejas, Elena Nancy c/ Cabrera, Walter Hugo - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 102301/37)" - Sent. 25 (29/04/14).

7 T.S.J.Cba., "Silva, Diego Lionel c/ Bustos, Rubén - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 112250/37)" - Sent. 156 (19/11/14).

8 T.S.J.Cba., "González, Alberto Adrián c/ Pérez, Adolfo Ceferino y Otro - Ordinario - Despido - Rec. directo (Expte. 111514/37)" - Sent. 175 (17/12/14).

9 T.S.J.Cba., "Vaca, Héctor Hugo c/ Giacaglia, Roberto y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 613418)" - Sent. 304 (15/12/15).

10 T.S.J.Cba., "Ruzzini, Patricia Fabiana c/ Silkey S.A. y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3139181)" - Sent. 70 (07/06/18).

- d) La irrelevancia del plazo del art.3° Dec. 146/01, aún ante intimación concomitante con la notificación del despido y la demanda en autos: “Pedraza”¹¹.
- e) La irrelevancia del plazo del art.3° Dec. 146/01, aún ante intimación concomitante con la demanda en autos: “Berrios”¹².
- f) La irrelevancia del plazo del art.3° Dec. 146/01, por negativa de la relación laboral en autos: “Demichele”¹³, “Díaz”¹⁴, “Leiva”¹⁵, “Cisneros”¹⁶, “Balzaretti”¹⁷, “Delfitto”¹⁸, “Cortéz”¹⁹, “Iglesias”²⁰, “Debia”²¹, “Basalo”²², “Carrizo”²³, “Argüello”²⁴, “Sgrablich”²⁵, “Dutto”²⁶, “Heredia”²⁷, “Romero”²⁸, “Arguimbau”²⁹, y “Sánchez”³⁰.
- g) Por entrega deficiente, defectuosa o incompleta en instancia judicial en autos:

11 T.S.J.Cba., “Pedraza, Mariana Cristina c/ Inducor S.R.L. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3123765)” – Sent. 36 (05/05/17).

12 T.S.J.Cba., “Berrios, Alejandro Gabriel c/ Amuchástegui, Jorge Omar – Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 41755/37)” – Sent. 46 (26/07/12).

13 T.S.J.Cba., “Demichele, Ricardo A. c/ Oscar Albino, Sosa - Demanda – Rec. directo” – Sent. 260 (19/12/07).-

14 T.S.J.Cba., “Díaz, Ilda Malvina c/ Clínica Aprisa S.R.L. o Aprisa S.R.L. y Otros – Laboral – Rec. de casación” – Sent. 77 (04/08/09).

15 T.S.J.Cba., “Leiva, Ángela Lorena c/ Julio César, Gianinetta - Helacor S.A. y Heladería Grido - Dda. – Indemnización por despido y otros – Recs. de casación e inconstitucionalidad” – Sent. 65 (01/07/10).

16 T.S.J.Cba., “Cisneros, Raúl Alberto c/ Moreno, Miguel Ángel - Ordinario - Despido – Rec. de casación (Expte. 94639/37)” – Auto 78 (04/11).

17 T.S.J.Cba., “Balzaretti, Gisela c/ Timothy, Archer y Otros - Ordinario - Despido – Rec. directo (Expte. 3657/37)” – Sent. 219 (27/10/11).

18 T.S.J.Cba., “Delfitto, Silvia Natalia c/ Telenet S.A. y Otros – Ordinario - Despido – Rec. de casación (Expte. 50055/37)” – Sent. 233 (14/12/11).

19 T.S.J.Cba., “Cortéz, Juan Claudio c/ Marcos Gonella Producciones y Otros – Ordinario – Despido – Rehace – Rec. de casación (Expte. 97233/37)” – Sent. 4 (28/02/13).

20 T.S.J.Cba., “Iglesias, Verónica c/ Sistema de Urgencias del Rosafé S.A. - Ordinario - Despido – Rec. directo (Expte. 96612/37)” – Sent. 35 (14/05/13).

21 T.S.J.Cba., “Debia, Juan Osvaldo c/ Gloria Liliana, Bertorello – Gregorio, Saggese Tozzi Titulares de la firma de fantasía Grego Gas – Dda. Laboral – Rec. de casación” – Sent. 96 (17/09/13).

22 T.S.J.Cba., “Basalo, José Rodrigo c/ Chalup, Gabriel Alberto y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 71695/37)” – Sent. 6 (13/03/14).

23 T.S.J.Cba., “Carrizo, Carlos Rubén c/ Rapela Fundaciones S.R.L. - Ordinario – Despido – Recs. directo y casación (Expte. 89636/37)” – Sent. 295 (03/12/15).

24 T.S.J.Cba., “Argüello, Paola Soledad c/ Rovaretti, María Florencia – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 429442)” – Sent. 94 (27/09/16).

25 T.S.J.Cba., “Sgrablich, Verónica c/ Sotgui, Candelaria y Otros – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3161918)” – Sent. 106 (20/10/16).

26 T.S.J.Cba., “Dutto, Raúl Alberto c/ Lo Mar S.A. – Ordinario - Despido – Rec. directo (Expte. 436199)” – Sent. 86 (01/08/18).

27 T.S.J.Cba., “Heredia, Raúl Alejandro c/ Cáceres, Gustavo Ignacio – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3179534)” – Sent. 111 (21/08/18).

28 T.S.J.Cba., “Romero, Juan de Dios c/ Vélez, Oscar José R. y Otro – Ordinario – Demanda Laboral – Rec. directo (Expte. 2986838)” – Sent. 146 (10/09/18).

29 T.S.J.Cba., “Arguimbau, Gabriel Alejandro c/ El Serra S.A. y Otro – Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 3003338)” – Sent. 179 (10/10/18).

30 T.S.J.Cba., “Sánchez, Sandra Vanesa c/ Panificados Filcam S.A. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 3117632)” – Sent. 140 (05/11/19).

"Delgado"³¹, "Granado"³², "Sierra"³³, "Ferreyra"³⁴, "Kosak"³⁵, "Pagnutti"³⁶ y "Falcón"³⁷.

h) Por renuencia patronal en autos: "López"³⁸, "Aguirre"³⁹, "Contrera"⁴⁰, "Lietz"⁴¹, "Farías"⁴² y "Britos"⁴³.

i) Por solicitud de entrega en autos: "Amaya"⁴⁴, "Cañete"⁴⁵, "Ríos"⁴⁶, "Gregorio"⁴⁷, "Gay"⁴⁸, "Cabrera Martínez"⁴⁹, "Quevedo"⁵⁰, "Audisio"⁵¹, "Pérez"⁵² y "Zanazzo"⁵³.

j) Por solicitud de entrega en instancia administrativa en autos: "Georgevitch"⁵⁴.

k) Por no disociación de obligación accesoria –multa- de obligación principal –hacer

31 T.S.J.Cba., "Delgado, Pablo Antonio c/ Servicios Integrales Produotec S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 95748/37)" - Sent. 55 (05/06/14).

32 T.S.J.Cba., "Granado, Mauricio Alejandro c/ Valdéz, José Emiliano - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 200293/37)" - Sent. 121 (28/05/15).

33 T.S.J.Cba., "Sierra, Mario Roberto c/ Berly Internacional S.A. - Ordinario - Despido - Rec. directo (Expte. 3188522)" - Sent. 111 (27/10/16).

34 T.S.J.Cba., "Ferreyra, Rubén c/ Gener de Almeida, Daniela Esther y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3144124)" - Sent. 190 (14/12/17).

35 T.S.J.Cba., "Kosak, Ernesto Walter c/ Batisttoni, Marta Adriana y Otros - Ordinario - Despido - Recs. directo y casación (Expte. 3009903)" - Sent. 1 (05/02/18).

36 T.S.J.Cba., "Pagnutti, Darío Manuel c/ Indacor S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 1317375)" - Sent. 14 (22/03/19).

37 T.S.J.Cba., "Falcón, Iván Gerardo c/ Ledesma, Manuel y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 543958)" - Sent. 170 (29/06/21).

38 T.S.J.Cba., "López, Alberto Roger c/ Combustible Mediterráneo S.R.L. y Combustible Mediterráneo S.A. y Ángel, Russo - Demanda Laboral - Rec. de casación" - Sent. 55 (15/06/10).

39 T.S.J.Cba., "Aguirre, Mario Gustavo c/ Vargas, Francisco José y Otros - Ordinario - Despido - Recs. de casación y directo (Expte. 15021/37)" - Sent. 101 (31/10/12).

40 T.S.J.Cba., "Contrera, Sergio Gustavo c/ Zárate, Fernando Gabriel - Ordinario - Despido - Rec. directo (Expte. 89368/37)" - Sent. 203 (17/09/15).

41 T.S.J.Cba., "Lietz, Cristina Beatriz c/ Fideicomiso El Camino Viejo y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 1808849)" - Sent. 60 (17/06/20).

42 T.S.J.Cba., "Farías, Ancelmo Abelardo c/ Geme Agro Industrial S.A. y Otros - Ordinario - Estatutos Especiales - Rec. de casación (Expte. 3128273)" - Sent. 135 (27/07/20).

43 T.S.J.Cba., "Britos, Juan Pablo c/ Multiconex S.A. y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3213577)" - Sent. 163 (29/06/21).

44 T.S.J.Cba., "Amaya, José Luis c/ Llaves S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 10848/37)" - Sent. 77 (27/05/08).

45 T.S.J.Cba., "Cañete, Miguel Ángel c/ Sergio, Depetritz y Stella Mary, Heredia - Dda. - Indemnización Ley 22.250 - Diferencia de Haberes y Otros - Rec. de casación" - Sent. 18 (31/03/11).

46 T.S.J.Cba., "Ríos, Marta Ester c/ Zhao, Jun Xiong - Dda. - Diferencia de Haberes y Otros - Rec. de casación" - Sent. 8 (07/03/13).

47 T.S.J.Cba., "Gregorio, Abigail c/ García, Sandra Alicia - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 101876/37)" - Sent. 108 (14/08/14).

48 T.S.J.Cba., "Gay, Anabella c/ Brandalisse, Nora Beatriz - Ordinario - Despido - Rec. directo (Expte. 3141700)" - Sent. 46 (16/05/17).

49 T.S.J.Cba., "Cabrera Martínez, Miguel Ángel c/ Sarsur, Antonio Dimo - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3111823)" - Sent. 143 (05/09/18).

50 T.S.J.Cba., "Quevedo, Guillermo Ceferino c/ Filonzi, Jorge Alberto y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3172361)" - Sent. 165 (08/10/18).

51 T.S.J.Cba., "Audisio, Darío José c/ Dildrome S.A. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3260074)" - Sent. 225 (20/10/20).

52 T.S.J.Cba., "Pérez, Diego Leonardo c/ Pepsico de Argentina S.R.L. y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3173770)" - Sent. 60 (30/03/21).

53 T.S.J.Cba., "Zanazzo, Juan Alberto c/ Julia Saul Digital y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3201121)" - Sent. 82 (20/04/21).

54 T.S.J.Cba., "Georgevitch, Jorge Esteban c/ Dei, Jorge Alberto y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3171554)" - Sent. 44 (09/05/17).

entrega- en autos: "Vallejos"⁵⁵, "Godoy"⁵⁶, "Carabajal"⁵⁷, "Ruzzini"⁵⁸ y "Lescano"⁵⁹.

l) Por ser dos obligaciones: previsional –certificación- y laboral –certificado- en autos: "Catania"⁶⁰, "Erramouspe de Pilnik"⁶¹, "Rodríguez"⁶², "Bustos"⁶³, "Corvalán"⁶⁴, "Nievas"⁶⁵ y "Sequeira"⁶⁶.

m) Y entrega por ser exigencia legal en 30 días, bajo apercibimiento de astreintes de 1 día de S.M.V.M. por cada día de demora desde el vencimiento de los 30 días y hasta los 90 días, bajo apercibimiento de que a quo otorgue en autos: "Di Giacomo"⁶⁷.

n) Y entrega por ser exigencia legal en 10 días, bajo apercibimiento de astreintes de 1 día de S.M.V.M. por cada día de demora desde el vencimiento de los 10 días, bajo apercibimiento de que a quo otorgue en autos: "Dumont"⁶⁸.

ñ) Y entrega por ser exigencia legal en 30 días, bajo apercibimiento de astreintes de 1 día de S.M.V.M. por cada día de demora desde el vencimiento de los 30 días, ante cuyo nuevo vencimiento sin que se cumpla lo ordenado por el Tribunal, de solicitarlo la acreedora, se procederá a librar oficio a la A.N.SE.S. con remisión de copia íntegra de demanda y sentencia definitiva recaída en autos: "Abregú"⁶⁹.

o) En interposición de personas del art. 29 L.C.T. en autos: "Cisneros"⁷⁰ y "Zelmeister"⁷¹.

Se dispuso, en cuanto a su improcedencia, por ser la renuencia patronal el sentido de la sanción:

a) Por falta de fundamentación en autos: "Nieto"⁷².

55 T.S.J.Cba., "Vallejos, Mariano David c/ Lapenta, Adrián Nazario y Otro – Ordinario – Despido – Recs. directo y casación (Expte. 19433/37)" – Sent. 56 (15/06/10).

56 T.S.J.Cba., "Godoy, José Antonio c/ Lapenta, Adrián Nazario y Otros – Ordinario – Despido – Recs. directo y casación (Expte. 19840/37)" – Sent. 59 (17/06/10).

57 T.S.J.Cba., "Carabajal, María Liria c/ Mercado, Claudia Silvia y Otro – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 113779/37)" – Sent. 118 (28/08/14).

58 T.S.J.Cba., "Ruzzini, Patricia Fabiana c/ Silkey S.A. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3139181)" – Sent. 70 (07/06/18).

59 T.S.J.Cba., "Lescano, Franco Diego c/ Good Swet S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3226255)" – Sent. 13 (14/03/19).

60 T.S.J.Cba., "Catania, Javier Marcelo c/ Falabella S.A. - Ordinario – Certificaciones de servicios y remuneraciones (Art. 80 L.C.T.) – Rec. de casación (Expte. 56414/37)" – Auto 378 (09/12).

61 T.S.J.Cba., "Erramouspe de Pilnik, Marta Graciela c/ Asociación Civil Universidad Católica de Córdoba - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 50618/37)" – Sent. 293 (19/11/15).

62 T.S.J.Cba., "Rodríguez, Martín Javier c/ Bufe, Damián Jorge - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 95124/37)" – Auto 92 (22/04/16).

63 T.S.J.Cba., "Bustos, Yanina Vanessa c/ Sol Servicios S.R.L. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 186308/37)" – Sent. 63 (07/06/16).

64 T.S.J.Cba., "Corvalán, Miguel Ángel c/ Jumbo Retail Argentina S.A. – Ordinario - Haberes – Rec. de casación (Expte. 3137044)" – Sent. 113 (21/08/18).

65 T.S.J.Cba., "Nievas, Sandra del Carmen c/ Super Córdoba A Granel S.A. – Ordinario – Certificación de servicios y remuneraciones (Art. 80 L.C.T.) – Rec. de casación (Expte. 3236450)" – Sent. 37 (07/05/19).

66 T.S.J.Cba., "Sequeira, Sabrina Elizabeth c/ Brasca, Víctor Ariel y Otro – Ordinario – Haberes – Rec. directo (Expte. 3212645)" – Sent. 80 (17/06/20).

67 T.S.J.Cba., "Di Giacomo, Oscar c/ Tadar S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3254436)" – Sent. 79 (20/04/21).

68 T.S.J.Cba., "Dumont, Francisco José c/ Villarroel Distribuciones S.R.L. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3234536)" – Sent. 80 (20/04/21).

69 T.S.J.Cba., "Abregú, Gabriela Paola c/ Pentacom S.A. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3217067)" – Sent. 87 (27/04/21).

70 T.S.J.Cba., "Cisneros, Alicia Beatriz c/ Banco Hipotecario S.A. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3299549)" – Sent. 12 (22/02/22).

71 T.S.J.Cba., "Zelmeister, Martín Adrián c/ Volkswagen Argentina S.A. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3231284)" – Sent. 21 (08/03/22).

72 T.S.J.Cba., "Nieto, Héctor Alejandro c/ Osvaldo, Vidal Gillio y/u Otro – Demanda – Rec. de casación" – Sent. 21 (26/04/07).

- b) Por no vigencia de la ley 25.345 en autos: "Pérez"⁷³.
- c) Por personal del Dec.-Ley 326/56 está excluido de la L.C.T. en autos: "Pucheta"⁷⁴.
- d) Por falta de requerimiento de entrega en autos: "Manzanelli"⁷⁵, "Moyano"⁷⁶ y "Caro"⁷⁷.
- e) Por entrega y falta de renuencia en autos: "Garbino"⁷⁸, "Albarracín"⁷⁹, "Gil"⁸⁰, "Astrada"⁸¹, "Bressan"⁸², "Arias"⁸³, "Tejeda"⁸⁴, "OsSES"⁸⁵, "Tolosa"⁸⁶, "Arana"⁸⁷, "Ochoa"⁸⁸, "Capdevila"⁸⁹, "Rodríguez"⁹⁰, "Villalba"⁹¹ y "Ullua"⁹².
- f) Por no integrar la litis en autos: "Pereyra"⁹³.
- g) Por falta de cumplimiento de requisitos legales del art.3° Dec. 146/01 en autos: "Agüero"⁹⁴.
- h) Por entrega en instancia extrajudicial –Ministerio de Trabajo- en autos: "Pérez"⁹⁵.
- i) Por entrega en instancia extrajudicial –Ministerio de Trabajo- y judicial en audiencia

-
- 73 T.S.J.Cba., "Pérez, Edgar Norberto c/ Máxima S.A. A.F.J.P. - Ordinario – Certificación de servicios y remuneraciones (Art. 80 L.C.T.) – Rec. de casación (Expte. 39377/37)" – Sent. 205 (13/09/11).
 - 74 T.S.J.Cba., "Pucheta, Cristina del Valle c/ Von Rennenkampf de Wiegand, Margarita Elisabeth y Otro - Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 786712)" – Sent. 40 (09/05/17).
 - 75 T.S.J.Cba., "Manzanelli, Eduardo Alberto c/ AMX Argentina S.A. y Otro – Ordinario – Estatutos Especiales – Rec. de casación (Expte. 125390/37)" – Sent. 135 (02/10/14).
 - 76 T.S.J.Cba., "Moyano, Patricia Liliana c/ Schroder, Cristian – Ordinario - Haberes - Rec. directo (Expte. 3178250)" – Sent. 3 (21/02/17).
 - 77 T.S.J.Cba., "Caro, Pablo Sebastián c/ Hinga, Luciana Verónica y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3331841)" – Sent. 236 (26/08/21).
 - 78 T.S.J.Cba., "Garbino, Gustavo Javier c/ Carranza, Jorge Alberto – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 22375/37)" – Sent. 85 (13/08/09).
 - 79 T.S.J.Cba., "Albarracín, María Esther c/ Ciucor S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3937/37)" – Sent. 49 (09/06/10).
 - 80 T.S.J.Cba., "Gil, Marcelo Horacio c/ Morello, Gabriel Américo y Otros – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 23643/37)" – Sent. 65 (24/05/11).
 - 81 T.S.J.Cba., "Astrada, Mario Sergio c/ Casasola Mayorista S.A. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 41727/37)" – Sent. 72 (19/06/14).
 - 82 T.S.J.Cba., "Bressan, Javier Leonardo c/ Danone Argentina S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 22868/37)" – Sent. 103 (30/07/14).
 - 83 T.S.J.Cba., "Arias, José Emiliano c/ Lázaro, Cristoval Floro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 124466/37)" – Sent. 112 (26/08/14).
 - 84 T.S.J.Cba., "Tejeda, Olga Noemí c/ Sevilla, Susana Esther - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 101904/37)" – Sent. 114 (26/08/14).
 - 85 T.S.J.Cba., "OsSES, Leopoldo Marcos c/ Libertad S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 113703/37)" – Sent. 134 (02/10/14).
 - 86 T.S.J.Cba., "Tolosa, Mariela Elisabeth c/ Morfino, Néliida Teresa y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 157558/37)" – Sent. 172 (16/12/14).
 - 87 T.S.J.Cba., "Arana, Ana María c/ Centro Comercial Industrial y de Servicios de Laboulaye - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 1658733)" – Sent. 156 (08/10/18).
 - 88 T.S.J.Cba., "Ochoa, Antonio Luis c/ Friends Group S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3087836)" – Sent. 22 (10/04/19).
 - 89 T.S.J.Cba., "Capdevila, Claudio Gastón y Otros c/ Pentacom S.A. - Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 3217629)" – Sent. 262 (27/11/20).
 - 90 T.S.J.Cba., "Rodríguez, Claudio Alberto c/ Centro de Distribución S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 6422659)" – Sent. 3 (28/02/23).
 - 91 T.S.J.Cba., "Villalba, Carlos Marcelo c/ Moreno, Fernando Daniel – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3269923)" – Sent. 17 (24/02/22).
 - 92 T.S.J.Cba., "Ullua, Flavia Analía c/ Speranza, José y Otros – Ordinario – Haberes – Rec. de casación (Expte. 3287042)" – Sent. 79 (01/06/23).
 - 93 T.S.J.Cba., "Pereyra, Edgar Lucas c/ Bazar Avenida S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3176073)" – Sent. 33 (03/05/17).
 - 94 T.S.J.Cba., "Agüero, Jorge Andrés c/ Pérez, José María y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3244761)" – Sent. 187 (14/09/20).
 - 95 T.S.J.Cba., "Pérez, Olga Mercedes c/ Hotel Sierra Sol S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3219125)" – Sent. 15 (09/03/18).

de conciliación en autos: “Oliva Lucca”⁹⁶.

j) Por entrega en instancia judicial en audiencia de conciliación en autos: “Cordier”⁹⁷, “Oliva”⁹⁸, “Schiarioli”⁹⁹, “Medrán”¹⁰⁰, “Casseus”¹⁰¹, “Romero”¹⁰², “Flores Aragón”¹⁰³, “Acosta”¹⁰⁴, “Díaz”¹⁰⁵, “Ross”¹⁰⁶, “Villasuso”¹⁰⁷, “Lucero”¹⁰⁸, “González”¹⁰⁹, “Catala”¹¹⁰, “Ceballos”¹¹¹, “Luna”¹¹², “Caminos”¹¹³, “Capo”¹¹⁴, “Moyano”¹¹⁵, “Aramburu”¹¹⁶, “Curtino”¹¹⁷, “Recalde Aleksinko”¹¹⁸, “Ragazzini”¹¹⁹, “Montenegro”¹²⁰, “Altamirano”¹²¹, “López”¹²²,

96 T.S.J.Cba., “Oliva Lucca, Franca Regina c/ Cobertura de Salud S.A. – Ordinario – Certificación de servicios y remuneraciones (Art. 80 L.C.T.) – Rec. de casación (Expte. 3240347)” – Sent. 193 (13/11/18).

97 T.S.J.Cba., “Cordier, Jorge Luis c/ Emergencia Médica Integral S.A. - Ordinario - Despido – Rec. de casación (Expte. 15469/37)” – Sent.T. 66 (16/05/08).

98 T.S.J.Cba., “Oliva, Juan Clemente c/ Artusin S.A. y otro - Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 16412/37)” – Sent.T. 83 (29/05/08).

99 T.S.J.Cba., “Schiarioli, José Luis c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. - Dda. – Rec. de Casación” – Sent. 158 (18/11/08).

100 T.S.J.Cba., “Medrán, Mauricio Daniel c/ Duerto, María Cristina - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 66030/37)” – Sent. 13 (11/03/11).

101 T.S.J.Cba., “Casseus, Gisela Carolina c/ Auto Haus S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 105989/37)” – Sent. 15 (27/03/13).

102 T.S.J.Cba., “Romero, Víctor Hugo c/ Orona, Jesús Anacleto - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 62726/37)” – Sent. 61 (04/06/13).

103 T.S.J.Cba., “Flores Aragón, María Sol c/ C.T.I. Compañía de Teléfonos del Interior S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 65944/37)” – Sent. 82 (01/08/13).

104 T.S.J.Cba., “Acosta, Laura Beatriz c/ Swiss Medical S.A. Continuidadora de Swiss Medical Group S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 403470/37)” – Sent. 85 (08/08/13).

105 T.S.J.Cba., “Díaz, Pamela Soledad c/ Multiconex S.A. y Otro – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 128117/37)” – Sent. 68 (12/06/14).

106 T.S.J.Cba., “Ross, Sergio Daniel c/ Corvil S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 160134/37)” – Sent. 142 (21/10/14).

107 T.S.J.Cba., “Villasuso, Sandra Beatriz c/ Fival S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3139150)” – Sent. 102 (20/10/16).

108 T.S.J.Cba., “Lucero, Marcelo Maximiliano c/ El Dante S.A.I.C. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3154232)” – Sent. 38 (09/05/17).

109 T.S.J.Cba., “González, Gabriel Osvaldo c/ Ambiente S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3188914)” – Sent. 126 (29/08/17).

110 T.S.J.Cba., “Catala, María José c/ Socfa S.A. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3133942)” – Sent. 69 (07/06/18).

111 T.S.J.Cba., “Ceballos, Tomás Nicolás c/ Leonardi, Sara - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3169233)” – Sent. 203 (19/12/18).

112 T.S.J.Cba., “Luna, Romina Elizabeth c/ Telecom Personal S.A. y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3201286)” – Sent. 61 (12/06/19).

113 T.S.J.Cba., “Caminos, Fabiana Elizabeth c/ Clínica de la Concepción S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3069436)” – Sent. 142 (05/11/19).

114 T.S.J.Cba., “Capo, José Alberto c/ S.I.V. S.R.L. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3238696)” – Sent. 105 (20/07/20).

115 T.S.J.Cba., “Moyano, Noelia Alba c/ Kala S.R.L. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3222746)” – Sent. 122 (21/07/20).

116 T.S.J.Cba., “Aramburu, Irma Raquel c/ Esquenazi, Ester Catalina – Ordinario - Haberes – Rec. directo (Expte. 3288251)” – Sent. 81 (20/04/21).

117 T.S.J.Cba., “Curtino, Sandra Mónica c/ Centro de Integración Libre y Solidario de Argentina C.I.L.S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3174831)” – Sent. 91 (27/04/21).

118 T.S.J.Cba., “Recalde Aleksinko, María Dolores c/ Dengidard, Raquel Desideria y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3256005)” – Sent. 146 (15/06/21).

119 T.S.J.Cba., “Ragazzini, María Cristina c/ Henry, Guido – Ordinario – Haberes – Rec. de casación (Expte. 3287080)” – Sent. 36 (23/03/22).

120 T.S.J.Cba., “Montenegro, Enrique Roberto c/ Compañía Foresto Industrial del Centro S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 2845190)” – Sent. 42 (30/03/22).

121 T.S.J.Cba., “Altamirano, Gustavo Emanuel c/ LWK Mantenimiento y Servicios S.A. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3266235)” – Sent. 83 (05/05/22).

122 T.S.J.Cba., “López, María Laura c/ Servsalud S.R.L. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3351540)” – Sent. 180 (08/08/22).

“Álvarez”¹²³, “Mansilla”¹²⁴, “Sacco”¹²⁵, “Montoya”¹²⁶, “Figuerola”¹²⁷ y “Magnani”¹²⁸.

k) Por entrega deficiente, defectuosa o incompleta en instancia judicial en audiencia de conciliación en autos: “Pasquini”¹²⁹, “Uria”¹³⁰, “Pereyra”¹³¹, “Díaz”¹³², “Carrizo”¹³³, “Masjoan”¹³⁴, “Saracco”¹³⁵, “Quevedo”¹³⁶, “Samaniego”¹³⁷, “López”¹³⁸, “Moresi”¹³⁹ y “Vitale”¹⁴⁰.

l) Por entrega en instancia judicial en ofrecimiento de prueba en autos: “Riveros”¹⁴¹, “Varela”¹⁴², “Rufino”¹⁴³, “Seydell”¹⁴⁴, “Muñoz Pérez”¹⁴⁵ y “Camargo”¹⁴⁶.

m) Por entrega en instancia judicial en audiencia de conciliación, sin firma del empleador en autos: “Tuñón”¹⁴⁷.

n) Por prescripción decenal del art. 4023 C.C. de entregar certificación de servicios en

123 T.S.J.Cba., “Álvarez, Débora Elisa Sarai c/ Voicenter S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3277903)” - Sent. 432 (16/12/22).

124 T.S.J.Cba., “Mansilla, Liliana Marcela c/ Sierrasol S.R.L. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3303591)” - Sent. 53 (03/05/23).

125 T.S.J.Cba., “Sacco, Bibiana del Valle c/ Residencia Geriátrica Privada Milagro S.R.L. y Otro - Ordinario - Otros (Laboral) - Rec. de casación (Expte. 1980808)” - Sent. 58 (03/05/23).

126 T.S.J.Cba., “Montoya, Natalia Soledad c/ City Clear S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3261214)” - Sent. 73 (17/05/23).

127 T.S.J.Cba., “Figuerola, Gastón Emanuel c/ Nueva Aceitera Ticino S.A. - Ordinario - Otros (Laboral) - Rec. de casación (Expte. 1858066)” - Sent. 91 (29/06/23).

128 T.S.J.Cba., “Magnani, Elisa Lucía c/ Telecom Argentina S.A. y Otro - Ordinario - Certificación de servicios y remuneraciones (Art. 80 L.C.T.) - Rec. directo (Expte. 3286665)” - Sent. 104 (27/07/23).

129 T.S.J.Cba., “Pasquini, Fabio Oscar c/ Ercoli Miriam, Ercoli Luis y Franco Aljeandro S.H. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 74099/37)” - Sent. 5 (28/03/12).

130 T.S.J.Cba., “Uria, Mercedes c/ Editorial Max Trade S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 134734/37)” - Sent. 57 (26/05/16).

131 T.S.J.Cba., “Pereyra, Claudia Alejandra c/ Piña, Verónica Rosa de Lourdes - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3151453)” - Sent. 134 (15/09/17).

132 T.S.J.Cba., “Díaz, Diego Deolindo c/ Rufeil Construcciones S.A. - Ordinario - Estatutos Especiales - Rec. de casación (Expte. 3205445)” - Sent. 1 (05/02/19).

133 T.S.J.Cba., “Carrizo, Cristian Sebastián c/ Electro Sigma S.A. y Otro - Ordinario - Estatutos Especiales - Rec. de casación (Expte. 3250521)” - Sent. 112 (17/09/19).

134 T.S.J.Cba., “Masjoan, Mauricio Alejandro c/ Frontera Living S.A. - Ordinario - Otros (Laboral) - Recs. de casación e inconstitucionalidad (Expte. 679486)” - Sent. 30 (03/03/21).

135 T.S.J.Cba., “Saracco, Javier Fernando c/ Gama S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3246555)” - Sent. 241 (05/05/21).

136 T.S.J.Cba., “Quevedo, Natalia Ivana c/ Sierrasol S.R.L. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3262038)” - Sent. 369 (23/11/21).

137 T.S.J.Cba., “Samaniego, Aldana Soledad c/ Flores Tokio S.R.L. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3127015)” - Sent. 419 (16/12/21).

138 T.S.J.Cba., “López, Juan Jesús c/ Gestión Laboral S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3243273)” - Sent. 29 (18/03/22).

139 T.S.J.Cba., “Moresi, María del Pilar c/ Decor Inters Amoblamientos S.A. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3189514)” - Sent. 138 (23/06/22).

140 T.S.J.Cba., “Vitale, Antonio Andrés Oreste c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3272510)” - Sent. 399 (30/11/22).

141 T.S.J.Cba., “Riveros, Matías Octavio c/ Carrió, Adriana Elba - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 93937/37)” - Sent. 15 (26/04/12).

142 T.S.J.Cba., “Varela, Jorge Rodolfo c/ Transportes Unidos del Sud S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 91830/37)” - Sent. 32 (29/04/14).

143 T.S.J.Cba., “Rufino, Claudio Guillermo c/ Die Gas S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 92412/37)” - Sent. 100 (30/07/14).

144 T.S.J.Cba., “Seydell, María Angélica c/ Cabral, Silvia Ester - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 139575/37)” - Sent. 91 (01/04/15).

145 T.S.J.Cba., “Muñoz Pérez, María Eliana c/ Broggi, María de las Mercedes y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3185385)” - Sent. 12 (09/03/18).

146 T.S.J.Cba., “Camargo, Javier Arturo c/ Sindicato de Petroleros de Córdoba - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3215152)” - Sent. 31 (13/04/18).

147 T.S.J.Cba., “Tuñón, Dana Yael c/ Febru S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 142317/37)” - Sent. 8 (19/03/14).

autos: "Zipilivan Viano"¹⁴⁸.

o) Por prescripción decenal del art. 4023 C.C. de entregar certificado de trabajo en autos: "Stimolo"¹⁴⁹ y "Agüero"¹⁵⁰.

p) Sin solicitud de entrega y sólo sanción, por no disociación de la obligación accesorio -multa- de la obligación principal -hacer entrega- y entrega por exigencia legal en 30 días, bajo apercibimiento de astreintes de 1 día de S.M.V.M. por cada día de demora desde el vencimiento de los 30 días y hasta los 90 días en autos: "Saul"¹⁵¹, "Rossomando"¹⁵², "Ferreyra"¹⁵³ y "Leguizamón"¹⁵⁴.

q) De solidaridad de entrega del certificado de trabajo en autos: "Farías"¹⁵⁵.

r) De solidaridad de entrega de la certificación de servicios en autos: "Vélez"¹⁵⁶.

s) Sanción de interpretación restrictiva en autos: "Oliva"¹⁵⁷, "Schiaroli"¹⁵⁸, "Garbino"¹⁵⁹, "Albarracín"¹⁶⁰, "Medrán"¹⁶¹, "Romero"¹⁶², "Flores Aragón"¹⁶³, "Acosta"¹⁶⁴, "Díaz"¹⁶⁵,

148 T.S.J.Cba., "Zipilivan Viano, Fernando Gabriel c/ Banco de la Provincia de Córdoba S.A. - Ordinario - Otros - Rec. de casación (Expte. 798236/37)" - Sent. 179 (18/12/14).

149 T.S.J.Cba., "Stimolo, María J. y Otro c/ Grefar S.A. - Dda. - Apelación - Rec. de casación" - Sent. 81 (04/08/97).

150 T.S.J.Cba., "Agüero, Rosa A. c/ Juan Abelardo Enrique, Núñez y Otra - Demanda - Rec. de casación" - Auto 171 (2002).

151 T.S.J.Cba., "Saul, Mara Milagros c/ Docto's S.R.L. y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3205490)" - Sent. 104 (21/08/18).

152 T.S.J.Cba., "Rossomando, María Cristina c/ Paletti, Carlos Octavio y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3242539)" - Auto 693 (09/11/20).

153 T.S.J.Cba., "Ferreyra, Damián Cesario c/ Pignatelli, Carlos Abel - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 2653393)" - Sent. 260 (27/11/20).

154 T.S.J.Cba., "Leguizamón, Romina Beatriz c/ Fantoni de Chiesa, Ana Catalina y Otro - Ordinario - Otros - Rec. directo (Expte. 1450711)" - Auto 448 (18/08/21).

155 T.S.J.Cba., "Farías, Pamela Anabel c/ Rueck o Ruck, Ana Carina y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 59660/37)" - Sent. 112 (15/11/12).

156 T.S.J.Cba., "Vélez, Rubén Alejandro c/ Álvarez, Enrique y Otros - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3195359)" - Sent. 183 (27/11/17).

157 T.S.J.Cba., "Oliva, Juan Clemente c/ Artusin S.A. y otro - Ordinario - Despido - Rec. Directo (Expte. 16412/37)" - Sent. 83 (29/05/08).

158 T.S.J.Cba., "Schiaroli, José Luis c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. - Dda. - Rec. de Casación" - Sent. 158 (18/11/08).

159 T.S.J.Cba., "Garbino, Gustavo Javier c/ Carranza, Jorge Alberto - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 22375/37)" - Sent. 85 (13/08/09).

160 T.S.J.Cba., "Albarracín, María Esther c/ Ciucor S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3937/37)" - Sent. 49 (09/06/10).

161 T.S.J.Cba., "Medrán, Mauricio Daniel c/ Duerto, María Cristina - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 66030/37)" - Sent. 13 (11/03/11).

162 T.S.J.Cba., "Romero, Victor Hugo c/ Orona, Jesús Anacleto - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 62726/37)" - Sent. 61 (04/06/13).

163 T.S.J.Cba., "Flores Aragón, María Sol c/ C.T.I. Compañía de Teléfonos del Interior S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 65944/37)" - Sent. 82 (01/08/13).

164 T.S.J.Cba., "Acosta, Laura Beatriz c/ Swiss Medical S.A. Continuada de Swiss Medical Group S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 403470/37)" - Sent. 85 (08/08/13).

165 T.S.J.Cba., "Díaz, Pamela Soledad c/ Multiconex S.A. y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 128117/37)" - Sent. 68 (12/06/14).

“Arias”¹⁶⁶, “Tejeda”¹⁶⁷, “Ross”¹⁶⁸, “Villasuso”¹⁶⁹, “Moyano”¹⁷⁰, “Lucero”¹⁷¹, “González”¹⁷², “Torres”¹⁷³, “Camargo”¹⁷⁴, “Ceballos”¹⁷⁵, “Caminos”¹⁷⁶, “Quevedo”¹⁷⁷, “Morales Garzón”¹⁷⁸, “Rodríguez”¹⁷⁹, “Mansilla”¹⁸⁰, “Sacco”¹⁸¹ y “Montoya”¹⁸².

IV.b. Sanción conminatoria del art. 132 bis L.C.T.

Se estableció, en cuanto a su **procedencia**:

- a) Límite – hasta el depósito en autos: “Cáceres”¹⁸³.
- b) Por carga probatoria de la empleadora de ejercer el carácter de agente de retención en autos: “Torres”¹⁸⁴.
- c) Por carga probatoria de la empleadora de ejercer el carácter de agente de retención, morigeración en autos: “Segovia”¹⁸⁵.
- d) Por prueba de la falta de depósito en autos: “Kravetz”¹⁸⁶.
- e) Por retención de aportes y falta de ingreso, sin necesidad de dolo en autos: “Farías”¹⁸⁷.

166 T.S.J.Cba., “Arias, José Emiliano c/ Lázaro, Cristoval Floro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 124466/37)” – Sent. 112 (26/08/14).

167 T.S.J.Cba., “Tejeda, Olga Noemí c/ Sevilla, Susana Esther – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 101904/37)” – Sent. 114 (26/08/14).

168 T.S.J.Cba., “Ross, Sergio Daniel c/ Corvil S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 160134/37)” – Sent. 142 (21/10/14).

169 T.S.J.Cba., “Villasuso, Sandra Beatriz c/ Fival S.A. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3139150)” – Sent. 102 (20/10/16).

170 T.S.J.Cba., “Moyano, Patricia Liliana c/ Schroder, Cristian – Ordinario – Haberes - Rec. directo (Expte. 3178250)” – Sent. 3 (21/02/17).

171 T.S.J.Cba., “Lucero, Marcelo Maximiliano c/ El Dante S.A.I.C. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3154232)” – Sent. 38 (09/05/17).

172 T.S.J.Cba., “González, Gabriel Osvaldo c/ Ambiente S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3188914)” – Sent. 126 (29/08/17).

173 T.S.J.Cba., “Torres, Noelia Beatriz c/ Sánchez, César Alejandro y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3122924)” – Sent. 140 (26/09/17).

174 T.S.J.Cba., “Camargo, Javier Arturo c/ Sindicato de Petroleros de Córdoba - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3215152)” – Sent. 31 (13/04/18).

175 T.S.J.Cba., “Ceballos, Tomás Nicolás c/ Leonardi, Sara - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3169233)” – Sent. 203 (19/12/18).

176 T.S.J.Cba., “Caminos, Fabiana Elizabeth c/ Clínica de la Concepción S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3069436)” – Sent. 142 (05/11/19).

177 T.S.J.Cba., “Quevedo, Natalia Ivana c/ Sierrasol S.R.L. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3262038)” – Sent. 369 (23/11/21).

178 T.S.J.Cba., “Morales Garzón, Martín Tobías c/ Fabbro, Carolina Andrea – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3242511)” – Sent. 56 (31/03/22).

179 T.S.J.Cba., “Rodríguez, Claudio Alberto c/ Centro de Distribución S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 6422659)” – Sent. 3 (28/02/23).

180 T.S.J.Cba., “Mansilla, Liliana Marcela c/ Sierrasol S.R.L. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3303591)” – Sent. 53 (03/05/23).

181 T.S.J.Cba., “Sacco, Bibiana del Valle c/ Residencia Geriátrica Privada Milagro S.R.L. y Otro – Ordinario – Otros (Laboral) – Rec. de casación (Expte. 1980808)” – Sent. 58 (03/05/23).

182 T.S.J.Cba., “Montoya, Natalia Soledad c/ City Clear S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3261214)” – Sent. 73 (17/05/23).

183 T.S.J.Cba., “Cáceres, Adrián Omar c/ Frata Logística y Distribución S.R.L. – Demanda – Rec. de casación” – Sent. 118 (09/11/10).

184 T.S.J.Cba., “Torres, Luis Francisco c/ Inham S.A. - Ordinario – Estatutos Especiales – Rec. de casación (Expte. 92417/37)” – Sent. 27 (29/04/14).

185 T.S.J.Cba., “Segovia, Daniel Lucio c/ Apolo Construcciones S.A. y Otros - Ordinario – Estatutos Especiales – Rec. de casación (Expte. 3279261)” – Sent. 338 (24/11/22).

186 T.S.J.Cba., “Kravetz, Marcela c/ Servifood S.R.L. y Otro – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3091234)” – Sent. 120 (17/11/16).

187 T.S.J.Cba., “Farías, Anselmo Abelardo c/ Geme Agro Industrial S.A. y Otros – Ordinario – Estatutos Especiales – Rec. de casación (Expte. 3128273)” – Sent. 135 (27/07/20).

- f) Por retención parcial de aportes en autos: “Bianchi”¹⁸⁸ y “Sancho”¹⁸⁹.
- g) Por retención parcial de aportes, morigeración de pago de 1/2 mes de sueldo desde el dictado de la resolución hasta que se efectivice el ingreso de los fondos retenidos, el plazo comenzará a correr desde los 10 días posteriores a la notificación de la resolución en autos: “Cueva”¹⁹⁰.
- h) Por retención parcial de aportes, morigeración de acreditar de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos en 10 días de quedar firme la resolución, vencidos los 10 días y ante la inobservancia, pago de 1/2 S.M.V.M. por cada mes que transcurra hasta el cumplimiento de la resolución en autos: “Ullua”¹⁹¹.
- i) Intereses en autos: “Suárez”¹⁹².
- j) Sanción de interpretación restrictiva en autos: “Ullua”¹⁹³.

Se ordenó, en cuanto a su improcedencia:

- a) Por falta de intimación fehaciente del art. 1 Dec. 146/01 en autos: “Nieto”¹⁹⁴, “Di Santo”¹⁹⁵ y “Tula”¹⁹⁶.
- b) Por ingreso de aportes en autos: “Fernández”¹⁹⁷ y “Bringas”¹⁹⁸.
- c) Por emisión de factura como monotributista en autos: “Gil”¹⁹⁹.
- d) Por falta de registración de la relación laboral en autos: “Dutto”²⁰⁰.
- e) Por retención parcial de aportes, subsanar omisión y pagar el aporte respectivo dentro de los 10 días, bajo apercibimiento de 1 día de S.M.V.M. por cada día de demora desde el vencimiento de los 10 días en autos: “Argüello”²⁰¹ y “Capo”²⁰².
- f) Por falta de renuencia total en autos: “Álvarez”²⁰³.
- g) Por intimación debe reunir determinadas condiciones a fin de posibilitar subsana-

188 T.S.J.Cba., “Bianchi, Raúl Héctor c/ Crear Construcciones Eléctricas S.R.L. – Ordinario – Estatutos Especiales – Rec. de casación (Expte. 101991/37)” – Sent. 98 (30/07/14).

189 T.S.J.Cba., “Sancho, Enrique Marcelo c/ Litec S.A. y Otros - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 125094/37)” – Sent. 77 (09/08/16).

190 T.S.J.Cba., “Cueva, Marcos Antonio c/ Derudder Hermanos S.R.L. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3203386)” – Sent. 58 (30/03/21).

191 T.S.J.Cba., “Ullua, Flavia Analía c/ Speranza, José y Otros - Ordinario – Haberes – Rec. de casación (Expte. 3287042)” – Sent. 79 (01/06/23).

192 T.S.J.Cba., “Cuerpo de determinación de montos en autos: Suárez, Daniel Alejandro c/ Implantes RB S.R.L. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3255807)” – Sent. 5 (15/02/18).

193 T.S.J.Cba., “Ullua, Flavia Analía c/ Speranza, José y Otros – Ordinario - Haberes – Rec. de casación (Expte. 3287042)” – Sent. 79 (01/06/23).

194 T.S.J.Cba., “Nieto, Héctor Alejandro c/ Osvaldo, Vidal Gillio y/u Otro – Demanda – Rec. de casación” – Sent. 21 (26/04/07).

195 T.S.J.Cba., “Di Santo, Marina Andrea c/ Carlos Omar, Quinteros – Demanda Laboral – Recs. directo y casación” – Sent. 37 (22/05/07).

196 T.S.J.Cba., “Tula, Ricardo Francisco c/ Temporini, Paola Verónica y Otro - Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 38274/37)” – Sent. 9 (30/08/12).

197 T.S.J.Cba., “Fernández, Guillermo Alberto c/ Transporte Automotor Municipal S.E. (T.A.M. S.E.) – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 5022/37)” – Sent. 142 (24/11/09).

198 T.S.J.Cba., “Bringas, Rita c/ Instituto Médico Río Cuarto Sociedad Anónima - Ordinario – Rec. de casación (Expte. 1867546)” – Sent. 81 (24/06/14).

199 T.S.J.Cba., “Gil, Marcelo Horacio c/ Morello, Gabriel Américo y Otros – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 23643/37)” – Sent. 65 (24/05/11).

200 T.S.J.Cba., “Dutto, Raúl Alberto c/ Lo Mar S.A. - Ordinario – Despido – Rec. directo (Expte. 436199)” – Sent. 86 (01/08/18).

201 T.S.J.Cba., “Argüello, Antonio Eduardo c/ De la Fuente, María Mercedes y Otro - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3166606)” – Sent. 80 (14/06/17).

202 T.S.J.Cba., “Capo, José Alberto c/ S.I.V. S.R.L. – Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3238696)” – Sent. 105 (20/07/20).

203 T.S.J.Cba., “Álvarez, Débora Elisa Sarai c/ Voicenter S.A. - Ordinario – Despido – Rec. de casación (Expte. 3277903)” – Sent. 432 (16/12/22).

ción del defecto en autos: "Sacco"²⁰⁴.

h) Por acreditación de retención no de aportes al sistema de seguridad social, sino de contribuciones sindicales retenidas, pero no ingresadas en autos: "Montoya"²⁰⁵.

i) Sanción de interpretación restrictiva en autos: "Argüello"²⁰⁶, "Capo"²⁰⁷, "Cueva"²⁰⁸, "Segovia"²⁰⁹, "Álvarez"²¹⁰, "Sacco"²¹¹ y "Montoya"²¹².

V. Colofón

Nuestra Constitución Nacional garantiza los derechos laborales, en su art. 14 bis y en la legislación infraconstitucional, en el particular, en la L.C.T. se concreta dicha protección. Se suma a ello que a partir de la reforma de 1994, se incorporan al plexo constitucional tratados internacionales de la misma jerarquía que completan esa tutela y adquieren una ubicación supralegal, por imperio del art.75, inc.22.

Dentro de este marco de incumplimiento y fraude generalizado por los empleadores, es imperioso hacer frente a quienes tienen el mayor poder en la relación de trabajo y realizan conductas reprochables por la ley, de modo de asegurar los derechos de los sujetos vulnerables e hiposuficientes, frente a la desigualdad en la distribución de la riqueza.

Por ello, es necesario lograr la mayor aplicación efectiva de la ley frente a comportamientos sociales contrarios a los principios mínimos de convivencia, de modo de reinstalar en la comunidad la creencia de la existencia de una sociedad más justa y equitativa, en la afirmación que éste es el camino que los hombres de derecho podemos ofrecer a la sociedad, a fin de lograr la tan anhelada paz y justicia social.

204 T.S.J.Cba., "Sacco, Bibiana del Valle c/ Residencia Geriátrica Privada Milagro S.R.L. y Otro - Ordinario - Otros (Laboral) - Rec. de casación (Expte. 1980808)" - Sent. 58 (03/05/23).

205 T.S.J.Cba., "Montoya, Natalia Soledad c/ City Clear S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3261214)" - Sent. 73 (17/05/23).

206 T.S.J.Cba., "Argüello, Antonio Eduardo c/ De la Fuente, María Mercedes y Otro - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3166606)" - Sent. 80 (14/06/17).

207 T.S.J.Cba., "Capo, José Alberto c/ S.I.V. S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3238696)" - Sent. 105 (20/07/20).

208 T.S.J.Cba., "Cueva, Marcos Antonio c/ Derudder Hermanos S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3203386)" - Sent. 58 (30/03/21).

209 T.S.J.Cba., "Segovia, Daniel Lucio c/ Apolo Construcciones S.A. y Otros - Ordinario - Estatutos Especiales - Rec. de casación (Expte. 3279261)" - Sent. 338 (24/11/22).

210 T.S.J.Cba., "Álvarez, Débora Elisa Sarai c/ Voicenter S.A. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3277903)" - Sent. 432 (16/12/22).

211 T.S.J.Cba., "Sacco, Bibiana del Valle c/ Residencia Geriátrica Privada Milagro S.R.L. y Otro - Ordinario - Otros (Laboral) - Rec. de casación (Expte. 1980808)" - Sent. 58 (03/05/23).

212 T.S.J.Cba., "Montoya, Natalia Soledad c/ City Clear S.R.L. - Ordinario - Despido - Rec. de casación (Expte. 3261214)" - Sent. 73 (17/05/23).

LA PRUEBA DE LAS RELACIONES LABORALES INFORMALES

Sergio Lois¹

Sumario: I. Introducción. II. La dependencia. III. La ajenidad. IV. Cuestiones probatorias en torno a la acreditación de las relaciones de trabajo. V. La prueba del contrato de trabajo. VI. La prueba testimonial. VII. La prueba confesional. VIII. Las presunciones y la acreditación del vínculo laboral. IX. La presunción del art. 23 de la LCT. X. Presunción del art. 55. Obligación de declarar si los libros son llevados en legal forma. XI. Presunción del art.57 de la LCT. XII. Los indicios. XIII. El haz de indicios. XIV. Carga dinámica de la prueba. XV. Principio de primacía de la realidad. XVI. Los ambientes de trabajo y la tecnología.

Palabras clave: Prueba - Dependencia - Presunciones - Haz de indicios - Carga de la prueba

I. Introducción

Los trabajadores informales en realidad no se encuentran amparados a priori por la legislación laboral vigente. Estos dependen de una declaración judicial que determine la existencia de la relación laboral. Asimismo, este pronunciamiento deberá ordenar el pago de ciertas indemnizaciones y multas. Cabe recalcar que es sumamente extraño que un empleador decida registrar la relación de trabajo mientras se encuentra vigente.

Si mediante el pronunciamiento judicial definitivo se determina la existencia de una relación de trabajo se van a aplicar las normas laborales o, en algunos casos, los estatutos especiales que corresponden a la actividad del trabajador.

Todo ello dependerá de los hechos alegados y lo que se pudo acreditar mediante los medios de prueba ofrecidos y producidos en el marco de un procedimiento judicial.

II.-La dependencia

Las disposiciones normativas laborales serán de aplicación al trabajo personal, infungible, dirigido, remunerado, productivo y voluntario que es llevado a cabo por una persona física dentro de una organización empresarial ajena (arts. 4, 5, 21 a 23 y 37 de la LCT). A nivel normativo no existe una noción conceptual de dependencia laboral. Sin embargo, dicho concepto es sustancial para la determinación de la existencia de una relación de trabajo. También se puede considerar que existe una crisis de abarcatividad del concep-

¹ Abogado por la Universidad Nacional de La Matanza. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales por la UNTREF. Escritor de diversos artículos y libros sobre derecho individual y colectivo del trabajo. Disertante. Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

to dependencia y, por lo tanto, se debería replantear su utilidad como elemento definitorio de la laboralidad. En muchas ocasiones la situación de los trabajadores no se resuelve gracias al alcance del concepto de dependencia y los casos dudosos no constituyen una excepción, sino una regla debido al gran número de dudas al respecto.²

Según Goldin, el concepto de dependencia no emana de la ley ni de una categorización jurídica, sino que se fue construyendo a través del reconocimiento inductivo de las notas que singularizan históricamente el modo en que el típico trabajador industrial y el titular de la organización productiva se vincularon, en el marco de la sociedad capitalista. Para ello se relevaron los contenidos fácticos reconocidos en cada relación individual típicas derivándose de esos elementos cierta constante de las vinculaciones de similar tipología.³

Es por ello, que se fue construyendo paulatinamente una suerte de tipología, constituida por una serie de parámetros fácticos para determinar los rasgos más relevantes de una relación de dependencia. Esta categoría tiene un basamento histórico ya que fue el resultado de la clásica relación de dependencia entre un obrero industrial y un empleador.

Rodríguez Mancini concibe que los trabajadores dependientes se subdividen en económicamente dependientes o subordinados. Los primeros son aquellos cuya dependencia es sólo económica y no jurídica. Los segundos son los que obedecen órdenes. Estos se clasifican según presten servicios gratuitos u onerosos, siendo éstos últimos (con exclusión del empleo público) los trabajadores dependientes en el sentido técnico, económico y jurídico, que se rigen por las normas laborales.⁴

Por otro lado, Justo López sostiene que la relación de dependencia existe con respecto a una organización ajena de la que participa el trabajador encontrándose sometido a instrucciones o directivas que le impartan o pudieran impartírsele.⁵

Es importante aclarar que no existe una definición conceptual de dependencia en la LCT. Sin embargo, dicho concepto resulta fundamental para la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, la LCT incluye una serie de características de la dependencia laboral. En este sentido, el art.4° de la LCT determina que el trabajo es “toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración...”.

Asimismo, el art.5° del mismo plexo normativo establece que una empresa es una organización instrumental, de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección. Además, se determina que el empresario es aquel que dirige la empresa y los trabajadores se encuentran subordinados jerárquicamente al mismo.

2 FERDMAN, Beatriz E. , “*Las tres facetas de la dependencia*”, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Anuario 2012, Año 3, Número 3. Editorial Rubinzal Culzoni. Provincia de Santa Fe, República Argentina, 2012, p.149.

3 GOLDIN, Adrián O., “*Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad social*”. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.

4 RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Notas de la dependencia laboral”, Revista de Derecho Laboral 2005-2, Contratación Laboral, Editorial Rubinzal Culzoni, Provincia de Santa Fe, República Argentina, 2005, p.41.

5 LÓPEZ, CENTENO y FERNANDEZ MADRID, “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Editorial Contabilidad Moderna. Buenos Aires, 1978, Tomo 1, p.78.

De los artículos mencionados se pueden desprender algunas conclusiones acerca del concepto de dependencia. Es así como una de las notas típicas de la dependencia tiene que ver con el poder de dirección del empleador y la obediencia del trabajador. Éste último se encuentra subordinado al primero, poniendo su fuerza de trabajo por un tiempo determinado a cambio de una remuneración.

A lo expresado precedentemente se debe agregar el poder sancionatorio en cabeza del empleador.

Teniendo en cuenta el contexto en el cual se sancionó la LCT, existe una preferencia por una noción de dependencia jurídica conforme a un modelo de producción (y organización) diferente al actual.⁶

Tradicionalmente, la dependencia consistía en la prestación personal de tareas con sometimiento a órdenes, directivas e instrucciones impartidas en el marco de una organización totalmente ajena al trabajador. Por lo tanto, lo trascendental era la ajenidad.⁷ El trabajador recibía órdenes directamente del personal jerárquico y desarrollaba las tareas durante una jornada de trabajo.

Actualmente, las relaciones trabajo sufrieron diversas transformaciones, de tal forma que, por ejemplo, los dependientes pueden ejecutar sus tareas durante jornadas flexibles desde la comodidad de sus hogares y aprovechando los beneficios de la tecnología. Es así como el poder de control del empleador, en el contexto actual, puede verse atenuado.

Más allá de la dependencia jurídica, se debe mencionar la dependencia técnica y la dependencia económica. La dependencia técnica implica la posibilidad de establecer los modos y los procedimientos de ejecutar tareas, y la dependencia económica implica que tanto el trabajador como su familia dependen de la remuneración como único medio de ingreso, por lo cual dicha dependencia se identifica con la subsistencia. Asimismo, la dependencia económica puede caracterizarse por la apropiación anticipada que hace el empleador de los frutos del trabajo y la ajenidad del trabajador respecto a los riesgos de la empresa.

Machado considera que el concepto de dependencia fue evolucionando y se fue independizando de la subordinación jurídica. Actualmente se deberá hablar de ajenidad ya que el trabajador se incorpora a una organización ajena y se proveen los medios de producción, pero no percibe los frutos de la misma y tampoco corre ningún riesgo. A su vez, la dirección puede ejercerse con mayor o menor intensidad, o puede ser más o menos patente, sin que ello atente contra la existencia de una relación laboral.⁸

Por otro lado, se puede definir al trabajador autónomo, en contraposición al trabajador dependiente, como aquel que no se incorpora a la organización de un tercero. Además, el trabajador autónomo asume los riesgos de la actividad. La jurisprudencia ha indicado que "la asunción de riesgos por parte de quien presta un servicio es definitoria de una ac-

6 FERDMAN, ob.cit., p. 150.

7 KROTOSCHIN, Ernesto, "*Instituciones de Derecho del Trabajo*", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1968, p.35 y 36.

8 MACHADO, José Daniel, "*El trabajador deslinda del concepto de dependencia y sus vecinos*", en la obra "*Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*", Colección de Temas de Derecho Laboral, Coordinadora: Andrea García Vior, Editorial Errepar, Buenos Aires, República Argentina, 1999, p.151.

tividad por cuenta propia; y, por el contrario, la ajenidad en los riesgos de quien ejecuta una determinada tarea es una nota definitoria de una relación subordinada”.⁹

Como puede apreciarse la asunción de los riesgos y la falta de subordinación resultan ser parámetros muy importantes para determinar si existe o no dependencia.

A su vez, se ha dicho lo siguiente: “...caracteriza al contrato de trabajo respecto del contrato de locación de servicios las condiciones que deben reunir cada uno de los sujetos y la naturaleza de la contraprestación: 1) el empleador es empresario; 2) el trabajador es no empresario y; 3) la prestación es onerosa. Si concurren estos tres supuestos estamos ante un contrato de trabajo. La dependencia jurídica, económica y técnica, más que notas emergentes de la contratación, vienen impuestas por el modo de producción de una sociedad capitalista y por las facultades jurígenas que la ley acuerda al empleador. El advenimiento de nuevos paradigmas de producción obliga a la revisión del concepto jurídico para una regulación adecuada. Es, en esta inteligencia, que el análisis debe centrarse sobre el nudo de la relación laboral, vinculada al concepto de empresa, que nos permite avanzar, más nítidamente, sobre las definiciones de los sujetos y el objeto del contrato de trabajo. La definición del trabajador como no empresario y del empleador como empresario no constituye una distinción caprichosa o una consecuencia del ordenamiento positivo vigente, sino que se adentra cualitativamente en la relación en análisis modalizando prestaciones y expectativas en apariencia similares. La incorporación a una empresa ajena y el sometimiento a sus usos y costumbres hace nacer el poder de organización y, en la medida que ello implica someterse a pautas programadas desde la cadena jerárquica estamos ante el poder de organización y, si el incumplimiento puede ser sancionado con la exclusión, existe el poder disciplinario. Estas notas caracterizan al empresario quien, en principio, por la facticidad y, en segundo lugar, por el reconocimiento legal expreso, configura la existencia de un poder jurígeno. La empresa es entonces, desde el punto de vista normativo, un ordenamiento jurídico parcial, subordinado al general del Estado, pero con su propio sistema de mandatos, órdenes y jerarquías dentro del cual los sujetos comprendidos interactúan. De allí nace la importancia de definir al sujeto receptor de los servicios como empresario. Si quien presta el servicio tuviera los medios propios para caracterizarlo como empresario, es decir, tuviera a su disposición los medios materiales, inmateriales y personales suficientes para la consecución de los fines benéficos o con fines de lucro con viabilidad social y los empeñara o tuviera la posibilidad de hacerlo en el contrato, las condiciones de sujeción propias de la dependencia se atenúan (es posible, como ya hemos visto, la dependencia empresaria) o desaparecen. Ello excluye la relación contractual así constituida del marco del derecho del trabajo”.¹⁰

En cuanto a la prueba de las relaciones de dependencia, el artículo 23 de la LCT dispone que cuando se prueba la prestación de servicios a favor de otro se presume la relación de dependencia, siendo esta una presunción legal *iuris tantum*. Esto último puede generar la inversión de la carga probatoria, y provocar que el empleador deba probar que su servicio no tiene como causa un contrato de trabajo.

Se han utilizado diversas técnicas para acreditar la existencia de una relación de trabajo.

9 CNTrab, Sala II, “Zorzi, Sergio Luis c. Klystron Electronica SRL y otros s/despido”, 27/02/2013, LA LEY Online, AR/JUR/4515/2013.

10 CNTrab., Sala V, “Oddi Ademar Aníbal c. Urbano Express Argentina S.A. s/despido”, 08/06/2011, La Ley Online, AR/JUR/31072/2011.

Entre las mismas, se puede mencionar la técnica del “haz de indicios” para acreditar una relación laboral. De esta forma, gracias a un conjunto de indicios puede llegar a acreditarse la existencia de un posible vínculo de subordinación. Gracias al conjunto de estos elementos se puede inferir la existencia de una relación de trabajo.¹¹ En este sentido, la prueba electrónica puede constituir alguno de esos elementos indiciarios y que, gracias a la valoración de todos elementos, considerados como una unidad, se compruebe la existencia de un vínculo laboral controvertido. Los elementos mencionados precedentemente pueden ser presunciones, indicios o la prueba producida durante el desarrollo del proceso judicial.

III. La ajenidad

La ajenidad está relacionada con que el trabajador es ajeno a los riesgos de la empresa. A su vez, según este concepto, lo que caracteriza a una relación de trabajo no es la subordinación, sino la ajenidad que está relacionada directamente con la propiedad de los frutos del trabajo. Es así como dichos frutos son de propiedad del empleador, pero no del trabajador.

Por lo tanto, el empleador adquiere los frutos de antemano y la subordinación es entendida como una potestad de coordinación. Sin embargo, la subordinación no define la existencia de una relación de dependencia.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, la ajenidad ha sido duramente criticada porque se considera que se coloca en un lugar de preeminencia la cesión de los frutos del trabajo y no la prestación de servicios, como una nota distintiva de la existencia de una relación de trabajo. Asimismo, existen trabajos que no generan fruto alguno como sucede con el régimen especial del personal auxiliar de casas particulares (ley 26.844).

Más allá de estas discusiones de corte conceptual entre la dependencia y la ajenidad, es importante considerar, desde la praxis, que elementos deberán tenerse en cuenta a la hora de determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre dichos elementos se encuentran las notas características de la dependencia, su clasificación y la presunción establecida en el art.23 de la LCT acerca de la existencia de un contrato de trabajo.

IV. Cuestiones probatorias en torno a la acreditación de las relaciones de trabajo

La producción probatoria debe efectuarse de acuerdo con los medios previstos por la ley procesal.

11 Según la Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo, entre esos indicios podrían figurar los siguientes: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”. En el Informe Supiot se enunciaban los siguientes indicios: “1) el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo, 2) en la práctica realiza el trabajo él mismo. 3) su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras, 4) la relación entre las partes tiene una cierta permanencia, 5) la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad. 6) el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo, 7) los medios de trabajo son aportados por la otra parte, 8) los gastos profesionales están a cargo de la otra parte, 9) el trabajo es remunerado, 10) el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado” (SUPIOT, Alain, Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49).

En esta inteligencia el art.376 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires establece lo siguiente:

“La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez”.

Los medios probatorios típicos se encuentran previstos en la normativa procesal. Además, pueden utilizarse aquellos medios probatorios que el juez disponga para el supuesto caso de que se ofrezca algún otro y resulte pertinente, a pesar de que no se encuentre previsto en las normas procesales siempre y cuando no se afecte la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos. En esos casos el magistrado deberá establecer la manera de diligenciar esos medios probatorios aplicando la analogía. En este supuesto, la norma está haciendo alusión al principio de amplitud probatoria que puede ser de gran ayuda para considerar la procedencia de la prueba electrónica en los procedimientos laborales.

Los medios de prueba tradicionales consisten en la prueba documental, la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba de absolución de posiciones y el reconocimiento judicial. Dichos medios serán fundamentales para la acreditación de los hechos invocados en los escritos postulatorios (demanda, contestación de demanda o reconvención).

Piroló ha sostenido que “el objeto de la prueba solo puede estar constituido por los hechos invocados por las partes que hayan sido controvertidos... esenciales y conducentes para la resolución del conflicto”.¹²

El art.375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires establece lo siguiente:

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer”.

Asimismo, no resultarán admisibles aquellos medios probatorios que fueran manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios ya que esto podrá ser desechado por el magistrado al momento de realizar la valoración de la prueba.

Es importante resaltar que la prueba puede tener la entidad suficiente para generar la convicción en el magistrado a la hora de tomar una decisión razonada, y a todo ello se debe sumar que el magistrado tiene amplias facultades para alcanzar la verdad de los hechos (art.12 de la ley 11.653).

El juzgador no tiene la obligación de valorar todas y cada una de las pruebas producidas sino las consideradas conducentes y aptas para resolver la cuestión debatida en los estrados judiciales. A su vez, se encuentra limitado por el principio de congruencia, es decir que deberá resolver de acuerdo con lo alegado por las partes y no podrá superar ese

¹² PÍROLO, MURRAY y OTERO, “Manual de Derecho Procesal del Trabajo. Actuación ante la Justicia Nacional y Federal”, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires,2011.

límite infranqueable. Por lo tanto, el juzgador a la hora de resolver no se encuentra en libertad sino condicionado por la plataforma fáctica expresada por las partes y acreditada gracias a los medios probatorios ofrecidos y producidos.

Además, cuenta con las facultades suficientes para llegar a la verdad material, tomando en consideración los medios probatorios adecuados y valorándolos bajo un criterio de razonabilidad. En otras palabras, el material incorporado al procedimiento laboral deberá ser sometido a un proceso racional.

V. La prueba del contrato de trabajo

El art.50 de la LCT establece que el contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el art.23 de esa ley.

No se consagran limitaciones normativas para la prueba del contrato de trabajo, sino que se agregan más elementos que permiten la acreditación de su existencia, como la presunción del art.23 de la LCT que funciona como un elemento más que interesante para la acreditación de los extremos alegados por el trabajador.

Existe libertad probatoria a la hora de acreditar la existencia de un contrato de trabajo. Es decir que puede probarse por todos los medios comunes de prueba. En este mismo orden de ideas, el art.1019 del Código Civil y Comercial establece lo siguiente:

“Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial”.

A la hora de probar la existencia de un contrato de trabajo adquiere una gran relevancia la presunción del art.23 de la LCT.

Por otro lado, la carga probatoria en un juicio laboral recae en aquél que invoca un hecho en virtud del art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

A su vez, el art.54 de la LCT hace referencia a las facultades del juez interviniente al momento de apreciar la documentación laboral. El artículo mencionado reza:

"Aplicación de los registros, planillas u otros elementos de contralor. Idéntico requisito de validez deberán reunir los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, que serán apreciadas judicialmente según lo prescrito en el artículo anterior".

Grisolia sostiene que se consagra el criterio de apreciación judicial amplio en materia probatoria, ante la falta u omisión de formalidades requeridas, como también en relación con la inversión de la carga probatoria del art. 55 para el caso en que las leyes y sus normas complementarias tales como decretos o resoluciones establezcan obligaciones de tipo registral.¹³

VI. La prueba testimonial

La prueba testimonial es de suma trascendencia para el proceso laboral teniendo en cuenta que, en gran parte de los casos, como en el caso de trabajo informal, no existe

13 GRISOLIA, Julio Armando, “Manual de derecho laboral”, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina,2019,p.111.

una instrumentación formal del vínculo cuestionado. Por lo tanto, esta prueba tiene una gran eficacia para demostrar la relación de trabajo, la antigüedad, la categoría y la manera en la cual se extinguió el contrato, entre otras circunstancias relevantes.

Se puede acreditar la relación laboral verificándose la concurrencia personal del actor al establecimiento comercial del demandado de forma frecuente, que el trabajador recibe instrucciones del demandado o cuando existan ciertos gastos y pagos convenidos, entre otros extremos.

Las declaraciones testimoniales de aquellos testigos, que percibieron mediante sus sentidos de manera directa determinados hechos, deben ser valoradas junto con la restante prueba producida y conducente para la resolución del caso. Dichas declaraciones testimoniales deberán ser analizadas teniendo en cuenta su precisión y concordancia con lo expresado en los escritos postulatorios de demanda o contestación de demanda. A su vez, el juzgador podrá dejar de lado aquellas declaraciones falaces o sospechosas.

También deberá tenerse en consideración la proximidad del testigo con el hecho analizado, su claridad expositiva y memoria.

Sí bien la declaración de un testigo único resulta un tanto débil, la misma puede tomar mayor credibilidad o fuerza probatoria en la medida en que coincida con los restantes elementos de prueba, ya que el magistrado analizará el material probatorio, incorporado al procedimiento, considerándolo como una unidad. En este sentido, resulta trascendental que se analicen las coincidencias y las contradicciones de las declaraciones testimoniales.

Finalmente, la declaración en base a comentarios o rumores sobre referencias ajenas no constituye una prueba directa de peso. Es lo que se conoce como el testigo de oídas. Lo cierto es que dicha declaración deberá ser apreciada como un elemento indiciario. El conjunto de diferentes indicios puede convencer al juzgador acerca de la verdad de lo postulado en los hechos de la demanda o contestación de demanda.

Estos rumores o referencias indirectas deberán ser corroborados con otros elementos probatorios, con la finalidad de formar cierta convicción.

VII. La prueba confesional

La prueba confesional puede ser definida como la confesión contra sí mismo. Este medio probatorio puede ser considerado un tanto débil, desde el punto de vista de su fuerza probatoria o convictiva.

Constituye un ritual un tanto especulativo respecto a la declaración del absolvente. En general, las posiciones serán contestadas con una negativa.

VIII. Las presunciones y la acreditación del vínculo laboral

Puede pasar que exista un grado de dificultad bastante alto para lograr acreditar la existencia de una relación de trabajo, lo cual impediría llegar a un grado de convicción suficiente en el juzgador para tomar una decisión razonada. Esto último sucede cuando no se cuentan con los medios probatorios necesarios para la acreditación de un hecho controvertido, por ejemplo cuando no se cuenta con testigos directos para probar una relación de trabajo.

En líneas generales, aquél que alega un hecho deberá probarlo. Sin embargo, en materia laboral es probable que se apelen a ciertas ficciones, conocidas como presunciones legales.

En este sentido, Morello considera que pueden darse diversas situaciones complejas a nivel probatorio, pero ello no debe ser considerado como una situación de orfandad probatoria, que imposibilite llegar a un juicio de valor para lograr una solución adecuada. Ante ello se necesita bajar el rigor normalmente empleado en la generalidad de los casos.¹⁴

Entonces, ante un hecho controvertido de difícil acreditación, el magistrado no puede exigir una demostración realmente estricta porque en algunas ocasiones, como se pudo apreciar anteriormente, no se cuentan con los elementos probatorios necesarios que generen una convicción absoluta que llegue al grado de una certeza.

Ante la complejidad de la prueba toma mayor relevancia el papel de las presunciones.

Conceptualmente, las presunciones son las consecuencias que el juez deduce de un hecho conocido para determinar la existencia de otro desconocido, y se convierten en verdaderos elementos de prueba cuando por su número precisión y gravedad tienen la entidad suficiente para producir convicción conforme a la sana crítica racional. Todo ello se desprende de lo establecido en el art.163, inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, Devis Echandía considera que una presunción es un razonamiento que, parte de un hecho determinado denominado indicio, para luego aplicar el conocimiento surgido de la experiencia común frente al orden normal de ocurrencia de las cosas, posibilitando afirmar la existencia de otro hecho que en definitiva se pretende acreditar. Esos hechos, obviamente, son alegados en los correspondientes escritos postulatorios.¹⁵

Las presunciones pueden ser definidas como la consecuencia de un proceso lógico que tiene en cuenta el modo normal en que ocurren las cosas, y deben estar claramente establecidas en la norma jurídica. En otras palabras, permiten conocer lo desconocido mediante lo que normalmente sucede. Ahora bien, lo que normalmente sucede es la regla, pero pueden existir excepciones que rompen con el normal desarrollo de los hechos. Si lo que normalmente sucede admite excepciones, esto quiere decir que las presunciones también se encuentran condicionadas a ellas por lo que se admite prueba en contrario.

Las presunciones funcionan como un medio para simplificar la realidad material porque determinan que ciertas cuestiones se produjeron de determinada forma evitando un análisis exhaustivo de lo que realmente sucedió.

Se debe tener en consideración que existen dos tipos de presunciones: *iusuris tantum* y las presunciones *iusuris et de iure*. Las primeras admiten prueba en contrario, mientras que las segundas no la admiten.

14 MORELLO, SOSA y BERIZONCE, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados", Editorial Platense. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2005, Tomo V-A, p.178.

15 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Segunda Edición. Editorial Zavallia. Buenos Aires, 1981, Tomo II, p.694.

Dichas presunciones son utilizadas para simplificar la acreditación del vínculo laboral entre el trabajador y el empleador, partiendo de la base de que existe una hiposuficiencia o una desigualdad estructural entre los sujetos involucrados. Las presunciones pueden equilibrar la balanza teniendo en cuenta que el trabajador no se encuentra en las mismas condiciones (en materia probatoria) que el empleador.

Una presunción implica la inversión de la carga de la prueba ya que pone en cabeza de la otra parte la prueba en contrario. Para que una presunción sea considerada procedente se necesita que ciertos indicios ya hayan sido constatados por la parte que los alega.

Por su parte, Bielli y Ordoñez indican que existen presunciones legales y judiciales. Enseñan que las primeras son creadas por el legislador, mientras que las segundas son las derivadas de la valoración judicial del juzgador a partir de la sana crítica.¹⁶

Las presunciones pueden ser valoradas por el juzgador al momento de dictar sentencia y deben ser tenidas en cuenta siempre y cuando se deriven del razonamiento lógico y de circunstancias probadas en las actuaciones. En tal sentido, nunca pueden ser arbitrarias, infundadas o caprichosas teniendo en cuenta que su aplicación depende de lo establecido en una norma jurídica.

La procedencia de una presunción tiene como principal efecto que determinados hechos no deben ser probados.

Desde un punto de vista meramente casuístico, en algunas ocasiones los empleadores apelan al fraude laboral para ocultar una verdadera relación de dependencia o directamente puede tratarse de una relación de trabajo informal. En líneas generales, en esos casos el empleador, ejerciendo su derecho de defensa, procede a negar la relación de trabajo mediante carta documento siempre y cuando sea intimado correctamente, mediante telegrama, por el trabajador. Luego, dicha defensa es sostenida en el marco de un proceso judicial al negar los hechos alegados por la parte trabajadora. En estos casos, las presunciones pueden llegar a ser contundentes para la acreditación de la relación de trabajo que existía, hipotéticamente, entre las partes.

Si bien la prueba testimonial puede ser contundente a la hora de acreditar una relación de trabajo, también puede llegar a apelarse a la prueba electrónica teniendo en cuenta que en el marco de dicha relación pueden utilizarse diversos dispositivos tecnológicos, lo que da lugar a elementos de prueba que pueden llegar a ser ofrecidos en el marco de un proceso judicial laboral. A todo este material probatorio, se debe sumar a las presunciones como la que se encuentra consagrada en el art.23 de la LCT.

Tomando en consideración la naturaleza protectoria de la normativa laboral vigente (régimen legal de contrato de trabajo) y la hiposuficiencia (desigualdad estructural del vínculo jurídico entre el trabajador y el empleador) lo que se traduce en muchas ocasiones en una desigualdad en materia probatoria o en una producción probatoria dificultosa, es sumamente importante el papel que pueden tener las presunciones para la acreditación de la existencia de una relación de trabajo (siempre y cuando sean valoradas junto a otros elementos de prueba).

16 BIELLI y ORDOÑEZ, “*La prueba electrónica*”, Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, 2019, p.539/540

IX. La presunción del art. 23 de la LCT

El art. 23 de la LCT establece que 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 el contrato y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

La prestación de tareas hace presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo. Esta presunción es de suma trascendencia porque simplifica la tarea probatoria y la dificultad que se pueda presentar.

Cuando se prueba la prestación de servicios (el trabajo por cuenta ajena) puede presumirse la existencia de un contrato de trabajo (una relación de dependencia).

Si se aplica esta presunción entonces recaerá en el empleador la carga de probar que esos servicios personales no tienen como causa un contrato de trabajo.

Se trata de una presunción *iuris tantum* por lo que admite prueba en contrario. En este sentido, el empleador puede utilizar todos los medios probatorios a los que se refiere el art.50 de la LCT para hacer caer la presunción del art.23.

En este mismo orden de ideas, el empleador deberá demostrar que el hecho de la prestación de servicios está motivado por otras cuestiones que no se relacionan con un contrato laboral.

Para determinar la existencia de un contrato de trabajo el juez debe basarse en el principio de la primacía de la realidad. Es decir que debe primar, por sobre todas las cosas, los hechos o datos objetivos por sobre lo que se encuentra documentado o manifiestan las partes.

Finalmente, siguiendo a Grisolí¹⁷ pueden darse determinados hechos que operan como presunciones a favor del trabajador, en conformidad con el art.23 de la LCT. Es así como el autor menciona:

- Cuando se prestan servicios personales no sustituibles, o se incorpora una persona en una empresa, aunque sea en actividades que, si bien hacen a su giro, no son esenciales;
- Cuando la prestación de las tareas se efectúa en el establecimiento del empleador;
- Cuando una de las partes debe acatar órdenes y cumplir horarios.

X. Presunción del art.55,LCT. Obligación de declarar si los libros son llevados en legal forma

La LCT en su art.55 hace referencia a la omisión de la exhibición de libros, registros y planillas, la que genera la presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que debía figurar en sus asientos.

Los libros y las registraciones contables tienen como misión fundamental la de hacer constar la nómina exacta del personal y su falta de presentación da lugar a la presunción a favor del trabajador con respecto a la fecha de inicio y fin de la relación laboral, como también de la categoría ostentada.

¹⁷ GRISOLÍA. ob. cit., p. 113.

La omisión de llevar los libros de ley faculta al juez a fijar el crédito laboral, siempre y cuando esta cuestión se encuentre controvertida.

XI. Presunción del art.57 de la LCT

El art.57 de la LCT establece otra presunción. Es así como dicho artículo determina que constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo.

Asimismo, dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.

Por lo tanto, se consagra una presunción a favor del trabajador ante el silencio del empleador, siempre y cuando éste último se encuentre correctamente emplazado.

El silencio puede ser interpretado como contrario al principio de buena fe que siempre debe imperar entre los sujetos involucrados.

A su vez, está presunción iuris tantum puede ser desvirtuada por la producción probatoria realizada por el empleador, cuando conteste o se explique al respecto ante un emplazamiento.

Es importante aclarar que este artículo se relaciona con el art.263 del CCCN, ya que el silencio del empleador, frente al emplazamiento del trabajador, importa una manifestación de voluntad con forma de interrogación porque había una obligación de explicarse ante la ley.

La ley también establece que el emplazamiento nunca debe ser inferior a 2 días hábiles. Una vez que esos días transcurren entonces se configura el silencio del empleador. Las presunciones estudiadas pueden ser muy importantes, junto al restante material probatorio incorporado al procedimiento judicial, para formar en el juzgador la convicción suficiente para tomar una decisión.

XII. Los indicios

Según Alsina, los indicios por sí solos no tienen valor probatorio alguno; tal es el caso del rastro, huella o vestigio. Sin embargo, los indicios pueden tomar mayor relevancia cuando tienen la entidad suficiente, a partir de la aplicación de una operación lógica, para inferir la existencia de un hecho desconocido.¹⁸ Puede decirse entonces que los indicios son huellas o rastros que dejan ciertos actos u omisiones realizados por las partes o terceros involucrados en el conflicto planteado ante los estrados.

Los indicios pueden ser relevantes siempre y cuando se relacionen con otros elementos de prueba. En este sentido pueden constituir elementos o piezas muy interesantes que individualmente considerados no forman en el juzgador la convicción suficiente para tomar una decisión. Sin embargo, los indicios considerados en su conjunto pueden ser

¹⁸ ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Segunda Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, Tomo III,p.683.

muy interesantes, obviamente si se los suma a prueba contundente sobre determinado extremo alegado.

Por ende, estas pequeñas piezas analizadas desde un método inductivo pueden ser aliados indiscutibles de la prueba electrónica.

En este orden de ideas Bielli y Ordoñez han dicho que:

“Un indicio es un rastro, vestigio o circunstancia conocida, que por sí sola no tiene valor alguno, pero que, concatenada con otras, permite conocer o inferir a través de un proceso inductivo la existencia de un hecho no percibido, dando nacimiento a una presunción”.¹⁹

La tarea del magistrado consiste en valorar las presunciones y los indicios en su conjunto y asignarles cierto valor en comparación a los restantes medios probatorios. En otras palabras, deberá someter todo el material del procedimiento, considerado como una unidad, y analizarlo mediante un proceso racional y lógico con la finalidad de tomar una decisión. Asimismo, el magistrado deberá ser flexible a la hora de valorar el material aportado al proceso ya que no puede pretender llegar a una certeza absoluta.

En esta inteligencia, la prueba electrónica podría ser valorada meramente como una prueba indiciaria, pero que considerada en conjunto con los restantes medios probatorios podría llegar a ser realmente eficaz para acreditar un vínculo laboral.

Vale decir que tanto los indicios como las presunciones por sí solos no son suficientes para la acreditación de la existencia de un vínculo laboral. Se necesitan de medios probatorios que generen la convicción suficiente, o por lo menos generen una duda en el juzgador para tomar una decisión razonable, amparada en los hechos, la prueba producida y el derecho.

La prueba electrónica es volátil, es multifacética y puede ser adulterada. Necesita ser conservada de manera sumamente cuidadosa para evitar cualquier manipulación indebida. Ante ello, los magistrados pueden mostrarse un tanto reacios a su incorporación o tener cierta desconfianza. Si la prueba electrónica no resulta ser realmente eficaz para formar la convicción suficiente y motivar una decisión, entonces los indicios pueden ayudar a generarla.

Puede suceder que se quiera probar un hecho determinado (controvertido), y la información necesaria sobre él se encuentra en un correo electrónico utilizado en determinada empresa. Ahora bien, habría que probar que ese correo electrónico era utilizado asiduamente por el demandado. Para lograr ello podrían llegar a utilizarse diversos métodos, pero pueden darse ciertos indicios que tengan que ver con que se envió a diferentes testigos (por ejemplo, proveedores de la empresa) correos electrónicos desde ese casillero. Esto en realidad puede ser valorado como un indicio por parte del magistrado ya que puede resultar difícil probar la autoría mediante la identificación de la dirección IP. Lo analizado en este párrafo constituye un indicio, una pequeña pieza o vestigio que sumado a otros medios de prueba (prueba testimonial, pericial o informativa) puede generar la convicción suficiente en el magistrado.

19 BIELLI y ORDOÑEZ, ob. cit., p. 532.

Vale decir que, a partir del razonamiento lógico, podrán inducirse ciertos hechos o actos realizados o no, por las partes involucradas en el proceso, e incluso por terceros.

La prueba electrónica deberá ser complementada con otros medios probatorios a fin de acreditar lo que la parte pretende o, en caso contrario, generar los indicios suficientes para que se conviertan en presunciones, y sean valoradas por el juzgador al momento de sentenciar.

Ahora bien, la prueba informática, teniendo en cuenta su complejidad y los diferentes desafíos que genera, al fin de cuentas puede constituir prueba indiciaria.

Al momento de valorar las pruebas producidas en las actuaciones el juez debe tener en consideración no sólo la prueba electrónica como tal (la cual puede tratarse de sitios webs, audios, cintas de video grabación, correos electrónicos, conversaciones entre las partes por diversas plataformas, entre otros elementos), sino que también debe tener en cuenta el hardware y software utilizado, mediante el cual se podrá visualizar, reproducir y/o transmitir la prueba electrónica. Esto hace una valoración amplia de los diversos elementos involucrados de naturaleza electrónica. La observancia y el análisis del hardware y/o software permite determinar la mayor o menor confiabilidad del soporte, lo que resultará en una mayor o menor seguridad y eficacia probatoria. Por esta razón, entre otras, resulta sumamente relevante que el juzgador se familiarice con las nuevas tecnologías.

Todo ello puede llegar a generar ciertos indicios que podrán ser considerados por el juzgador al momento de sentenciar, para lograr una sentencia justa y razonable.

XIII. El haz de indicios

El haz de indicios implica descomponer a la dependencia en diferentes elementos y proceder a su discriminación. Dichos elementos pueden ser determinantes o no a la hora de acreditar la existencia de una relación de trabajo.

Algunos elementos podrán no ser determinantes, pero sí pueden apoyar una determinada postura negativa o afirmativa respecto a la existencia de una relación de trabajo.

Entre estos elementos pueden mencionarse: la forma de pago, la capacidad de tomar decisiones organizativas en relación con el trabajo, la posibilidad de tomarse vacaciones o el tiempo en el que se presta determinado servicio.

Esta técnica ha recibido críticas y se la ha considerado como sumamente subjetiva. En este sentido, Ojeda considera que, más allá de la carga subjetiva, esta técnica puede ser de mucha utilidad en la práctica judicial y puede mejorarse a través de una "tesis de razonabilidad", que se vincula directamente con el sentido común del magistrado, poniendo especial énfasis en el principio de la primacía de la realidad.²⁰

Asimismo, la Recomendación 198 del año 2006 de la OIT²¹ establece una serie de linea-

20 OJEDA, Raúl (2009). "*Nuevas fronteras del derecho del trabajo*" en Colección "Temas de Derecho Laboral", Coordinadora: García Vior, Año 2009, N° 2, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2009, p.180.

21 El presente instrumento bajo análisis tiene en cuenta que, en variadas ocasiones, resulta sumamente complejo acreditar la existencia de una relación de trabajo. Esto puede deberse a múltiples circunstancias, como las limitaciones o insuficiencias de la legislación vigente o cuando se encubre una relación de trabajo.

mientos sumamente claros que allanan el camino hacia la consagración de la técnica del haz de indicios. Es así como se estableció en dicha Recomendación lo siguiente: “Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Por lo tanto, el haz de indicios puede ser una técnica realmente eficaz para la valoración de la existencia de una relación de trabajo. Entre los elementos indiciarios, se puede mencionar a la prueba electrónica que puede ser valorada como un mero indicio que, tomando en consideración los restantes medios probatorios ofrecidos y producidos, permite formar en el juzgador la convicción suficiente para tomar una decisión razonada.

XIV. Carga dinámica de la prueba

La figura procesal tiende a imponer mayores cargas probatorias aquel sujeto que se encuentra en mejores condiciones para acreditar los hechos necesarios para resolver un caso.

La carga de la prueba señala quién es el obligado a acreditar un hecho determinado en el marco de un proceso judicial.

La carga dinámica de la prueba pone en evidencia que el sujeto que se encuentra en mejores condiciones para aprobar un determinado hecho deberá hacerlo.

Generalmente el empleador es el que se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados extremos, teniendo en cuenta sus condiciones técnicas y económicas en comparación con el trabajador. Por ejemplo, es el empleador el que debe llevar los libros laborales con las formalidades de la ley; por lo tanto se encuentra en mejores condiciones para acreditar los extremos relacionados con aquellos libros.

En rigor de verdad, el empleador debe desplegar durante el desarrollo del proceso judicial una conducta capaz de demostrar un interés en el esclarecimiento de la verdad aportando activamente, es decir de manera voluntaria, los elementos necesarios para acreditar los extremos alegados en los escritos postulatorios. Todo ello se relaciona con la buena fe procesal que debe imperar en el desarrollo de cualquier proceso judicial.

Ante la complejidad probatoria el magistrado también deberá tener en cuenta la conduc-

ta desplegada por las partes durante la sustanciación del proceso, lo cual podría llegar a constituir un elemento de convicción más junto con la prueba producida, las presunciones y los indicios.

En este mismo orden de ideas, el magistrado podrá tomar en consideración el proceder de alguna de las partes durante el proceso, su reticencia o la actitud obstructiva, lo cual podrá tener cierto valor o peso a la hora de analizar el material incorporado al procedimiento laboral.

XV. Principio de primacía de la realidad

Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir lo que ha ocurrido en la realidad material, por sobre las formas, las apariencias o lo que las partes han convenido.

En rigor de verdad, más allá de lo que se encuentre documentado, las partes están unidas por un contrato-realidad. Por lo tanto, se prescinde de las formas que quedan en una en un segundo plano, lo que tiene mayor relevancia son los hechos.

Entonces, sí existen documentos o acuerdos suscritos por las partes se les da mayor preeminencia a los hechos por sobre los documentos. No sucede lo mismo en el derecho civil donde tiene mayor importancia lo pactado por las partes, las que pueden disponer libremente de sus derechos en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

En el art.23 de la LCT se establece que se presume la existencia de un contrato de trabajo por el hecho de la prestación de servicios, salvo que se demostrase lo contrario. Dicha presunción legal le confiere mayor preeminencia a la realidad por sobre lo documentado; por lo tanto lo fáctico resulta ser mucho más gravitante.

Además, en los casos de simulación o fraude laboral también puede aplicarse el principio de primacía de la realidad.

XVI. Los ambientes de trabajo y la tecnología

La tecnología ha impactado profundamente en diferentes ámbitos laborales, de tal forma que muchas relaciones del trabajo actuales se desarrollan en dos realidades: material e inmaterial. Entre dichas realidades, existe una retroalimentación constante.

Es así como de las relaciones laborales de la actualidad se pueden desprender elementos (documentos electrónicos) que pueden ser sumamente útiles para probar determinados extremos.

En esta inteligencia, Grisolíá considera que “las llamadas “nuevas tecnologías”- email, internet, mensajería instantánea, weblogs, cámaras webs, informática en general, etc.- se han incorporado al espacio organizacional de la empresa -y nuestras vidas- desde hace años”.²²

Como se puede apreciar, la tecnología ha impactado profundamente en los ámbitos laborales de tal forma que en la actualidad ciertas actividades no pueden desarrollarse sin la utilización de algún dispositivo tecnológico con acceso a internet.

22 GRISOLÍA, Julio Armando, “Manual de Derecho Laboral”, Edición 2019, Editorial Abeledo Perrot, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina,2019, p.164.

En rigor de verdad, de manera cotidiana en los ámbitos laborales se utilizan diversos dispositivos tecnológicos (PC, tablets, celulares o notebooks) y, específicamente, diferentes aplicaciones con la finalidad de enviar y recibir mensajes relacionados con el desarrollo de la relación de trabajo, lo cual da lugar a ciertos documentos electrónicos y que, luego, pueden ser ofrecidos como prueba electrónica en el marco de un proceso judicial.

De esta forma, pueden utilizarse correos electrónicos o mensajes de WhatsApp para comunicar algunas cuestiones relacionadas con el desarrollo cotidiano del trabajo, lo cual puede ser utilizado como prueba en un potencial proceso judicial laboral. Esto último requiere del planteamiento de una serie de estrategias probatorias para evitar que la prueba sea considerada como improcedente por parte del juzgador.

Todas estas huellas, que pueden extraerse de la realidad inmaterial, funcionan como indicios acerca de la existencia de una relación de trabajo.



LA DEPRESIÓN EN EL CONTEXTO DE UN DIAGNÓSTICO DE HIV Y SU INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE INVALIDEZ. ESTUDIO DE CASO DE UN PACIENTE ATENDIDO EN UN HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

Angélica María Vidal Rosero¹
 Jenny Esperanza Torres Martínez²
 Narda Katherine Rátiva Hernández³

Sumario: I. Introducción. II. El caso. III. La naturaleza jurídica de la pensión de invalidez. IV. Conclusiones.

Palabras clave: Depresión - HIV - Salud - Pensión - Invalidez

I.- Introducción

De acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se tiene que “una buena salud mental permite a las personas desarrollar su potencial, enfrentarse a las situaciones vitales estresantes, trabajar productivamente y contribuir a la comunidad”⁴; sin embargo, los trastornos y situaciones problemáticas que se presentan en el contexto de la relación que tiene el individuo consigo mismo, con los demás y su ambiente, puede generar gran discapacidad y afectar la calidad de vida.

Dentro de las situaciones que experimenta un individuo a lo largo de su historia personal y que pueden impactar en su calidad de vida, están las afectaciones crónicas en su salud, lo que conduce a que pueda experimentar crisis al momento de recibir su diagnóstico y a atravesar un proceso de adaptación psicológica, que se espera le permita finalmente aceptar su nueva condición y realizar cambios duraderos en su vida.

1 Médica, Universidad del Cauca. Departamento de Psiquiatría, Facultad de Salud, Universidad Libre, Cali, Colombia. Correo: angelicam-vidalr@unilibre.edu.co

2 Abogada, Universidad del Cauca. Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: jeetorresma@gmail.com

3 Médica, Universidad Industrial de Santander. Departamento de Psiquiatría, Facultad de Salud, Universidad Libre, Cali, Colombia. Correo: nardak-rativah@unilibre.edu.co

4 World Health Organization, Mental Health action plan 2013-2020, The WHO Document Production Services, Geneva, Switzerland, 2013.

Al atravesar estos eventos adaptativos no siempre se logra aceptar la nueva condición de salud. Esto puede derivar en el desarrollo de trastornos mentales asociados, uno de ellos es la depresión; según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la depresión es un trastorno mental afectivo común y tratable, frecuente a nivel mundial, se estima que en todo el mundo el 5% de los adultos padecen depresión. Se presenta con cambios en el estado de ánimo, con síntomas cognitivos y físicos, los cuales pueden ser de etiología primaria o secundaria al coexistir con comorbilidades de base, como el cáncer, enfermedad cerebro vascular, infartos agudos al miocardio, diabetes, enfermedad de Parkinson, trastornos alimenticios y abuso de sustancias, y HIV⁵.

Según la quinta edición del "Diagnostic Statistical Manual of Mental Disorders" (DSM-5), la depresión es un trastorno del estado de ánimo, donde la principal característica es una alteración del humor y, según su temporalidad y origen sintomático, tiene una clasificación particular; de esta manera se distingue el trastorno depresivo mayor, trastorno distímico y trastornos bipolares como los principales⁶.

Freud describe la depresión como una patología similar al duelo, en donde se asemejan muchos síntomas, excepto por la disminución de la percepción positiva de sí mismo. En su escrito *Duelo y Melancolía*⁷, hace una descripción del trastorno de manera clara: "*Una cancelación del interés por el mundo exterior, la pérdida de la capacidad de amar, la inhibición de toda productividad y rebaja en el sentimiento de sí, se exterioriza en auto reproches y auto denigraciones y se extrema hasta una delirante expectativa de castigo.*"

Cuando coexiste una enfermedad de base como el virus de inmunodeficiencia humana (HIV), la depresión conlleva al desarrollo de mayor estrés y disfunción, a empeorar la situación vital de la persona afectada y por consiguiente, la propia depresión.⁸

El HIV es uno de los agentes infecciosos con mayor impacto mundial es el virus de inmunodeficiencia humana (HIV) y sus consecuencias han sido tan devastadoras que su control, tratamiento y prevención fueron incluidos dentro de los Objetivos del Milenio propuestos por la Organización de las Naciones Unidas. Debido a que las personas con infección por HIV actualmente viven más tiempo, el tratamiento de los trastornos psiquiátricos se ha incorporado cada vez más a la atención integral⁹.

Dentro de los trastornos psiquiátricos la depresión se ha descrito como uno de los principales problemas comórbidos a la infección por HIV (entre 2 y 4 veces más que en población general) con una prevalencia entre el 20 y 79%¹⁰.

En las personas con diagnóstico de HIV el estrés agudo generado ante la comunicación

5 Organización Mundial de la Salud, Depresión, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/depression>, 31 de Marzo 2023.

6 Asociación Americana de Psiquiatría, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5), quinta edición, American Psychiatric association publishing, 2018, p. 24-27.

7 Freud S., *Duelo y melancolía*, Obras Completas, Tomo XIV, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1917

8 Morales Fuhrmann Cristian, La depresión: Un reto para toda la sociedad del que debemos hablar, *Rev Cubana Salud Pública*, 2017, 43(2):136-138.

9 Naciones Unidas, Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018, Naciones Unidas Nueva York 2020, p:64.

10 Wolff C, Alvarado R, Wolff M., Prevalencia, factores de riesgo y manejo de la depresión en pacientes con infección por VIH: Revisión de la literatura. *Rev Chil Infectología*, 2010, 27(1):65-74..

del diagnóstico puede influir en la función de su sistema inmunológico,¹¹ lo cual a su vez se ve agravado por estresores particulares de tipo social como la estigmatización, estresores económicos -como la dificultad para competir en el mercado laboral-, también físicos y psicológicos, que en suma pueden generar aún más deterioro de su salud^{12, 13, 14}; experimentan mayor ansiedad y depresión, y menor autoestima que otros pacientes¹⁵. En Colombia se ha identificado que los altos niveles de ansiedad y depresión en estos pacientes¹⁶.

En cuanto a los estresores de tipo social, el rol del entorno incide como una de las fuentes de mayor discapacidad; el estigma ante la infección por HIV genera una carga importante para el individuo y asociado a los síntomas depresivos coexistentes, ocurre la percepción de la pérdida del control sobre la salud, la esperanza de vida, los síntomas experimentados e incluso con las implicaciones físicas, psicológicas y sociales del tratamiento.

Percibir un apoyo social efectivo es una variable fundamental afrontar estas enfermedades, eso de estrés y se la considera como un elemento de resiliencia, lo cual es determinante para favorecer el estado de ánimo en estos pacientes; sin embargo, lo que se encuentra en estudios realizados en países de primer mundo, muestra que las personas con HIV refieren tener una menor calidad de vida y un escaso apoyo social.

En un estudio realizado en Bogotá, Colombia en el 2018¹⁷, se analizó una muestra de personas de ambos sexos con HIV/sida inscritas en un programa de atención integral y valoraron los aspectos sociodemográficos y de la calidad de vida relacionados con la salud, se encontró una relación directa entre la dimensión del bienestar emocional y el apoyo social funcional. Este hallazgo concuerda con otros estudios en los cuales se han evidenciado asociaciones positivas significativas entre la percepción del apoyo social y puntuaciones más altas de la calidad de vida en aquellas personas con HIV/sida, quienes no presentan síntomas depresivos o de ansiedad ni perciben estar sometidas al estigma, son funcionales en la resolución de problemas y se adaptan mejor a vivir con una enfermedad crónica¹⁸.

Los síntomas de la depresión son menos visibles que los de otros trastornos mentales, el miedo de los afectados a la discriminación se manifiesta de forma clara. En España, por ejemplo, la depresión es una de las causas de mayor ausentismo laboral por incapacidad

11 De Flores T. Impacto emocional y cambios inmunológicos en la notificación diagnóstica de seropositividad. *An Psicol.* 1994;10(2):135-43.

12 Wolff C, Alvarado R, Wolff M., Prevalencia, factores de riesgo y manejo de la depresión en pacientes con infección por VIH: Revisión de la literatura. *Rev Chil Infectología*, 2010, 27(1):65-74..

13 Eva I, Bermúdez M de la P, Hernández-Quero J, Buena-Casal G. Evaluación de la depresión, ansiedad e ira en pacientes con VIH/SIDA. *Salud Ment.* 2005, 28(5):40-9..

14 Varela M, Galdames S. Depresión y adhesión a terapia anti-retroviral en pacientes con infección por VIH atendidos en el Hospital San Pablo de Coquimbo, Chile. *Rev Chil Infectología*, 2014;31(3):323-8..

15 Muñoz-Moreno J, Fuster-Ruiz M, Fumaz C, Ferrer M, Molero F, Jaen Á, et al., Quejas cognitivas en personas con infección por el virus de la inmunodeficiencia humana en España: prevalencia y variables relacionadas. *Med Clin (Barc)*. 2014;142(10):438-44.

16 Arrivillaga Quintero M, Martínez López J, Ossa Toro A., Ansiedad, depresión y percepción de control en mujeres diagnosticadas con VIH/Sida. *Pensam Psicológico*, 2006,2(7):55-71.

17 Moreno-Montoya, José, Barragán, Ana M., Martínez, Margin, Rodríguez, Amanda, & González, Ángela Carmela. (2018). Calidad de vida y percepción de apoyo social en personas con VIH en Bogotá, Colombia. *Biomédica*, 38 (4), 577-585.

18 Prachakul W, Grant JS, Keltner NL. Relationships among functional social support, HIV-related stigma, social problem solving, and depressive symptoms in people living with HIV: A pilot study. *J Assoc Nurses AIDS Care.* 2007;18:67-76.

temporal, los empresarios tratan de evitar a los trabajadores depresivos puesto que se produce una reducción sustancial de la capacidad de la persona para trabajar de manera efectiva, asociándose esto a pérdidas significativas de la productividad¹⁹. En relación con lo anterior, según con la OMS: “De entre todas las enfermedades que generan discapacidad, los trastornos mentales graves, entre los que se incluye la depresión, son los que se asocian con las tasas más altas de desempleo.”²⁰

II. El caso

Fecha de consulta: septiembre 2022.

Anamnesis: Paciente de sexo masculino, 53 años, natural y procedente de Cali, escolaridad secundaria completa, cesante, católico no practicante, con estado civil de unión libre desde hace 27 años, no tiene hijos.

Motivo de consulta: “Estoy muy ansioso, no sé qué tengo”.

Enfermedad actual: Paciente quien a los 30 años (en el año 2000), después de un diagnóstico de VIH positivo de su pareja, inició con sensación de ansiedad, tristeza, llanto inconsolable ocasional, anhedonia, abulia, insomnio global, ideas de desesperanza, asociado a una percepción catastrófica del pronóstico en caso de tener también el virus. En ese entonces decidió no realizarse la prueba, por temor y vergüenza, y solo fue hasta el 2003 cuando presentó síntomas físicos diversos que le hicieron el diagnóstico de HIV estadio SIDA.

Con la noticia del diagnóstico tuvo agudización de síntomas ansiosos, recibió manejo integral para un trastorno de adaptación con lo cual presentó mejoría y estuvo estable por 7 años aproximadamente; hacia el 2010 falleció su madre, a partir de entonces reinició con episodios de ansiedad, acompañados de tristeza, lo cual se intensificó, y para el 2012 requirió hospitalización y le hicieron diagnóstico de un trastorno depresivo moderado.

En octubre del 2014 volvió a presentar síntomas similares, pensamiento nihilista, rumiación del pensamiento en torno a la enfermedad, llanto frecuente, dificultad en la concentración, y adicionalmente alucinaciones auditivas y visuales; para enero del 2015, asociado a los síntomas previos, presentó aumento en la frecuencia de las alucinaciones, se le diagnosticó un trastorno depresivo recurrente, episodio grave presente con síntomas psicóticos, requirió manejo hospitalario, se inició manejo antipsicótico con lo cual mejoró el cuadro, posteriormente de manera ambulatoria suspendió el tratamiento por presentar intolerancia al mismo.

Hacia abril de 2015 se aquejó de olvidos frecuentes, falta de concentración, tuvo un resultado en el test Minimental de 24/30, que reflejó fallas en evocación, recuerdo, orientación, también tuvo un resultado alterado en el test del reloj; con base en lo anterior, para ese año ante la reiterada interrupción de su rol laboral, solicitó calificación de pérdida de capacidad laboral (PCL) con la documentación aportada a la fecha.

19 Lorenzo García, P., Inserción laboral de las personas afectadas de enfermedad mental: esquizofrenia, depresión, alcoholismo, 2020.

20 Organización Panamericana de la Salud, Depression and Other Common Mental Disorders. Global Health Estimates. Washington, D.C.; 2017.

En julio del 2015 tuvo un nuevo ingreso al hospital por exacerbación de síntomas afectivos, presencia de delirios y alucinaciones no caracterizados; recibió manejo antipsicótico, y lo suspendió por percibir mejoría clínica, en cuanto al manejo antirretroviral, tuvo adherencia y estuvo estable durante 5 años; en relación con la solicitud realizada en 2015, para octubre de 2017 dieron respuesta a su solicitud de calificación de PCL en la cual se indicó una pérdida de la capacidad laboral de 51,50%.

En septiembre del 2022 consultó a urgencias de hospital psiquiátrico por cuadro clínico de dos meses caracterizado por ansiedad desbordante, hiporexia, pérdida de peso estimada en cuatro kilos e insomnio global, ideas delirantes de tipo persecutorio, indicaron manejo ambulatorio con quetiapina + fluvoxamina; un mes después, reconsultó por persistencia de ideas delirantes de tipo persecutorio, alucinaciones auditivas y visuales, insomnio, se inició manejo con fluvoxamina y risperidona, estuvo hospitalizado por tres semanas, logró modular su afecto y las ideas delirantes se encapsularon, egresó y se indicó seguimiento en hospital día con el fin de mejorar su funcionalidad, dado que para ese momento de acuerdo con la escala Global Assessment of Functioning (GAF) su funcionalidad era de 51-60. Durante su estancia en hospital día se involucró en la terapia a su pareja, quien refirió que el paciente logró un mejor desempeño funcional en las actividades del hogar, en la interacción social, y logró gratificarse al ejecutar actividades a nivel familiar y social, y para el egreso de hospital día, en febrero de 2023, se aplicó nuevamente la escala Global Assessment of Functioning (GAF) con una puntuación de 71-80.

Antecedentes:

-Patológicos: episodio depresivo diagnosticado en 2000, HIV diagnosticado en 2003, trastorno de adaptación en 2003, trastorno depresivo moderado en 2012, trastorno depresivo recurrente, episodio grave presente con síntomas psicóticos 2015, demencia en la enfermedad por HIV 2017, tuberculosis tratada, dislipidemia, infección por covid-19 en julio 2022, hígado graso, deficiencia de ácido fólico.

-Familiares de fibrosis pulmonar, hipertensión arterial, insuficiencia cardiaca, artritis, trastorno mixto de ansiedad y depresión, en la madre y alcoholismo en el padre.

-Laborales: inició a trabajar a los 19 años de manera informal, en oficios varios, como auxiliar de cocina, mesero, pintor de casas y operario de producción. Entre los 22 y 27 años trabajó en varias empresas con contratos laborales. Durante los siguientes 5 años trabajó de manera informal. A los 32 años volvió a trabajar para una empresa en la cual estuvo durante un año aproximadamente, posterior a ello fue diagnosticado con HIV, y refirió que posteriormente presentó múltiples dificultades para vincularse laboralmente, dado que adicionalmente cursaba con un trastorno depresivo.

Historia personal:

Es producto de familia biparental, el tercero de tres hijos, en cuanto a la etapa perinatal y al desarrollo psicomotor no aportó información. Convivió con sus dos hermanos mayores y ambos padres hasta los 5 años, dado que sus padres se separaron por maltrato intrafamiliar por parte del padre, a raíz de esta situación la madre lo llevó a vivir con su abuela y su tía materna a la ciudad de Yumbo, no volvió a tener contacto con su padre ni con sus hermanos mayores. Inició la primaria a los 7 años con buenas relaciones con sus pares, no tuvo pérdidas escolares, tampoco dificultades para el aprendizaje o la atención en el colegio.

A los 12 años, ingresó en un colegio masculino, tuvo buena relación con sus pares, además continuó viviendo con su abuela, su tía y su madre. Terminó el colegio a los 18 años, prestó servicio militar en el ejército por un año, posteriormente trabajó en una empresa en oficios varios como auxiliar de cocina, mesero, pintor de casas y operario de producción.

A los 22 años murió su padre al parecer de un infarto, narró que con él nunca tuvo una relación cercana. Conoció a su pareja a los 25 años, se fueron a vivir juntos dos años después. A los 30 años se enteró del diagnóstico de HIV positivo en su pareja, y fue cuando inició con los síntomas psiquiátricos descritos en la enfermedad actual. A los 37 años inició a trabajar como jornalero, trabajo que desempeñó durante cinco años, narró que en esa época no disfrutaba de su trabajo, las jornadas eran extenuantes, casi siempre estaba solo y tenía un mal pago, por lo cual renunció. Luego retomó el trabajo como operario de producción en otra empresa, siendo éste su último trabajo formal, se pensionó por enfermedad mental en el 2017.

Examen Mental (ingreso septiembre 2022)

Descripción del paciente quien aparenta la edad cronológica, luce preocupado por su presentación personal, realiza contacto visual y verbal, colabora parcialmente con la entrevistadora.

Psicomotor: con movimientos adaptativos en manos y pies, equivalentes ansiosos.

Afecto: ansioso, labilidad emocional, con tendencia al llanto fácil.

Pensamiento: coherente, relevante, intervalo pregunta respuesta adecuado, producción ideo-verbal adecuada, con ideas delirantes de tipo persecutorio, ideas de minusvalía y desesperanza, ideas de muerte, sin un plan suicida instaurado. Niega ideas de heteroagresión, volumen de la voz bajo. Forma: ilógico. Sensopercepción: niega presentar alucinaciones durante la entrevista. Sensorio: alerta, orientado en tiempo, lugar y persona. Cálculo, memoria y abstracción conservada, disprosexico. Juicio de realidad: comprometido.

Examen mental (egreso febrero 2023)

Descripción del paciente: paciente masculino en la sexta década de la vida, con aparente edad cronológica, se desplaza por sus propios medios, talla promedio, contextura gruesa, tez trigueña, su cabello es cortó y canoso, luce preocupado por su presentación e higiene personal, usa ropa limpia y lentes, hace contacto visual y verbal espontáneo, colabora con la entrevista.

Psicomotor: equivalentes ansiosos, con movimientos de ambas piernas. Afecto: ansioso, resonante.

Pensamiento: curso coherente, relevante, producción ideoverbal, intervalo pregunta respuesta y volumen de voz adecuados, sin evidencia de delirios, con ideas sobrealvaloradas de peligro, temor, ideas catastróficas, hipocondriacas, no verbalizó ideas de muerte, no verbalizó ideas suicidas, ni ideación autolítica, sin ideas de agresión a terceros. Forma: lógico.

Sensopercepción: no refiere alucinaciones o ilusiones, tampoco impresiona presentarlas. Sensorio: alerta, orientado en tiempo, espacio y persona, disprosexico, memoria a corto y largo plazo conservada aparentemente, no alteraciones en el cálculo, ni la abstracción. Juicio de realidad: no comprometido.

Discusión del caso:

Se encuentra que el paciente presentó estresores en la infancia como la violencia ejercida por el padre, la relación afectiva paterno-filial es el asiento fundamental de los sentimientos de seguridad o inseguridad que presiden respectivamente las vinculaciones de buena y mala calidad. Los niños que crecen sin la figura paterna se enfrentan a retos y amenazas sin las herramientas emocionales necesarias en la vida adulta, lo que conlleva a mayor dificultad para establecer vínculos sanos en las relaciones interpersonales⁷.

Después del diagnóstico de HIV positivo en la pareja, el paciente presentó síntomas de tipo ansioso y depresivo, decidió no realizarse la prueba, ni iniciar tratamiento y solo tres años después con la progresión de la enfermedad y el requerimiento de hospitalización inició el manejo antirretroviral. No refirió síntomas durante siete años aproximadamente y posterior a la muerte de su madre, inició nuevamente con tristeza, ansiedad, sensación de cansancio, desesperación, cogniciones de soledad, ideas de muerte e ideación suicida no estructurada, síntomas que eran recurrentes con periodos de recuperación con el manejo farmacológico, y eventualmente exacerbados por diversos estresores y regular adherencia al manejo psiquiátrico.

También se describe que presentó alteraciones cognitivas como fallas en la evocación, el recuerdo, la orientación y un test del reloj alterado, respecto a estos síntomas, de acuerdo con varios estudios, se ha determinado que la infección por HIV predispone a desarrollar una depresión mayor a través de una serie de mecanismos, entre los que se incluyen la lesión directa de las áreas subcorticales del cerebro, el estrés crónico, la intensificación del aislamiento social y la desmoralización intensa, y adicionalmente, también se sabe que un paciente con HIV en cualquier momento puede desarrollar un trastorno neurocognitivo asociado al HIV, dado que esta patología es de predominio asintomática, y su diagnóstico en etapas tempranas es un desafío.

Un estudio realizado por MacArthur y Brew en el año 2010, reportó que 64% de los pacientes con infección por HIV sin quejas cognitivas tenían un trastorno neurocognitivo asociado al HIV si eran estudiados detalladamente, y adicionalmente, en cuanto a la terapia antirretroviral se sabe que puede producir alteraciones vasculares y envejecimiento prematuro, que profundizarían la disfunción neuronal y produciría cambios cognitivos.^{21, 22}

De acuerdo con lo anterior, para el momento en que se hizo la calificación de la PCL, el paciente presentaba alteración en la ejecución de sus actividades básicas, un rol laboral interrumpido desde los 33 años aproximadamente, evidencia de alteraciones cognitivas, con lo cual fue calificado bajo el diagnóstico de una demencia en la enfermedad por HIV, y para el momento de la última hospitalización entre septiembre 2022 y febrero 2022, en adición se hizo diagnóstico de un trastorno depresivo recurrente, con episodio moderado presente.

III. La naturaleza jurídica de la pensión de invalidez

21 Escobar-Urrejola S, Ceballos ME, Toro P., Co-morbilidad neuropsiquiatría en infección por VIH. Revista chilena de infectología, 2020, 37(5):555-62.

22 Underwood J, Robertson K R, Winston A., Could antiretroviral neurotoxicity play a role in the pathogenesis of cognitive impairment in treated HIV disease? AIDS, 2015, 29 (3): 253- 61.

La pensión de invalidez dentro del ordenamiento jurídico colombiano se estatuye para la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad frente a una enfermedad, que se encuentra conectado con el derecho al mínimo vital, la vida digna y la seguridad social (reconocidos como fundamentales en el texto constitucional)²³. En ese sentido se establece en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 860 de 2003 los requisitos para el reconocimiento pensional de invalidez, a saber: Pérdida de Capacidad Laboral y la cotización de 50 semanas en los últimos tres años a la fecha de estructuración de la PCL²⁴.

Sobre la Pérdida de Capacidad Laboral, en el decreto 1507 de 2014 en su Anexo Técnico se estructura la valoración de las deficiencias y la valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales²⁵. Derivando de la calificación del estado de invalidez que aparece en el artículo 41 de la ley 100 de 1993 modificado por el decreto 19 de 2012, que nos dice que la calificación se realizará con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de calificación, el cual será expedido por el Gobierno Nacional.

Para la emisión del dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional²⁶ se establece que debe diligenciarse el formato 1 de valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras ocupacionales o el formato 4 de valoración del rol ocupacional para adultos y adultos mayores, dependiendo de si se trata de una persona laboralmente activa o no. En ese sentido la estructura del formato, según la Resolución 3745 de 2015 expedida por el Ministerio de Trabajo, será:

1. Información General del Dictamen Pericial.
2. Información General de la Entidad Calificadora.
3. Datos Generales de la Persona Calificada.
4. Antecedentes Laborales del Calificado.
5. Relación de Documentos / Examen Físico (Descripción).
6. Fundamentos para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional - Títulos I y II, así:
 - Título I: Calificación / Valoración de las deficiencias.
 - Título II: Valoración del Rol Laboral y/o Rol Ocupacional (De acuerdo a la clasificación dada en el Artículo 4 de esta Resolución).
7. Concepto final del Dictamen Pericial.
8. Grupo Calificador²⁷.

En cuanto al reconocimiento pensional, le corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Laborales, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias²⁸.

En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su

23 Constitución Política de Colombia, preámbulo, artículo 13, 48 y 53.

24 Ley 100 de 1993 modificada por la ley 860 de 2003, artículo 38 y 39

25 Decreto 1507 de 2014, Anexo técnico.

26 Resolución 3745 de 2015.

27 Resolución 3745 de 2015.

28 Ley 100 de 1993, artículo 41.

inconformidad acudiendo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales (Acción constitucional de tutela o proceso ordinario laboral)²⁹.

En términos de calificación vale la pena anotar que el Manual de Calificación de 2014 contiene conceptos que son importantes para que la valoración se haga de manera más apropiada, a saber: la Carga de adherencia al tratamiento 'CAT' que significa el impacto que tienen la medicación, la dieta y los tratamientos indicados, así como los efectos secundarios, sobre las actividades de la vida diaria y que, por lo tanto, generan un grado de deficiencia. La CAT incluye los procedimientos terapéuticos necesarios para el manejo del trastorno o patología, según la frecuencia y la vía de uso de los medicamentos, las modificaciones en la dieta, los monitoreos biológicos necesarios para hacer el seguimiento. El examen físico: Evaluación mediante inspección, palpación, auscultación, percusión y medida de los signos vitales.

Los factores moduladores: Son los criterios que pueden modificar el porcentaje del grado de severidad de una deficiencia dentro de una clase funcional predeterminada por el factor principal.

El factor principal: Criterio utilizado en la calificación de las deficiencias y que determina la clase funcional en cada tabla de calificación. El criterio a utilizar para este factor se encuentra previamente definido en cada una de las tablas de los distintos capítulos del Manual de Calificación, salvo excepciones.

El historial clínico: Describe los antecedentes, la evolución y el estado actual de la patología que se está calificando; incluye los antecedentes pertinentes y los resultados de los diagnósticos referentes a la Mejoría Médica Máxima (MMM) como la estabilización sustancial y con poca probabilidad de cambio, la Carga de Adherencia al Tratamiento (CAT) y los diferentes tratamientos de la(s) deficiencia(s). Puede ser factor principal o modulador, lo cual se define en cada tabla de calificación.

Las pruebas objetivas como los estudios clínicos o paraclínicos. Pueden constituirse en factor principal o modulador, se define dependiendo de la enfermedad y la afectación de la misma³⁰.

Dentro de la estructura se plantean las deficiencias por alteración de los diferentes órganos, tejidos, miembros y sistemas, en ese sentido para el caso mencionado nos encontramos ante alteraciones del sistema hematopoyético, del sistema nervioso central y periférico y trastornos mentales y del comportamiento³¹ para el caso en cuestión de paciente con alteración psiquiátrica portador del virus del HIV.

Las enfermedades del sistema hematopoyético³² tienen que ver con las deficiencias permanentes de médula ósea, ganglios linfáticos y bazo, los cuales producen una población heterogénea de células circulantes en sangre y una compleja familia de proteínas

29 Ibid

30 Decreto 1507 de 2014, Anexo Técnico 4.1

31 Ibid., tabla 1.

32 Ibid., Capítulo 7

esenciales para la coagulación de la sangre y la defensa inmunológica (la que interesa a efectos de la calificación de pérdida de capacidad laboral).

Es de importancia para la evaluación tener en cuenta la gravedad de los síntomas, las pruebas de laboratorio, las limitaciones funcionales y como procedimientos auxiliares: 1) Recuento hemático completo; 2) Examen de la extensión de sangre periférica; 3) Aspiración de la médula ósea y biopsia; 4) Electroforesis de la hemoglobina; 5) Pruebas de antiglobulina directa e indirecta; 6) Prueba de crioaglutinina; 7) Citogenética de sangre periférica y/o médula ósea; 8) Análisis inmunoquímico de inmunoglobulinas 9) Biopsia de bola de Bichat y tinción con rojo Congo; y 10) Estudios hemostáticos.

Para la evaluación para la calificación por trastornos debidos a inmunodeficiencia (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida): Niveles de CD4 T.

La infección con VIH crea un proceso patológico progresivo y finalmente fatal con un tratamiento complejo y grados predominantemente variables de la deficiencia funcional. Este virus destruye directamente los linfocitos CD4 T ocasionando una deficiencia de la respuesta inmunológica normal contra las infecciones y los procesos neoplásicos. El riesgo de desarrollar una infección oportunista es, en general, inversamente proporcional al recuento absoluto de CD4 T.

La deficiencia por infección del VIH es causada por afección monosistémica o multisistémica de una infección por VIH primaria o por la infección oportunista o por el proceso neoplásico de la disfunción inmunológica. Cada sistema orgánico puede estar comprometido: hematopoyético, pulmonar, gastrointestinal, neurológico, dermatológico y renal. Por lo general, al comprometer varios sistemas simultáneamente, se determina la deficiencia utilizando las tablas específicas, según el órgano afectado, para luego aplicar la fórmula de valores combinados.

No se debe clasificar la enfermedad por VIH utilizando alguna de las tablas hematopoyéticas estándar. Se deben utilizar hallazgos de laboratorio que son el factor principal. El historial clínico representará el factor modulador.

Con respecto a las alteraciones del sistema nervioso central y periférico³³ se encuentran los trastornos del cerebro, de la médula espinal, de los nervios craneales, nervios espinales (plexos y raíces) y nervios periféricos.

A efectos de evaluar la pérdida de capacidad laboral se tendrá en cuenta la interpretación de signos y síntomas como es el caso de alteraciones de la conciencia, confusión, pérdida de la memoria, dificultades del lenguaje, cefalea, visión borrosa, visión doble, fatiga, dolor y debilidad facial, zumbido en los oídos, mareo, vértigo, disfagia, disartria, debilidad en uno o varios miembros, dificultad al caminar o subir escaleras, dolores agudos, adormecimiento y hormigueo de las extremidades, temblor, pérdida de la coordinación, pérdida de control de esfínteres y pérdida de la función sexual.

Muchos de estos síntomas describen el deterioro funcional experimentado por la persona, si bien la evaluación neurológica y las pruebas clínicas complementarias determinan

33 Ibid., capítulo 12

la ubicación anatómica, el plexo y los nervios afectados o sus ramas y por ende la tabla que debe ser utilizada en la calificación.

Evaluación y consulta neuropsicológica: Ayudan a caracterizar las alteraciones cognitivas y conductuales. La evaluación neuropsicológica y la batería de pruebas cubren muchos campos funcionales, como la atención, el lenguaje, la memoria, las habilidades viso-espaciales, las funciones ejecutivas, la inteligencia, la velocidad motora y los logros educativos, mediante la aplicación de pruebas con validez y fiabilidad establecidas. El desempeño neuropsicológico es afectado por muchos factores como la edad, la educación, el estado socioeconómico y los antecedentes culturales, influencia que debe ser considerada en la evaluación de los resultados de las pruebas.

Los trastornos neurológicos asociados a hipersomnias incluyen el síndrome de apnea del sueño central, la narcolepsia, la hipersomnia idiopática, los desórdenes del movimiento, el síndrome de piernas inquietas, la depresión, los tumores cerebrales, la hipersomnia postraumática, la esclerosis múltiple, la encefalitis y postencefalopatía, la enfermedad de Alzheimer, la enfermedad de Parkinson, la atrofia multisistémica y los trastornos neuromusculares con apnea del sueño.

Criterios para la calificación de deficiencia por alteraciones emocionales o conductuales: Los trastornos emocionales, del humor y del comportamiento ilustran la relación que existe entre los trastornos neurológicos y los trastornos mentales y del comportamiento³⁴.

Esta relación da lugar a revisar la clasificación multiaxial propuesta por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Psiquiátrica de los Estados Unidos (American Psychiatric Association) - DSM - IV, así como la Clasificación Psicopedagógica de la Discapacidad Intelectual propuesta por la Organización Mundial de la Salud -OMS- 2004.

Dentro del anexo técnico se establece valoración de trastornos de humor incluyendo el trastorno depresivo mayor y el trastorno afectivo bipolar; trastorno por ansiedad incluyendo el trastorno por ansiedad generalizada, trastorno de pánico, fobias, trastorno por estrés postraumático y el trastorno obsesivo-compulsivo; trastornos psicóticos, incluyendo la esquizofrenia y los trastornos de la personalidad.

También contiene criterios para cuantificar las deficiencias derivadas de otros cuadros clínicos tales como los trastornos por estrés, trastornos somatomorfos y trastornos por abuso de sustancias.

Para la evaluación de las deficiencias por trastornos mentales y del comportamiento se tendrá en cuenta:

Criterio 1. Diagnósticos clínicos del DSM IV.

Criterio 2. Historial clínico: relacionado con los antecedentes clínicos y su evolución en el año anterior a la calificación.

Criterio 3. Hallazgo actual: Presencia de síntomas y signos determinados mediante examen mental.

34 Ibid., capítulo 13

Criterio 4. Evolución total del trastorno: Es el tiempo comprendido entre la primera aparición de las alteraciones propias del cuadro clínico y el momento de la calificación.

Criterio 5. Coeficiente intelectual.

Dentro de la evaluación multiaxial, a efectos de que sea integral, se comprende:

I Trastornos clínicos

Otros problemas que pueden ser objeto de atención clínica

II Trastornos de personalidad

III Enfermedades médicas (con código CIE10)

IV Problemas psicosociales y ambientales

V Evaluación de la actividad global

Debe tenerse en cuenta que además de la historia clínica, algunas pruebas diagnósticas tales como: pruebas de personalidad, test de inteligencia, afrontamiento del estrés, de vulnerabilidad al estrés, evaluación de factores psicosociales, escalas de depresión y ansiedad que varían según la etapa del ciclo vital en que se encuentre la persona.

La calificación se realizará de la siguiente manera:

1. Identificar el trastorno mental a calificar según lo definido en el DSM-IV y el diagnóstico emitido por el médico psiquiatra.
2. Verificar que se haya alcanzado la Mejoría Médica Máxima, un año después de iniciado el tratamiento, o se haya terminado el proceso de rehabilitación integral; no obstante, se deberá calificar antes de cumplir los 540 días calendario de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad.
3. Aplicar la tabla correspondiente, ya sea que se trate de un cuadro clínico o de un trastorno de personalidad y determinar la clase de acuerdo con los criterios, según la gravedad de la deficiencia.
4. Calificar solamente el cuadro o síndrome clínico con mayor valor porcentual de deficiencia, cuando existan varios.
5. El valor de la deficiencia global por trastornos mentales y del comportamiento será la suma aritmética de las deficiencias derivadas de un cuadro clínico y un trastorno de personalidad o discapacidad intelectual
6. La deficiencia resultante de los trastornos mentales y de comportamiento se combina mediante la fórmula de combinación de valores con las deficiencias en otros órganos o sistemas diferentes, para el caso en específico la relacionada con el HIV.

Los trastornos mayores del humor están caracterizados por la presencia de episodios de depresión (trastorno depresivo) y exaltación (manía o hipomanía) o presencia de ambos tipos de episodios (trastorno bipolar del humor). El trastorno depresivo mayor está caracterizado por la presencia de un episodio único o la presencia de episodios depresivos recurrentes y el trastorno bipolar del humor está caracterizado por la presencia de episodios maníacos, alternando con episodios depresivos. La recurrencia se da por un período de remisión de dos meses entre los dos episodios o el cambio de polaridad de estos.

El episodio depresivo mayor está caracterizado por la presencia de por lo menos cinco de los siguientes síntomas durante un período mínimo de dos semanas, comprometiendo seriamente las actividades cotidianas durante la gran mayoría de los días:

1. Humor depresivo durante la mayor parte del día.
2. Disminución acusada del interés o de la capacidad para el placer en casi todas las actividades del día.
3. Insomnio o hipersomnio.
4. Agitación o lentificación psicomotora.
5. Fatiga o pérdida de energía.
6. Sentimiento de inutilidad o culpa excesivas.
7. Disminución de la capacidad de pensar, concentrarse y tomar decisiones.
8. Pensamiento de muerte o ideación suicida recurrente.
9. Pérdida importante de peso durante el episodio.

Un segundo aspecto a analizar para la medición de la pérdida de capacidad laboral es el rol laboral³⁵ definido como llevar a cabo las tareas y acciones necesarias para ejecutar las actividades de un trabajo o empleo. Esta capacidad productiva se define y se mide en términos de desempeño en un determinado contexto laboral.

Para ello se tiene en cuenta la autosuficiencia económica, la edad cronológica, la capacidad productiva relacionada con el perfil ocupacional, el perfil del puesto de trabajo y la evaluación del puesto y la rehabilitación profesional.

El último aspecto a tener en cuenta, es lo que se denomina la calificación de otras áreas ocupacionales³⁶, que está relacionado directamente con las actividades de la vida diaria - AVD, actividades de la vida diaria instrumentales - AVDI, educación, estudio, juego, ocio y participación social. Estas se expresan como adquisición de conocimiento, cuidado personal, movilidad, tareas y demandas generales, comunicación y vida doméstica.

Allí será necesario definir si se requiere de ayudas como una técnica como una silla de ruedas o ayuda de otra persona físicamente o dependencia intelectual como el manejo de bienes o toma de decisiones.

IV. Conclusiones

Se puede concluir que la calificación para el reconocimiento de la pensión de invalidez en el Sistema General de Seguridad Social Colombiano cuenta con tres aspectos a tener en cuenta: la deficiencia, el rol laboral y otras áreas ocupacionales. En el caso del paciente con HIV y un cuadro de salud mental, vale la pena mencionar que la calificación deviene de la suma de deficiencias que se calificaron con un origen común no relacionado con el trabajo y lo interesante es que la patología mental tiene la característica de mutar o de aparecer nuevos síntomas.

En ese sentido, la revisión de la pensión de invalidez para el caso es de relevancia porque permite cohesionar las deficiencias en el caso las de salud mental que están relacionadas con trastornos neurológicos.

La revisión pensional estatuida en la ley puede considerarse un arma de doble filo que dé lugar a cambios en la situación pensional al considerar una nueva calificación, que tendrá en cuenta todos los aspectos y puede convertirse en el retiro del reconocimiento pensional.

³⁵ Ibid., Parte 2, Capítulo 2

³⁶ Ibid., Parte 2, capítulo 3

Bibliografía.

- Mental Health Action Plan 2013-2020 [Internet]. Geneva: who; 2013. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/89966/1/9789241506021_eng.pdf?ua=1
- Organización Mundial de la Salud. Depresión [Internet]. 2023 [Consultado 28 junio 2023]. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/depression>
- Asociación Americana de Psiquiatría. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5), 5ª ed. p. 24-27. Disponible en: https://psychiatryonline.org/pb-assets/dsm/update/DSM5Update_octubre2018_es.pdf.
- Freud S. Duelo y melancolía, Obras Completas, Tomo XIV, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1917.
- Morales Fuhrimann Cristian. La depresión: Un reto para toda la sociedad del que debemos hablar. *Rev Cubana Salud Pública*. 2017 Jun; 43(2):136-138.
- Naciones Unidas, Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018, Naciones Unidas, Nueva York, 2018. Onu [Internet]. 2020;64. Available from: <https://acortar.link/ZD8YID>.
- De Flores T. Impacto emocional y cambios inmunológicos en la notificación diagnóstica de seropositividad. *An Psicol*. 1994;10(2):135-43.
- Wolff C, Alvarado R, Wolff M. Prevalencia, factores de riesgo y manejo de la depresión en pacientes con infección por VIH: Revisión de la literatura. *Rev Chil Infectología* [Internet]. 2010;27(1):65-74.
- Eva I, Bermúdez M de la P, Hernández-Quero J, Buela-Casal G. Evaluación de la depresión, ansiedad e ira en pacientes con VIH/SIDA. *Salud Ment*. 2005;28(5):40-9.
- Varela M, Galdames S. Depresión y adhesión a terapia anti-retroviral en pacientes con infección por VIH atendidos en el Hospital San Pablo de Coquimbo, Chile. *Rev Chil Infectología*. 2014;31(3):323-8.
- Muñoz-Moreno J, Fuster-Ruiz M, Fumaz C, Ferrer M, Molero F, Jaen Á, et al. Quejas cognitivas en personas con infección por el virus de la inmunodeficiencia humana en España: prevalencia y variables relacionadas. *Med Clin (Barc)*. 2014;142(10):438-44.
- Arrivillaga Quintero M, Martínez López J, Ossa Toro A. Ansiedad, depresión y percepción de control en mujeres diagnosticadas con VIH/Sida. *Pensam Psicológico* [Internet]. 2006;2(7):55-71.
- Moreno-Montoya, José, Barragán, Ana M., Martínez, Margin, Rodríguez, Amanda, & González, Ángela Carmela. (2018). Calidad de vida y percepción de apoyo social en personas con VIH en Bogotá, Colombia. *Biomédica*, 38 (4), 577-585. <https://doi.org/10.7705/biomedica.v38i4.3819>
- Prachakul W, Grant JS, Keltner NL. Relationships among functional social support, HIV-related stigma, social problem solving, and depressive symptoms in people living with HIV: A pilot study. *J Assoc Nurses AIDS Care*. 2007;18:67-76. <https://doi.org/10.1016/j.jana.2007.08.002>
- Lorenzo García, P. (2020). Inserción laboral de las personas afectadas de enfermedad mental: esquizofrenia, depresión, alcoholismo.
- Depression and Other Common Mental Disorders. Global Health Estimates. Washington, D.C.: Organización Panamericana de la Salud; 2017. Disponible en: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34006/PAHONMH17005-spa.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993. Bogotá
- Ministerio del Trabajo. Decreto 1507 de 2014. Bogotá
- Ministerio del Trabajo. Resolución 3745 de 2015. Bogotá.

PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE. CORTE INTERAMERICANA Y MERCOSUR

Teresita Nelly Saracho Cornet¹

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones relevantes a modo de consideraciones previas: 1. La migración internacional de los niños, niñas y adolescentes (NNA). 2. Precisiones conceptuales: 2.1 Niño. 2.2 Protección internacional. 3. Reglas de interpretación: principios de buena fe, efecto útil, pro persona e interpretación evolutiva. 4. Políticas migratorias. Alcance de la facultad estatal. III. El *corpus iuris* de derechos humanos de los niños: 1. Principios rectores. 2. Trato preferente. Situación de especial vulnerabilidad. Derechos adicionales. IV. Protección general: 1. Ratificación de convenios de derechos humanos. Obligación de los Estados. 2. Control de convencionalidad. Alcance. V. Protección específica: 1. Enfoque de los derechos humanos, en correspondencia con el desarrollo integral. 2. Enfoque de edad y de género. 3. Protección al momento posterior al ingreso. 4. El proceso migratorio: 4.1 Acceso a la justicia y debido proceso. Garantías. 4.2 Principio de no detención por irregularidad migratoria. 4.3 Situaciones de afectación de la libertad personal. Obligación de custodia y garantías. 5. Principio de no devolución. 6. Procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo. 7. Expulsión motivada por condición migratoria. Derecho a la vida familiar. VI. Conclusiones.

Palabras clave: Migración internacional - Niños, niñas y adolescentes. - Protección - Políticas migratorias - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Mercosur

I. -Introducción.

Sobre la base de reconocer la interrelación de los derechos humanos de los migrantes y la protección de los derechos de las niñas y niños (NNA)² migrantes, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, en la calidad de Estados Parte del Mercosur, estimaron necesario que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte, Tribunal intera-

1 Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UNC. Miembro Titular del Instituto de Derecho Laboral y Procesal Laboral de la Facultad de Derecho, Universidad Blas Pascal, Córdoba. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. 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 Si bien en la Opinión Consultiva OC-21/14 que se analiza, la Corte IDH alude a las “niñas y niños” o “niño”, en este trabajo se utiliza la sigla NNA para referirse a los mismos, significando “niños, niñas y adolescentes”. Ello se sostiene en que los adolescentes quedan comprendidos en la acepción otorgada por el Tribunal supranacional a los vocablos “niña” o “niño”, en tanto incluye a “toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley” (según surge del párr. 56 de la citada opinión consultiva). A la par, se contabiliza que la misma Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A N° 17, nota 45, aludió a los niños, niñas y adolescentes.

americano o Tribunal supranacional), precisara las obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en temas atinentes a los procedimientos para la identificación de las necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial, con base en los diversos riesgos a que los NNA quedan expuestos al momento posterior al ingreso; al proceso migratorio en sí, relacionado con una situación irregular, involucrando aspectos vinculados al principio de no detención, las obligaciones estatales en caso de custodia de NNA, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal; al principio de no devolución; a los procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo; y al derecho a la vida familiar de los NNA en caso de disponerse la expulsión o deportación por motivos migratorios de sus padres. La respuesta a la requisitoria fue brindada mediante la Opinión Consultiva OC- 21/14³ "*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*".

La iniciativa se destaca, al ser la primera vez que se presenta ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) un pedido de opinión consultiva (OC) 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 NNA cuando ingresan a un país de manera irregular.

Es que la falta de articulación de las políticas migratorias con las políticas de protección de derechos de la infancia genera graves problemas, explicitados por los Estados en los distintos apartados de la consulta; oportunidad donde los solicitantes enunciaron sus posiciones acerca del alcance que consideraron debía darse a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en correlación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

En dicho escenario, se inscribe el presente trabajo, partiendo de la premisa que las personas migrantes en situación irregular, por un lado, y los NNA, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad; por lo cual, ambos colectivos requieren de un compromiso especial por parte de los Estados en el MERCOSUR.

II. Cuestiones relevantes a modo de consideraciones previas

Para dar respuesta al pedido de consulta, tras justificar su competencia⁴, la Corte IDH alude a los motivos que dan origen a la migración internacional de los NNA; efectúa pre-

3 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A N° 21.

4 Con base en el artículo 64.1 de la CADH, memoró el Tribunal interamericano su doctrina consolidada, tanto en la faz consultiva como en la contenciosa respecto a que "[...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano (párr. 20, OC-21/2014 "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración..."; cit.). En línea con dicha postura, citó su Opinión Consultiva OC- 1/82 del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 1, punto decisivo primero. Asimismo, la Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 20, párr. 18. En la función contenciosa, dicha postura fue sostenida, entre otros, en los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124; Liakat Ali Alibux vs. Suriname (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, párr. 87; Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de noviembre de 2007, Serie C N° 170, párr. 15.

cisiones conceptuales respecto a lo que debe entenderse por niño y protección internacional; explicita las reglas que asumirá para establecer la interpretación de las disposiciones normativas de la CADH en correlación con otros instrumentos de derechos humanos y establece el alcance de las facultades de los Estados para fijar sus políticas migratorias. Asimismo, refiere que su opinión está motivada, sustancialmente, en función de lo dispuesto en los arts. 19 y 29 inc. d, de la CADH, mediante la integración normativa de dicho convenio con la DADDH y la CIPST, todo en estrecha correspondencia con la Convención de los Derechos del Niño (CDN)⁵. Destaca el Tribunal interamericano que la CDN debe ser utilizada como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la CADH⁶ respecto a los NNA; en particular, al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto⁷.

Recuerda el Tribunal supranacional que la CDN es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”⁸; a lo que se añade, sostiene, que ha sido ratificada por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Si bien apunta que no corresponde que emita una interpretación directa de la CDN –dado que sus disposiciones no han sido objeto de la consulta–, pone de manifiesto que, indudablemente, los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la CADH cuando el titular de derechos es un NNA⁹ (párr. 57).

1. La migración internacional de los niños, niñas y adolescentes (NNA)

Siguiendo el Informe del Relator Especial de los derechos humanos de los migrantes¹⁰, la Corte IDH precisa que los NNA se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/04, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 20.

6 Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

7 Ello, según postura ya asumida por la Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párrafos 192 a 194, como así también en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Serie A N° 17, párr. 24.

8 Conforme al criterio sostenido por Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño...”, cit., párr. 29.

9 Dicha pauta, se corresponde, a criterio de la Corte IDH, con lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño en orden a que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [sobre los Derechos del Niño] no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”; cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005, párr. 12.

10 Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien los NNA generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía (párr. 35).

2. Precisiones conceptuales

2.1 Niño

Ante la laguna normativa existente en la CADH respecto a qué debe entenderse por niño, en función de lo dispuesto por los arts. 19 y 29 inc. d de la CADH que permiten la integración normativa con la DADDH y con otros convenios, la Corte IDH establece que “niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹¹ (párr. 56).

2.2 Protección internacional

Sostiene la Corte IDH que por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, señala la Corte que las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. En función de ello, la expresión protección internacional, para el Tribunal interamericano, comprende la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria; y la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia (párr. 37).

3. Reglas de interpretación: principios de buena fe, efecto útil, *pro persona* e interpretación evolutiva

Para la interpretación de las disposiciones jurídicas objeto de la opinión solicitada, el Tribunal supranacional toma en consideración los principios de buena fe, efecto útil y *pro*

11 Toma en consideración lo establecido en su Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño...”, cit. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH, entre otros, en los casos Bulacio vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párr.133; Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Resolución del 20 de noviembre de 2012, párr. 19; Mendoza y otros vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260, párr.140 y en Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272, párr. 219.

persona, precisando que la hermenéutica que realiza está consustanciada de la premisa que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹². Tal “interpretación evolutiva”, indica, es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el art. 29 de la CADH, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹³. Asimismo, enfatiza que los deberes de protección especial a los NNA tienen como destinatario no sólo a los Estados, sino también a la familia y a la sociedad¹⁴ (párr.56). Desde esa posición, aclara que la extensión de la responsabilidad tiene lugar porque el Estado tiene el deber de hacer que aquéllas adopten las medidas de protección que los NNA requieran de su parte. En este sentido, precisa que las medidas de protección que adopte el Estado pueden ser, por sí solas, insuficientes, debiendo “ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia”. Sentado lo cual, dispone que el estatuto de los NNA no se limita al ámbito de su relación con el Estado sino que se extiende a la que tenga o deba tener con su familia y la sociedad toda, relaciones estas últimas que el Estado debe posibilitar y garantizar y, en el caso del NNA migrante, asegurarse de que los adultos no lo utilicen para sus propios fines migratorios y que, si ello, pese a todo, aconteciere, en definitiva no resulte perjudicado (párr. 67).

En la Opinión Consultiva OC-21/14, como en otras oportunidades, se enfatiza la relevancia del principio de buena fe recogido en los arts. 31 y 32 de la CVDT, que al receptar la regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria, “implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido natural de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél”¹⁵.

Desde el artículo 2 de la CADH, la Corte IDH deriva el principio de efectividad o efecto útil, sosteniendo que dicho instrumento convencional establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, para *garantizar* los derechos en ella consagrados. Dicho deber implica que las medidas que se adopten han de ser *efectivas* (principio del “*effect utile*”). Esto deviene de la obligación de los Estados de *adoptar todas las medidas* necesarias, como lo requiere el citado art. 2 de la CADH. Tales medidas sólo son efectivas, en criterio del Tribunal supranacional, cuando el Estado adapte su actuación a la normativa de protección de la CADH¹⁶, no pudiendo el *efecto útil* de la misma verse mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin¹⁷.

12 Como lo sostuviera en su 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, párr. 114, y en la función contenciosa, en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257, párr. 245.

13 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...”, cit., párr. 55.

14 En línea con el criterio vertido en su Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, cit., párr. 54, y caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit., párr. 140.

15 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 52.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 65. Asimismo, en la función contenciosa, se recibió dicho principio, entre otros, en los casos Cinco Pensionistas vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, párr. 164; Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C N° 97, párr. 59; Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párr. 213; “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 87, y Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 179.

17 Criterio ya sostenido por la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación

A lo expresado, añade la Corte (párr. 71, OC-21/14), que los Estados, en la determinación de la adopción de medidas positivas adicionales y específicas, en función de la ponderación de los factores personales y las características particulares en que se encuentren los NNA, deben atenerse a la aplicación del principio del efecto útil; en pos de cubrir las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad¹⁸. En el contexto de la migración, sostiene que corresponde observar las condiciones y circunstancias bajo las cuales los NNA puedan estar incluidos en situaciones de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos. En tales circunstancias, los Estados deben, “en forma prioritaria”, adoptar medidas para prevenir y revertir las mismas, así como para asegurar que todos los NNA, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad¹⁹.

En criterio del Tribunal interamericano, del art. 29 de la CADH, deriva entre otros, el principio *pro persona*, que implica que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de otro derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la DADDH y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

4. Políticas migratorias. Alcance de la facultad estatal

En el ejercicio de la facultad de fijar políticas migratorias²⁰, reitera la Corte IDH lo expresado en anteriores pronunciamientos²¹ respecto a que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean sus nacionales, bajo la condición que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH²². Y agrega, que si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos

obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 5, párr. 52. Dicha hermenéutica fue reiterada en casos contenciosos, entre otros: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párr. 128; Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 180; Radilla Pacheco vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 37, párr. 339; Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215, párr. 236; Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216, párr. 219; Liakat Ali Alibux vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, párr. 151.

18 Con cita de su jurisprudencia recaída en los casos “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 189, y “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 250.

19 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 71.

20 La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Cfr. 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, párr. 163.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados...” cit., párr. 168; asimismo, cfr. caso Vélez Loo vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C N° 218, párr. 97, y caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272, párr. 129.

22 Corte IDH, “Asuntos Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales”, Resolución del 18 de agosto de 2000, Considerando 4, y caso Vélez Loo Vs. Panamá, cit., párr. 97.

humanos de las personas migrantes²³; lo cual no significa, aclara, que no pueda iniciarse acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que de lo que se trata es que al adoptar las medidas que estimen correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Debiendo, además, respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados (párr. 39).

III. El corpus iuris de derechos humanos de los niños

Para analizar las cuestiones planteadas por los Estados, la Corte IDH alude a “las fuentes de derecho internacional relevantes”. Al efecto expresa que “el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos” se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, refiere que basará la respuesta solicitada, en su propia jurisprudencia - tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados - (párr. 60).

Junto al “*corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos”, desde el llamado “estatuto del niño”, concurre el denominado “*corpus iuris* de derechos humanos de los niños”, reconocido por la Corte IDH al señalar que “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”²⁴.

En dicha línea, el Tribunal interamericano ha destacado que la existencia del denominado *corpus iuris* es el resultado de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento del NNA como sujeto de derecho. Sostenido lo cual, dispuso que el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del art.19 de la CADH, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la CDN, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riad de 1990), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

En función de dicha hermenéutica, analizó casos sobre derechos humanos de los NNA aplicando el *corpus iuris* en materia de niñez; estableció que para fijar el contenido y alcance del art. 19 de la CADH, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de

23 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados”, cit., párr. 168, y caso “Vélez Loor vs. Panamá”, cit., párr. 97.

24 De conformidad a lo dispuesto con anterioridad, en la Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño...”, cit., párrafos 37, 53 y caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), cit., párr. 194.

la CDN, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador) destacando que tales instrumentos y la CADH forman parte de un muy comprensivo “corpus iuris internacional de protección de los niños” que la Corte debe respetar²⁵.

Tal perspectiva da lugar a sostener que el concepto de *corpus iuris* autoriza utilizar como herramientas de interpretación, las normas y las decisiones adoptadas fuera del SIDH, como lo son la CDN y las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato para interpretar el contenido y el alcance de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CADH, tal como se verá más adelante, lo viene haciendo el Tribunal interamericano.

1. Principios rectores

Abordando el sistema protectorio de los menores a nivel internacional, la Corte IDH establece que cuando se trata de la protección de los derechos de los NNA y de la necesidad de adoptar medidas para lograr dicha protección, los cuatro principios rectores de la CDN deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral²⁶. En esa línea, alude al principio de no discriminación²⁷, al del interés superior de la niña o del niño²⁸, al respeto del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo²⁹, y al principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación³⁰. Tales principios adquieren aplicación concreta en las migraciones internacionales que afecten los derechos de los NNA, por lo que son tomados en consideración ineludible por el Tribunal supranacional para responder las preguntas objeto de la consulta e identificar las medidas especiales necesarias que deben adoptarse a fin de “dotar de efectividad” a los derechos de niñas y niños” (párr.69).

2. Trato preferente. Situación de especial vulnerabilidad. Derechos adicionales

De los instrumentos convencionales que sustentan el requerimiento de la OC, sostiene la Corte IDH, surgen las normas que irradian sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiere a menores de edad. En esa línea, destaca el art. VII de la DADDH y el art. 19 de la CADH. A la luz de dicho marco normativo, el Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los NNA, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen

25 Sobre la base de la doctrina judicial receptada en los casos “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 148; “De los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, párr. 166 y De los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), cit., párr. 194. Asimismo, en la función consultiva, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 7, párr. 24.

26 Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

27 Receptado en el art. 2 de la CDN.

28 Según lo establecido en el párrafo 1 del art. 3 de la CDN. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), cit., párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, Observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), UN Doc. CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013.

29 En los términos de la regulación normativa contenida en el art. 6, CDN.

30 Conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la CDN, en correspondencia con el Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), cit. párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³¹. Resalta que dichas normas son de las pocas que contemplan la condición particular o peculiar del beneficiario³². Desde esta perspectiva, establece que los NNA ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal³³; de lo que se sigue, que las pertinentes medidas de protección a favor de aquéllos sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas. Se enfatiza el sostenimiento reiterado respecto a que los NNA gozan de los mismos derechos que los adultos y que, además, poseen derechos adicionales, por lo que el art. 19 de la CADH “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”³⁴. En sustento de dicho aserto la Corte sostiene que la CADH y la DADDH, consagran un trato preferente a los NNA precisamente por su grado peculiar de vulnerabilidad, procurando proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales (párr. 66).

En línea con dicha postura, añade que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño³⁵. En el contexto de la migración, indica el Tribunal supranacional, que cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de un NNA, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger, de forma primordial, el interés superior del NNA afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho del NNA a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo, y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta³⁶ (párr. 70).

A la par, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino que también deben ponderarse factores personales (como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA), así como las características particulares de la situación en la que se halla el NNA (tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado³⁷), para determinar la necesidad de

31 Sobre la base de lo dispuesto en su Opinión Consultiva OC- 17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño...”, cit., párr. 56, y en la función contenciosa, en el caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, cit., párr. 218.

32 Otras normas, reconoce la Corte IDH, son los artículos 4.5 (prohibición de pena de muerte a niños, personas mayores de 60 años y mujeres en estado de gravidez); 5.5 (menores procesados); 12.4 (derecho de padres y tutores respecto de educación de hijos o pupilos); 17 (protección a la familia), y 23 (derechos políticos).

33 De acuerdo a lo sostenido en la función contenciosa; Corte IDH, caso “Furlan y Familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246, párr. 203, y caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 143. Y en línea con el criterio del Comité de los Derechos del Niño, Observación General 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

34 Corte IDH, caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, cit., párr. 147, y caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250, párr. 142.

35 Conforme al criterio ya sostenido en su Opinión Consultiva OC 17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, cit., punto decisivo segundo.

36 Siguiendo al Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, cit., párr. 123.

37 De acuerdo a lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), cit. párr. 75.

medidas positivas adicionales y específicas (párr. 71).

IV. Protección general

El Tribunal interamericano reitera su jurisprudencia respecto a tópicos de relevancia intensa en el SIDH, también elevados a estándares. Ello se corresponde con las obligaciones que asumen los Estados al ratificar tratados de derechos humanos, a la naturaleza y alcance del control de convencionalidad - y la correlativa responsabilidad internacional por incumplimiento -, como así también, a las reglas de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

1. Ratificación de convenios de derechos humanos. Obligación de los Estados

Con sustento en su doctrina consolidada fijada en la función contenciosa, la Corte IDH recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo³⁸, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél³⁹ (párr. 31).

2. Control de convencionalidad. Alcance

En línea con lo dispuesto respecto a la obligación asumida por los Estados al ratificar un tratado de DDHH y la responsabilidad internacional por incumplimiento, la Corte IDH pondera la importancia que reviste que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad⁴⁰, sobre la base de sus pronunciamientos, tanto en el ejercicio de su competencia contenciosa como en la consultiva. Ello en pos de satisfacer el propósito del SIDH, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos⁴¹ (párr. 31).

IV. Protección especial

1. Enfoque de los derechos humanos, en correspondencia con el desarrollo integral

Sostiene la Corte IDH que en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto a los NNA, asociados a su condición migratoria o a la de sus padres, se debe priorizar “el enfoque de los derechos humanos” desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de aquéllos, y en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos⁴².

38 Corte IDH, caso “Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C N° 238, párr. 93, y caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 221. En igual sentido, caso “Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 10 de noviembre de 2020, Serie C N° 415, párr. 173 y caso “Órdenes Guerra y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C N° 372, párr. 135.

39 De conformidad a lo sostenido en la función contenciosa; cfr. Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 164, y caso “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, párr. 197.

40 En línea con lo resuelto en la función contenciosa: Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit., párr. 124, y caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, cit., párr. 124.

41 De conformidad a lo dispuesto en su Opinión Consultiva OC- 2/82 del 24 de septiembre de 1982, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 2, párr. 29; doctrina receptada en la función contenciosa; cfr. entre otros, caso “Boyce y otros vs. Barbados (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169, párr. 15.

42 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 34 a 41 y 51 a 71.

2. Enfoque de edad y de género

Los riesgos de violación a los derechos humanos de los NNA, en criterio del Tribunal interamericano, deben ser entendidos y analizados con un “enfoque de edad y de género”, así como dentro de la lógica establecida por la CDN, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales con especial consideración que el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia⁴³ (párr. 222). Ponderó el Tribunal supranacional que las medidas a tomar adquieren fundamental importancia debido a que los NNA se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su “proyecto de vida”. Bajo esa premisa, cita el listado elaborado por el Comité de los Derechos del Niño respecto a las circunstancias a evaluar⁴⁴.

3. Protección al momento posterior al ingreso

Las obligaciones de resguardo por los Estados comienzan desde que los NNA ingresan al territorio de uno de aquéllos. A partir de dicho momento, dispone la Corte, quedan obligados a identificar los NNA extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, debiendo llevar a cabo una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad. Dicha evaluación tiene como finalidad proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición⁴⁵.

4. El proceso migratorio

4.1 Acceso a la justicia y debido proceso. Garantías

Con el propósito de asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y custodiar que el interés superior de los NNA haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, destaca la Corte IDH que los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva la situación de los NNA migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos⁴⁶.

En orden a las garantías del debido proceso que deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, se establece que los Estados Parte quedan obligados a desarrollar el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte, en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con el mismo; el deber de designar a un tutor en caso de NNA no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte

43 Cfr. los arts. 6 y 27 de la CDN que incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

44 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párrafos 84 y 85; citada por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 222.

45 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 72 a 107.

46 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 108 a 115.

evalúe el interés superior del NNA y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso⁴⁷.

4.2 Principio de no detención por irregularidad migratoria

Durante el proceso migratorio queda vedado a los Estados recurrir a la privación de libertad de los NNA con fines cautelares; tampoco puede fundamentarse tal medida en el incumplimiento de los requisitos para el ingreso y permanencia en un país, en el hecho de que los NNA se encuentren solos o separados de su familia, ni en la finalidad de asegurar la unidad familiar. Debiendo disponerse de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de aquéllos⁴⁸.

Desde esa posición, establece la Corte IDH que mientras se desarrollan los procesos migratorios, los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas que no impliquen la privación de la libertad. Ello, bajo el estándar de la “protección prioritaria integral” de los derechos de los NNA, con estricto respeto de sus derechos humanos y del principio de legalidad. Se exige, además, que las decisiones que ordenen dichas medidas sean adoptadas por una autoridad administrativa o judicial competente, en un procedimiento que respete las garantías mínimas⁴⁹.

4.3 Obligaciones estatales en caso de custodia y garantías aplicables en situaciones que afecten la libertad personal

Los espacios de alojamiento de los NNA también han sido objeto de tratamiento por el Tribunal supranacional determinando las condiciones que deben revestir. En ese cometido, se dispone que debe respetarse el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que, si se trata de NNA no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos. Estando acompañados, tienen que alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación, bajo la aplicación del principio del interés superior de los NNA involucrados, debiendo, además, asegurarse condiciones materiales y un régimen adecuado para los NNA en un ambiente no privativo de libertad⁵⁰.

Para aquellas situaciones que eventualmente, por las circunstancias del caso en concreto, puedan constituir o derivaren una medida que materialmente se corresponda a una restricción de libertad personal, dispone la Corte IDH que los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones⁵¹.

5. Principio de no devolución

Conceptualiza la Corte IDH el principio de no devolución o non-refoulement, como un

47 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 116 a 143.

48 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 144 a 160.

49 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 161 a 170.

50 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 171 a 184.

51 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 185 a 206.

principio que permite dotar de eficacia al derecho a buscar y recibir asilo, pero también como un derecho autónomo establecido en la CADH y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y otras normas de derechos humanos y, en particular, de la protección de la niñez⁵².

Se enfatiza la prohibición que recae sobre los Estados de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a los NNA a un Estado, cuando la vida, seguridad y/o libertad de los mismos estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corran el riesgo de ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual puedan ser enviados a otro en el cual puedan correr dichos riesgos⁵³.

6. Procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo

Los Estados deben establecer y seguir procedimientos “justos y eficientes” que posibiliten identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado. Desde esa obligación, dispone la Corte IDH que debe efectuarse un análisis “adecuado e individualizado” de las peticiones a la luz de la protección integral debida a todos los NNA, bajo la aplicación de “los principios rectores”⁵⁴.

7. Expulsión motivada por condición migratoria. Derecho a la vida familiar

Se abordó también la situación específica de los NNA cuyos progenitores se enfrentan a una expulsión o deportación por motivos migratorios. En dicho supuesto, quedó establecido el alcance del derecho a la protección de la familia y la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar de aquéllos. Sostuvo la Corte IDH que todo órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear “un análisis de ponderación”, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior del NNA. A la par, se precisó que en aquellos supuestos en que el NNA tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar del NNA⁵⁵.

VI. Conclusiones

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en su calidad de Estados Parte del Mercosur manifestaron la existencia de un déficit de la legislación y de las políticas públicas en relación la protección de la niñez migrante.

La respuesta brindada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-21/14 clarificó aspectos de suma relevancia relativos a los procedimientos para la identificación de las

52 Según resulta de los arts. 22.7, 22.8 y 5 de la CADH; art. XXVII de la DADDH y del art. 13, cuarto párrafo de la CIPST.

53 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 207 a 242.

54 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 243 a 262.

55 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, cit., párrafos 263 a 282.

necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial, con base en los diversos riesgos a que los NNA quedan expuestos al momento posterior al ingreso; al proceso migratorio en sí, relacionado con una situación irregular, involucrando aspectos vinculados al principio de no detención, las obligaciones estatales en caso de custodia de NNA, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal; al principio de no devolución; a los procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo; y al derecho a la vida familiar de los NNA en caso de disponerse la expulsión o deportación por motivos migratorios de sus padres.

Los pilares sustanciales que deben tomarse en consideración, en defensa de los derechos y libertades de los NNA en el contexto de la migración internacional, que surgen de la opinión consultiva, pueden esbozarse del modo que sigue:

- ✓ El concepto de *corpus iuris* de derechos humanos del NNA autoriza utilizar como herramientas de interpretación, las normas y las decisiones adoptadas fuera del SIDH, como lo son la CDN y las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en cumplimiento del mandato para interpretar el contenido y el alcance de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CADH.
- ✓ Los NNA gozan de los mismos derechos que los adultos; poseen, además, derechos adicionales, por lo que el art. 19 de la CADH debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional “necesitan de protección especial”.
- ✓ Los NNA ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que las medidas de protección a favor de aquéllos deben ser más específicas que las que se decretan para el resto de las personas.
- ✓ La CADH y la DADDH consagran un trato preferente a los NNA precisamente por su grado peculiar de vulnerabilidad, procurando proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.
- ✓ La CDN, ratificada por casi todos los Estados miembros de la OEA, es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento. De ello se deriva que los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la CADH cuando el titular de derechos es un NNA.
- ✓ Los cuatro principios rectores de la CDN (de no discriminación, del interés superior de la niña o del niño, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación), deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral.
- ✓ Los Estados, al diseñar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, deben priorizar el “enfoque de los derechos humanos”, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.
- ✓ Los riesgos de violación a los derechos humanos de los NNA deben ser entendidos y analizados con un “enfoque de edad y de género”, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos,

sociales y culturales, con especial consideración que el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia.

✓ Mientras se desarrollan los procesos migratorios, los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas que no impliquen la privación de la libertad. Ello, bajo el estándar de la “protección prioritaria integral” de los derechos de los NNA, con estricto respeto de sus derechos humanos y del principio de legalidad.

✓ Los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean sus nacionales, bajo la condición que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH. Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes; lo cual no significa, que no pueda iniciarse acción alguna contra quienes no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que de lo que se trata es que al adoptar las medidas que estimen correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Debiendo, además, respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

DESPIDO DISCRIMINATORIO BAJO LA MIRADA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*“La igualdad es una necesidad vital del alma humana.
La misma cantidad de respeto y de atención
se debe a todo ser humano,
porque el respeto no tiene grados”
Simoni Weil*

María Elena Arriazu¹

Sumario: I. Prefacio. II. Derechos humanos laborales. III. Normativa internacional. IV. Igualdad e interdicción de discriminaciones en relación de trabajo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. V. Carga probatoria del despido discriminatorio. VI. Jurisdicción interamericana. VII. Doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VIII. Reflexión final. IX. Referencias jurisprudenciales.

Palabras clave: Trabajo - Discriminación - Corte Interamericana - Carga de la prueba - Derechos humanos laborales

I. Prefacio

Es sabido que, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, su órgano jurisdiccional: la Corte Interamericana de Derechos Humanos -C.I.D.H.- que es un órgano judicial autónomo de la Organización de los Estados Americanos -O.E.A.- con sede en San José, Costa Rica, tiene como propósito aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y otros Tratados de Derechos Humanos.

Es uno (1) de los tres (3) Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos, juntamente con:

- la Corte Europea de Derechos Humanos y

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.

- la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Así, la C.I.D.H. reconoció en su jurisprudencia, de forma paulatina, una serie de nuevos derechos –individuales y colectivos-, que son implícitos o innominados por no encontrarse expresamente reconocidos en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos interamericanos.

En esta línea de pensamiento, se puede advertir que la enumeración de derechos de esta Convención:

- es una enunciación no taxativa y
- es abierta a la incorporación de nuevos derechos.

En especial, el art.29 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone expresamente que: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... inc. c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”*.

II. Derechos humanos laborales

Según Luigi Ferrajoli² *“son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadano o personas con capacidad de obrar”*.

Por su parte, Miguel Ángel Campos y Enrique Alcaraz³, expresan que *“los derechos inherentes a la persona humana son fundamentales, precisamente, en tanto esenciales al ser humano y propios de la dignidad humana. Son los derechos fundamentales de los ciudadanos del mundo, respetados y protegidos por todos los gobiernos”*.

Oscar Ermida Uriarte⁴ acota que *“los derechos fundamentales son iguales para todos y proclamados en las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto del ordenamiento jurídico nacional (Constitución) como del orden jurídico internacional (pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos), están jurídicamente supraordenados al legislador ordinario, a las autoridades administrativas y a los operadores jurídicos en general”*.

También, Fernando Valdés Dal-Ré⁵ indica que *“los derechos fundamentales deben reunir los caracteres de universalidad, indisponibilidad o inalienabilidad y consagración en reglas generales y abstractas y se encuentran contenidos en normas supraordenadas a las demás (constituciones políticas o instrumentos supranacionales adoptados por los Estados)”*.

2 Ferrajoli, Luigi: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Ed. de Antonio Cabo y Gerardo Pisarello, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2009, págs. 19 y 291 y “Derechos y garantías. La ley del más débil”, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2010, pág. 37.

3 Campos, Miguel Ángel y Alcaraz, Enrique (dirs.): “Diccionario de términos de derechos humanos”, Ariel Derecho, Madrid, 2008, pág. 250.

4 Ermida Uriarte, Oscar: “Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo”, en Barretto Ghione, Hugo: “Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay”, O.I.T., Lima, 2006.

5 Valdés Dal-Ré, Fernando: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, pág. 42.

Más tarde, Héctor-Hugo Barbagelata⁶ afirma que *"los derechos humanos laborales se conforman a partir del sistema de fuentes del bloque de constitucionalidad de derechos humanos laborales que integran los derechos nacional y supranacional de manera definitiva"*.

Y, finalmente, César Arese⁷ habla de *"derechos humanos laborales como derechos atinentes a la simple condición humana o de persona y que se expresan en el ámbito del trabajo dependiente. Son derechos atribuidos al individuo, pero que pueden ejercer los trabajadores en condición de dependientes"*.

Así, los derechos humanos laborales son claramente derechos sociales que aseguran a título de garantía una vida con justicia y dignidad para todas las personas, por ello es tan necesaria su protección, exigibilidad y justiciabilidad.

III. Normativa internacional

La C.I.D.H., a instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emite la Opinión Consultiva 2/82 (24/09/82) que refiere textualmente que: *"Los Tratados modernos sobre Derechos Humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son Tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"*.

Tan es así que, la C.I.D.H. en el "Caso Ivcher Bronstein vs. Perú" (24/09/99) – Competencia" dispuso: *"La Convención Americana, así como los demás Tratados sobre Derechos Humanos, se inspiran en valores comunes superiores –centrados en la protección del ser humano– están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás Tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno"*.

De tales normas, podemos inferir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos interamericanos que conforman el parámetro de convencionalidad no son simples Tratados internacionales de tipo tradicional, sino que es un instrumento vivo y dinámico, pues su finalidad es la tutela en sede convencional de los derechos humanos fundamentales, por lo que su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

IV. Igualdad e interdicción de discriminaciones en relación de trabajo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se destacan diversas normas: La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art.24 expresa: *"Todas las personas son iguales ante la ley" y, por tal virtud, "tienen derecho, sin discriminación, a igual*

6 Barbagelata, Héctor-Hugo: "El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales", F.C.U., Montevideo, 2009, pág. 235.

7 Arese, César: "Derechos humanos laborales", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1° edición, págs. 25/37.

protección de la ley".

Y su art. 1.1 refiere: Los Estados partes se *"comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en -la C.A.D.H.- y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

En idéntico sentido, el art. 3 del Protocolo de San Salvador de 1988: *"Los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

En su art. 6.2 reza: Los Estados partes *"se comprometen a adoptar las medidas de igualación destinadas a asegurar a minusválidos y mujeres el derecho al trabajo"* y su art. 7.a: *"garantizar igual salario por trabajo igual, sin ninguna distinción"*.

La Carta de Organización de Estados Americanos de 1948 -C.O.E.A.-, en su art.45.a dice: *"Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica"*.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 -D.A.D.D.H.-, en su art. 2 expresa: *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 -D.U.D.H.-, en su art. 1 menciona: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*.

En su art.2 expresa: *"1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía"*.

En torno al derecho al trabajo, en su art. 23 refiere: *"1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"*.

En la órbita del Convenio sobre Discriminación 111 (empleo y ocupación), adoptado por la O.I.T. el 26/06/58, en su art. 1.1.a dispone que: la discriminación comprende *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*.

La enumeración de causales inserta en el Convenio es del tipo abierta y meramente descriptiva, toda vez permite la inclusión de otras por los Estados miembros, "*previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores*" (art. 1.1.b), o sin seguir dicho procedimiento, en cumplimiento del deber a "*formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto*" (art. 2).

Considera comprendidos en ella tres (3) elementos:

- un elemento de hecho: la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originadas en un acto o en una omisión, que constituye la diferencia de trato.
- un motivo determinante: de la diferencia de trato y
- un resultado objetivo de tal diferencia de trato: esto es, la anulación o alteración de igualdad de oportunidades y de trato.

La O.I.T. ha considerado algunas de estas causales ya comprendidas en otros Convenios, tal el caso de la opinión sindical -o afiliación sindical-, implícitamente contenida en el Convenio 87, que reconoce como derecho de todos los trabajadores la libertad de afiliación; y expresamente contemplada, como causal de discriminación, en el art. 1 del Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores, el art. 1 del Convenio 98 sobre el derecho a la sindicación y negociación colectiva y el art. 4, párrafo 2 del Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.

Cabe agregar que, en el Derecho Internacional sobre la discriminación, la normativa reseñada se ve complementada con otras normas de orden público internacional:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2, inc. 1, 3 y 26.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 3 y 7.
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, arts. 1 y 2, inc. d.
- Carta de Organización de Estados Americanos, art. 34.
- Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.

La Opinión Consultiva C.I.D.H. 4/84 (19/01/84) refiere literalmente que: *Se prohíbe "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"*.

En función de dicha prohibición, la Opinión Consultiva C.I.D.H. 18/03 (17/09/03) afirma que: *"el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al jus 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"*.

Desde la perspectiva expuesta, la interdicción de discriminaciones, directas o indirectas, de facto o de jure, supone, al mismo tiempo y sin negar su complementariedad, tanto asegurar idéntico tratamiento a quienes se encuentren en situación análoga (igualdad

ante la ley o formal) como adoptar medidas diferenciadoras destinadas a igualar individuos o colectivos vulnerables o históricamente preteridos (igual protección de la ley, igualdad material, efectiva o substancial).

En este sentido, la C.I.D.H. ha reconocido los deberes estatales de *"abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto"* y de *"adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas"*.

Por tanto, el derecho a la igualdad y no discriminación abarca 2 concepciones:

- Negativa: relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias -igualdad formal-. Se advierte que la diferencia de trato resulta discriminatoria cuando la misma carezca de justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persiga un fin legítimo y no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

Consecuentemente, la Opinión Consultiva C.I.D.H. 4/84 (19/01/84) enuncia que: no se incurriría en discriminación *"si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas"*.

En el supuesto que el tratamiento diferenciado involucre alguna categoría sospechosa, es decir, raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquiera otra así tipificada -ya analizadas en los arts. 1.1 C.A.D.H., 45.a C.O.E.A., y 3 P.S.S.-, además de la inversión de la carga probatoria, deberá tornarse más riguroso el escrutinio destinado a verificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

- Positiva: relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real, material o substancial frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

Asimismo, la Opinión Consultiva C.I.D.H. 24/17 (24/11/17) precisa que: los Estados *"están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias"*.

V. Carga probatoria del despido discriminatorio

Como ya lo afirmara⁸, 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.

⁸ ARRIAZU, María Elena: "Estándar probatorio en materia de discriminación", Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral N° 4", Universidad Blas Pascal, Córdoba, septiembre 2022, p. 37.

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.

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 quién 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 del Convenio 111 de O.I.T.

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.

VI. Jurisdicción Interamericana

La C.I.D.H. indicó que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional Contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Ahora bien, las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños correctamente acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos, cuya concurrencia debe observar el Tribunal para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a Derechos Humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.

Por tanto, la C.I.D.H. consideró la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera plena e integral, por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

VII. Doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer "**Caso Lagos del Campo vs. Perú**" que trata de un despido discriminatorio por libertad de expresión y asociación: del 31/08/17, donde se decide: declarar la responsabi-

lidad internacional del Estado de Perú, con motivo del despido irregular de su puesto de trabajo de Alfredo Lagos del Campo, con lo cual se declaró la vulneración del derecho a la estabilidad laboral -art. 26 en relación con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 C.A.D.H.-. Asimismo, se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión -arts. 13 y 8 en relación con el art. 1.1 C.A.D.H.-, así como del derecho a la libertad de asociación -arts. 16 y 26 en relación con 1.1, 13 y 8 C.A.D.H.- y el derecho al acceso a la justicia -arts. 8 y 25 C.A.D.H.-. La Corte determinó por primera vez, que con esta sentencia se desarrolló y concretó una condena específica por la violación del art. 26 C.A.D.H., dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

Reparaciones:

1) Medida de satisfacción: publicación de:

- el resumen oficial de la sentencia por 1 sola vez, en 6 meses, en el diario oficial y de amplia circulación a nivel nacional, en tamaño de letra legible y adecuado.
- la sentencia íntegra por 1 año mínimo en el sitio web oficial, de manera accesible al público.

2) Indemnización compensatoria: resarcimiento adecuado del daño material o patrimonial: lucro cesante y moral o inmaterial.

3) Garantías de no repetición: ni los representantes ni la Comisión realizaron una precisión expresa sobre el alcance de las medidas que deberían ser aplicadas por el Estado. No obstante, concluyó que el inc. h) del art. 5 Ley 24.514 no era “per se” incompatible con el requisito de legalidad del art. 13.2 C.A.D.H. Asimismo, determinó que no le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad de la norma actualmente vigente. En consecuencia, no procede ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.

4) Otras medidas: - acto de disculpas públicas por las más altas autoridades del Estado: no procede las disculpas públicas, por cuanto las reparaciones ordenadas resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por la víctima.

- garantizar tratamiento médico y psicológico gratuito y permanente a la víctima y su familia: si bien existe un nexo causal entre los hechos del caso y las afectaciones especialmente psicológicas de Lagos, considera que, atendiendo a la solicitud de los representantes y dado el tiempo transcurrido, no corresponde en este caso ordenar al Estado que brinde tratamiento adecuado, pudiendo considerarse ese rubro dentro de las indemnizaciones compensatorias por daño inmaterial y en relación con el daño físico, no estima se haya probado un nexo causal con las violaciones acreditadas.

El segundo “**Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela**” que trata de un despido discriminatorio por participación política y libertad de pensamiento y expresión: del 08/02/18, donde se resuelve: declarar la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por la terminación arbitraria, en marzo de 2004, de los contratos laborales que Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña tenían con el Consejo Nacional de Fronteras, organismo adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. Ello se dio como consecuencia de una desviación de poder motivada por una voluntad de represalia en su contra, por haber firmado una solicitud de referéndum revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República Hugo Chávez Frías, en diciembre de 2003, en un contexto de denuncias de represalias y persecución política y en particular luego de haber aparecido sus nombres en la llamada “lista Tascón” –era una publicación en internet de las firmas recolectadas entre los años 2003 y 2004 para la destitución del presidente de Venezuela-. Por lo anterior, la Corte declaró que el Estado era responsable

por la violación de sus derechos a la participación política y libertad de pensamiento y expresión, en relación con el principio de no discriminación. Además, la Corte concluyó que el Estado era responsable por haber incumplido su obligación de garantizar los derechos de acceso a la justicia y a un recurso efectivo para tutelar los derechos de las víctimas y, en razón de la terminación arbitraria de su relación laboral, por la violación de su derecho al trabajo.

Se concluye, mediante meticoloso análisis de indicios, que la terminación de los vínculos laborales que mantenían las víctimas con la administración pública revistió carácter discriminatorio, vulnerando el derecho a la participación política y la libertad de pensamiento y expresión: *“el Estado no ha dado una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión ... no basta la mera invocación de conveniencia o reorganización, sin aportar más explicaciones, pues la debilidad de precisiones en cuanto a las motivaciones refuerza la verosimilitud de los indicios contrarios”*.

Reparaciones:

1) Medida de satisfacción: publicación de:

- el resumen oficial de la sentencia por 1 sola vez, en 6 meses, en el diario oficial y de amplia circulación a nivel nacional, en tamaño de letra legible y adecuado.
- la sentencia íntegra por 1 año mínimo en el sitio web oficial, de manera accesible al público.

2) Indemnización compensatoria: resarcimiento adecuado del daño material o patrimonial y moral o inmaterial.

3) Otras medidas – reincorporación a la función pública en el cargo de igual categoría: no procede la reinstalación, por cuanto el ingreso a la carrera administrativa funcional debe ser por el mecanismo de concurso público que le otorga estabilidad.

El tercer **“Caso Pavez Pavez vs. Chile”** que trata de un despido discriminatorio por orientación sexual: del 04/02/22, donde se ordena: declarar la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la inhabilitación, con base en la orientación sexual de Sandra Cecilia Pavez Pavez, para el ejercicio de la docencia de la asignatura de religión católica en una institución de educación pública de la Municipalidad de San Bernardo en Chile, luego de que, el 25/07/07, la Vicaría para la Educación del Obispado de San Bernardo revocara su certificado de idoneidad, documento que es requerido por el Dec. 924 del Ministerio de Educación de 1983 a los docentes para que puedan ejercer como profesores de religión católica. En particular, la Corte declaró que el Estado era responsable por la violación a los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad personal, a la vida privada, y al trabajo, reconocidos en los arts. 24, 1.1, 7, 11 y 26 de la C.A.D.H. En particular, la Corte concluyó que constituyó una diferencia de trato basada en la orientación sexual, sin ofrecer motivo alguno que supere un escrutinio mínimo de objetividad y razonabilidad, que resultó discriminatoria y que afectó sus derechos a la libertad personal, a la vida privada y al trabajo. Por otra parte, la Corte consideró que el Estado era responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los arts. 8.1 y 25 de la C.A.D.H., por cuanto las autoridades judiciales internas no efectuaron un adecuado control de convencionalidad sobre el acto del Colegio “Cardenal Antonio Samoré” y porque Sandra Pavez Pavez careció de recursos idóneos y efectivos para impugnar los efectos de la decisión de revocación de su certificado de idoneidad para dictar clases de religión católica.

Reparaciones:

1) Medidas de satisfacción: + publicación de:

- el resumen oficial de la sentencia por 1 sola vez, en 6 meses, en el diario oficial y de amplia circulación a nivel nacional, en tamaño de letra legible y adecuado.

- la sentencia íntegra por 1 año mínimo en el sitio web oficial, de manera accesible al público.

+ ceremonia o acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional: en relación con los hechos del caso, en presencia de altos funcionarios del Estado y la víctima -si así lo desea-.

+ medidas de rehabilitación o reparación: que brinde una atención adecuada a los padecimientos sufridos por la víctima a raíz de los hechos del caso que atienda a sus especificidades y antecedentes: los tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos que sean necesarios.

2) Garantías de no repetición: + medidas de capacitación: creación e implementación en 2 años de un plan de capacitación a las personas encargadas de evaluar la idoneidad del personal docente en establecimientos educativos públicos sobre el alcance y contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, incluyendo la prohibición de discriminación por orientación sexual.

+ medidas necesarias para asegurar el debido control administrativo y judicial: precise o regule, con claridad, en 2 años, a través de medidas legislativas o de otro carácter, la vía recursiva, el procedimiento y la competencia jurisdiccional, para la impugnación de las decisiones de los establecimientos educativos públicos en torno al nombramiento o remoción de profesoras o profesores de religión como consecuencia de la emisión o revocación de un certificado de idoneidad por parte de una autoridad religiosa al amparo de lo establecido en el art. 9 del Dec. 924 de 1983.

3) Indemnización compensatoria: resarcimiento adecuado del daño material o patrimonial: emergente por terapia psicológica y moral o inmaterial.

4) Otras medidas – reincorporación a la institución pública en el cargo de igual categoría: no procede la reinstalación, por cuanto las reparaciones ordenadas resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por la víctima.

El cuarto **“Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica”** que trata de un despido discriminatorio por discapacidad: del 22/06/22, donde se dispone: declarar la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por las violaciones a diversos derechos de Luis Fernando Guevara Díaz, por no ser seleccionado en un concurso público para ocupar el puesto en propiedad de “Trabajador Misceláneo 1” por razón de su discapacidad intelectual, lo que también derivó en el cese de su relación laboral con el Ministerio de Hacienda. Estos hechos, que fueron reconocidos por el Estado, constituyeron actos de discriminación en el acceso y permanencia en el empleo, y por lo tanto una violación al derecho a la igualdad ante la ley a la prohibición de discriminación, y al derecho al trabajo, en perjuicio de Guevara. Por otro lado, el Estado también reconoció su responsabilidad por la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación de los arts. 24, 26, 8.1 y 25 de la C.A.D.H., en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

Reparaciones:

1) Medidas de satisfacción: + publicación de:

- el resumen oficial de la sentencia por 1 sola vez, en 6 meses, en el diario oficial y de amplia circulación a nivel nacional, en tamaño de letra legible y adecuado.

- la sentencia íntegra por 1 año mínimo en el sitio web oficial, de manera accesible al público.

2) Medida de restitución a la función pública en el cargo de igual o mayor jerarquía: procede la reinstalación, si así lo desea la víctima, quien deberá informar su voluntad en 6 meses máximo.

3) Indemnización compensatoria: resarcimiento adecuado si la víctima no desea la reincorporación, más lucro cesante y daño moral o inmaterial.

4) Garantías de no repetición: + medidas de capacitación: creación e implementación en 1 año de un programa de educación y formación a los funcionarios del Ministerio de Hacienda, por 3 años, sobre temas de igualdad y no discriminación de personas con discapacidad.

5) Otras medidas – modificación de la normativa en materia de discapacidad: no procede, por cuanto las medidas de reparación ordenadas son suficientes y adecuadas a las violaciones declaradas y para la prevención de situaciones similares en el futuro.

VIII. Reflexión final

En Latinoamérica, en virtud de la progresiva internalización del Derecho del Trabajo, la concepción de los derechos humanos laborales que hilvana la jurisprudencia de la C.I.D.H. se aloja en las entrañas de los bloques constitucionales, irradiando íntegramente los respectivos ordenamientos jurídicos.

La abrumadora mayoría de los textos constitucionales de la región, además de contemplar amplios catálogos de derechos humanos fundamentales, admiten la integración de otros, reconociendo derechos no enunciados o enumerados expresamente, en tanto inherentes a la persona humana o desgajados de los valores cardinales del sistema político:

- Jerarquizando constitucionalmente Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, debidamente ratificados;
- Proclamando expresa o tácitamente Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y/o
- Instrumentalizando Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como reglas interpretativas del texto constitucional.

A través de estos conductos, dialogan los sistemas de tutela de los Derechos Humanos fundamentales y se entrelazan -en protección del trabajador-:

- Derecho del Trabajo,
- Derecho Constitucional y
- Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En función de la temática abordada, la discriminación laboral tendrá lugar cuando un empleador confiere a un trabajador, trato desigual por el solo hecho de la pertenencia de este último a un grupo -raza, sexo, ideología, religión, etc.

Ahora bien, no todo trato disímil importará un trato discriminatorio. Sólo revestirá tal carácter, cuando el mismo tenga origen en la pertenencia del trabajador a un grupo y que, debido a esa relación de pertenencia, sea objeto de exclusión de beneficios o de sanciones por parte de su empleador.

La discriminación es una forma de avasallamiento a la dignidad humana, de usurpación a la humanidad como tal, que puede darse dentro o fuera del contrato de trabajo, pero

que, en ningún caso, debe restringirse en su esfera de reparación, a las limitaciones tarifadas de la legislación especial, porque desconoce la humanidad del trabajo y la ciudadanía de la persona que trabaja.

Entonces, la condición del empleo constituye un componente accidental de la persona, con lo cual la dignidad del ser humano es lo que hace a su esencia y no depende de cualquier otra condición accidental, ni de su condición de empleo, género, nacionalidad, ideología política o cualquier otra.

El Derecho del Trabajo no puede permitir ni tolerar figuras tales, como las de la violencia en las relaciones laborales, los casos de hostigamiento en sus variadas formas o la discriminación, si verdaderamente queremos vivir en una sociedad civilizada.

IX. Referencias jurisprudenciales

- C.I.D.H., "Caso Ivcher Bronstein vs. Perú": https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.
 - C.I.D.H., "Caso Lagos del Campo vs. Perú": https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.
 - C.I.D.H., "Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela": https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf.
 - C.I.D.H., "Caso Pavez Pavez vs. Chile": https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf.
 - C.I.D.H., "Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica": https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf.
-

FORMAS DE COMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN EL URUGUAY

Graciela Giuzio¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. 1. Consideraciones previas. 2. Los medios de solución de los conflictos colectivos II. EL SISTEMA URUGUAYO DE COMPOSICION DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS. 1. Consideraciones Generales. 2. Órganos y procedimientos de prevención y solución de los conflictos colectivos. 2.1. Los consejos de salarios. 2.2. El Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. 2.3. Composición de los conflictos colectivos por el poder legislativo. 2.4. Composición por la Justicia del Trabajo. 2.5. De la competencia residual de los juzgados civiles. 2.6. La aplicación del art. 21 de la ley 18.566 (2009). III. CONCLUSIONES..

Palabras clave: Conflicto colectivo - Prevención - Solución - Competencia

I. Introducción

1. Consideraciones previas

El título delimita el tema a transitar: los medios de solución de un tipo de específico de conflictos que se desarrollan en la sociedad: los conflictos de trabajo. A su vez hace foco en una categoría o subespecie particular: la de los conflictos colectivos, y dentro de ella los de interés, para luego abordar el tema central, esto es cuál es el sistema de composición de los conflictos citados en último término en el Uruguay

Ello nos compele en primer lugar, a diferenciar entre los conflictos individuales y los conflictos colectivos de trabajo. A estos efectos se señala en primer término que la distinción entre las referidas categorías no depende de criterios cuantitativos (número de sujetos involucrados), sino que la clave de diferenciación es la naturaleza del interés comprometido en cada caso (según entiende la doctrina mayoritaria). En el conflicto individual -a vía de ejemplo reclamación de un trabajador contra un patrono por despido -el interés que se dilucida es el concreto y privado de las dos partes litigantes. Contrariamente en el conflicto colectivo entra un interés distinto al interés de cada parte en litigio. En la resolución de la controversia se juega aquí el interés de una colectividad abstracta e in-

¹ Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho Universidad de la República. Montevideo-Uruguay.

determinada.² ³No obstante ello debe tenerse presente que la pared que separa ambas categorías no es hermética sino por el contrario permeable.

Asimismo, tal como anota el profesor Américo Plá Rodríguez, la doctrina es en general conteste en cuanto a que las categorías antes referidas no son excluyentes ni incompatibles, sino que pueden presentarse combinadas entre sí, por lo cual tanto los conflictos individuales como los conflictos colectivos pueden ser respectivamente, de derecho o de interés.⁴

Luego de este sintético abordaje de los referidos conceptos claves para los desarrollos posteriores, nos centramos en el tema que nos convoca. Los medios de solución de los conflictos colectivos de interés.

2. Los medios de solución de los conflictos colectivos

Como punto de partida pasamos a analizar someramente los distintos instrumentos de solución de conflictos colectivos teóricamente a disposición, y sus clasificaciones más recibidas por la doctrina, para dedicarnos a partir de allí al caso uruguayo.

En esta exposición nos manejaremos con la clasificación propuesta por Bueno Magano en Brasil con las adaptaciones que le realiza el profesor uruguayo Helios Sarthou. Así los presentamos ordenados en: autotutela; autocomposición y la tutela o heterotutela⁵. El límite de cada una de las tres áreas se determina en base al grado de intervención o consentimiento de las partes en conflicto.

La autotutela, cuyo ejemplo paradigmático es la huelga, implica la resolución del conflicto en forma unilateral, por acto propio. Una de las partes protege por sí misma su derecho o interés legitimado por el orden jurídico. Se impone así la propia solución a la contraparte.

Las soluciones de **autocomposición** se caracterizan por la voluntariedad del medio, al igual que la autotutela, pero se diferencian de éstas porque supone bilateralidad (intervención de los actores sociales) y consenso. Las formas de autocomposición pueden ser directas o indirectas. Las primeras se expresan como negociaciones directas; en las segundas participa un tercero que favorece o propicia la solución autónoma de las partes. Son expresiones de autocomposición indirecta la conciliación, la mediación y el arbitraje (facultativos).

En la **heterocomposición** la solución es coactiva, por tanto impuesta por uno o más terceros. Son medios generalmente calificados como de heterotutela: el arbitraje obligatorio; la intervención estatal administrativa; y la decisión judicial.

Se ha discutido en doctrina si puede concluirse en que la huelga constituye un medio de solución de los conflictos colectivos de trabajo. En nuestro país la doctrina mayoritaria se in-

2 SARTHOU Helios, Categorización de los conflictos colectivos de trabajo, Tomo I, Estudios de Derecho Colectivo de Trabajo. FCU, 1ª edición, Montevideo, setiembre 2004, p.73.

3 PLÁ RODRIGUEZ, Américo, Curso de derecho Laboral ,T.4.vol 2, Conflictos Colectivos ,Idea. p. p.13

4 PLA RODRIGUEZ, Américo, ob. cit p.13

5 SARTHOU Helios, Conflictos colectivos de trabajo y el arbitraje. Derecho y Sociedad, Tomo I, Estudios de Derecho Colectivo de Trabajo. FCU, 1ª edición, Montevideo, setiembre 2004, p. 87.

clina por la afirmativa. En tal sentido se ha pronunciado Helios Sarthou quien advierte que:

“No pueden confundirse medios de solución de conflictos colectivos con pacificación y consensualidad. El ejercicio del derecho de huelga, triunfante o fracasado por el allanamiento de una u otra parte, determina la finalización del conflicto, y en forma indirecta es desde el punto de vista objetivo, un medio de solución de conflictos colectivos”⁶

Destaca asimismo el autor reseñado que obviamente no se trata de un medio pacífico y que además resulta en la frustración de las aspiraciones de una solución concertada, pero posee juridicidad. Dicha juridicidad no puede desconocerse en tanto se extrae (en el caso de nuestro país como de muchos otros) de la Constitución Nacional, y se garantiza en el plano internacional por los CIT 87 y 98.⁷

Oscar Ermida por su parte, señala que es a la vez un conflicto y el medio para solucionarlo. O sea una forma unilateral de solucionar el conflicto que implica imponer la propia solución a la contraparte.⁸

II. El sistema uruguayo de composición de los conflictos colectivos de trabajo.

1. Consideraciones generales

El sistema uruguayo de solución de conflictos colectivos de trabajo se sustenta en la acción autónoma de los actores, a través de mecanismos de autotutela (la huelga); de autocomposición (la negociación colectiva) y la conciliación y el arbitraje facultativos.

La previsión constitucional que sienta las bases en relación a la formas de solución de los conflictos colectivos de trabajo, es sin dudas el artículo 57. Esta disposición al reconocer el derecho de organizar sindicatos ordenando al legislador su promoción, y al acordarle franquicias y reconocer expresamente el derecho de huelga, se decanta claramente por la solución autónoma de estos conflictos. En este sentido cabe enfatizar que el citado art. 57 dispone asimismo que la reglamentación de la huelga debe garantizar su ejercicio y efectividad, con lo cual está negando la posibilidad de imponer formas de composición del conflicto que puedan llegar a impedir el normal ejercicio del derecho de huelga.⁹

Corresponde hacer referencia también a las previsiones constitucionales sobre la composición de los conflictos en el sector público, que se recogen en el art.65. Dicha disposición mandata al legislador a la creación en los Entes Autónomos, de comisiones representativas del personal las que podrían tener injerencia en la solución de los conflictos colectivos del mismo con el Directorio.

Estas normas constitucionales permiten afirmar que, en principio, se aparta de la jurisdicción del Poder Judicial, a los conflictos de carácter colectivo.

En el derecho vernáculo, con la sola excepción constituida por el art. 21 de la ley 18.566

6 SARTHOU, Helios, Conflictos colectivos de trabajo...cit., p. 87.

7 SARTHOU, Helios, Conflictos colectivos de trabajo...cit., p.86.

8 ERMIDA URIARTE, Oscar, Apuntes sobre la huelga, tercera edición. Julio 2012. Actualizada por Martin Ermida Fernández, p.15.

9 MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, Derecho Sindical, FCU 1ª.edición. Montevideo, Julio 1998.p.180.

de negociación colectiva a la que nos referiremos más adelante, no existen soluciones heterónomas (de solución de conflictos colectivos) impuestas a las partes.

Los mecanismos de solución de conflictos nacionales respetan las pautas de la normativa internacional y de la teoría general del derecho colectivo del trabajo, en tanto en ambas se privilegia las soluciones autónomas, estableciendo además que los medios de solución de conflictos colectivos deben ser voluntarios, participativos y expeditivos y no deben afectar el ejercicio del derecho de huelga.

En este sentido cabe tener presente especialmente que la normativa de la OIT, esto es los Convenios Internacionales del Trabajo números 87; 98; 151 y 154 (ratificados todos por Uruguay) así como la Recomendación No 92, hacen opción claramente por la autocomposición¹⁰. Particularmente la recomendación N°92 postula como medios de prevención y solución de conflictos, a la conciliación y el arbitraje: voluntarios; participativos (esto es con intervención de ambas partes) gratuitos; y expeditivos.

Interesa destacar asimismo al art.8° del CIT 151 sobre derecho de sindicalización y condiciones de empleo en la administración pública, en tanto dicha disposición expresa que: “La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr (...) por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”.

Se establece pues en la disposición referida, la preferencia por la autocomposición del conflicto colectivo. Lo mismo hace el CIT 154 sobre fomento de la negociación colectiva, destacando la procedencia de la negociación colectiva y de la conciliación y el arbitraje facultativos y participativos.

En lo regional cabe tener particularmente en cuenta a la Declaración Socio- laboral del MERCOSUR, donde en su art.19 (versión actualizada de 2015) promueve los procedimientos de autocomposición de conflictos obligando a los Estados a su desarrollo, siempre que sean independientes, imparciales y voluntarios. Asimismo, de acuerdo al art.18 de la citada Declaración, los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir el ejercicio del derecho de huelga o desvirtuar su finalidad.

En las leyes nacionales en armonía con la orientación constitucional y las normas internacionales, se consagra un régimen que prioriza la solución autónoma y no judicial de prevención y solución de conflictos (con alguna excepción). A propósito de lo que venimos de expresar, cabe señalar que las leyes nacionales excluyen de la competencia de los tribunales especializados (Juzgados de Trabajo y Tribunales de Apelaciones de Trabajo) a los conflictos laborales de naturaleza colectiva. Ello está en consonancia con el mandato constitucional. En efecto, reiteramos que el constituyente no atribuyó al Poder Judicial la competencia para actuar en los conflictos colectivos, sino que mandató al legislador a crear “tribunales de conciliación y arbitraje” (o un “órgano” con competencia específica en el caso de los servicios públicos) para actuar en las controversias colectivas de trabajo.

¹⁰ No obstante ello, los órganos de control de la OIT aceptan la compatibilidad de las normas internacionales con el arbitraje obligatorio en algunos supuestos.

A diferencia de lo que ocurre en otros derechos el Poder Judicial es incompetente para intervenir tanto en los conflictos colectivos de interés como en los de derecho. Por ello Osvaldo Mantero de San Vicente afirma que dado que en el ordenamiento jurídico uruguayo, el Poder Judicial es incompetente para conocer en los conflictos colectivos de interés o de derecho, se vuelve irrelevante tal distinción a efectos de determinar la forma de solución de estos conflictos en nuestro sistema. El conflicto colectivo, expresa este autor, debe ser resuelto por los mecanismos de composición propios de este tipo de conflictos.¹¹

La opción del constituyente por la intervención de los tribunales de conciliación y arbitraje en los conflictos colectivos, en lugar de los tribunales de justicia, así como la de las leyes que reglamentaron esa opción, se justifica por las especiales características de los conflictos citados .

2. Órganos y procedimientos de prevención y solución de los conflictos colectivos

2.1. Los consejos de salarios

Estos organismos fueron creados por la ley 10.449 de noviembre de 1943. Son de integración tripartita estando compuestos por siete miembros: tres designados por el Poder Ejecutivo -correspondiéndole a uno de ellos la presidencia del consejo respectivo- dos delegados de los trabajadores; y dos delegados de los empleadores.

Estos consejos de salarios se constituyen por rama de actividad y tienen como una de las funciones más relevantes, la de fijar salarios mínimos por categoría y por rama de actividad en el sector privado. Han funcionado desde 1944 a la fecha, si bien con alguna interrupción (funcionaron de 1944 a 1968; de 1985 a 1991; y de 2005 a la fecha). Otra de sus competencias más importantes es la de actuar como órgano de conciliación de conflictos colectivos en el grupo de actividad, conforme lo establecido en la propia norma (10.449) en el art. 20¹². La disposición referida fue reglamentada por el decreto de 29 de noviembre de 1944 disponiendo que los Consejos de salarios instituidos por ley 10.449 "...tendrán (...) la facultad actuar como organismos de conciliación en los conflictos jurídicos y de intereses que se originen entre patronos y obreros del grupo de industrias, comercios, profesiones o similares...". Destaca Plá Rodríguez la amplitud de la norma, en tanto refiere genéricamente a conflictos jurídicos y de intereses, lo que significa comprender toda clase de conflictos colectivos.¹³ En el año 2009 la ley 18.566 (de negociación colectiva) refrenda la competencia de estos órganos de conciliación en los conflictos colectivos.¹⁴

La Constitución de la República encomienda al legislador, desde 1934 (en el artículo 57, según actual numeración), la promoción de tribunales de conciliación y arbitraje para la canalización y solución de los conflictos colectivos de trabajo (inciso 2º, artículo 57).

11 MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, en Derecho Sindical, cit. p.178.

12 Ley 10.44,9 art. 20: "Los Consejos de Salarios tendrán, además de la función de fijar salarios, (...) la de actuar como organismo de conciliación en los conflictos que se originen entre patronos y obreros del grupo para que fueron constituidos..."

13 PLA RODRIGUEZ, Américo, Curso de derecho...cit., p.39

14 Artículo 18 de la norma citada establece que : "El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tendrá competencias en materia de mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos de trabajo"

A nuestro entender, tal como ha sostenido entre nosotros reiteradamente el profesor Héctor-Hugo Barbagelata, con la competencia de los consejos de salarios en prevención y solución de conflictos se da cumplimiento al mandato constitucional. Ha expresado en tal sentido el autor referido lo siguiente:

“...si ninguna de las fórmulas antiguas puede servir para explicarnos la naturaleza jurídica de los Consejos de Salarios, es sencillamente, porque son algo nuevo: organismos arbitrales y de conciliación, de filiación constitucional. El legislador los ha reglamentado y les ha otorgado funciones de carácter puramente arbitral en cuanto a salarios, y de conciliación para los litigios que puedan presentarse entre las partes...”¹⁵

Los Consejos de salarios han actuado a través de los años con gran amplitud interviniendo en distintas clases de conflictos. A vía de ejemplo y refiriéndonos al último lustro, en la ronda de 2017 se pactaron más de 130 cláusulas de prevención de conflictos y la mayoría de esas cláusulas siguen un esquema más o menos similar, hay una especie de modelo implícito que aparece bastante reiterado: los conflictos primero han de tratarse a nivel de la empresa y posteriormente deberán, si no hay una solución adecuada, reconducirse al Consejo de Salarios respectivo.¹⁶ Estos mecanismos de prevención de conflictos son en alto grado acatados por las partes; o sea, la mayor parte de los conflictos que se plantean en los Consejos de Salarios, son tratados sin que se hubieran adoptado previamente medidas de acción gremial.¹⁷

La composición tripartita de los Consejos, así como el conocimiento de los problemas propios del sector como fruto del estudio y de las negociaciones y deliberaciones necesarias para la fijación de salarios, convirtieron a los miembros de estos organismos en personas singularmente aptas para desempeñar este cometido conciliatorio¹⁸

Para el ámbito público cabe citar el artículo 15 de la ley 18.508 de negociación colectiva en este sector (2009). Esta disposición establece que ante cualquier diferencia de naturaleza colectiva que pueda representar conflictos entre las partes se buscarán soluciones en el nivel del organismo. En caso de no lograr acuerdo, la diferencia podrá ser planteada en la instancia superior, atendiendo a las características o peculiaridades del ámbito de negociación de que se trate, sin perjuicio de las competencias específicas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Aquí habrá que analizar cuál es la instancia superior según la naturaleza jurídica del organismo. Y eventualmente, habría que ver la participación del Consejo Superior (art.11 de la norma citada) que funciona por consenso¹⁹

15 BARBAGELATA, Héctor-Hugo en exposición que realizó el citado profesor en el Colegio de Abogados en el debate sobre la naturaleza jurídica de los Consejos de Salarios. Esta exposición fue publicada en la rev. Derecho Laboral. T.IX, pp. 16 -17.

16 BARRETTO GHIONE, Hugo, Disertación en el panel "La Negociación hacia la prevención de conflictos", en la Universidad de Montevideo (UM) 07/08/2017. <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/comunicacion/noticias/barreto-no-es-posible-prevenir-el-conflicto-en-las-relaciones-laborales-pero>

17 BARRETTO GHIONE, Hugo "Disertacio...cit.

18 PLA RODRIGUEZ, Américo, Curso de derecho...cit. p.39.

19 RACCIATTI Octavio, "Apuntes sobre la Ley 18.508 de negociación colectiva en el sector público", Derecho Laboral. Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales, 52(236), 821-837. Recuperado a partir de <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/333>.

2.2. El Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social

La función conciliatoria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es de larga data, tanta que precede en el tiempo aún a la propia creación de dicho Ministerio como tal. Esto es que dicha competencia era ejercida por los organismos que antecedieron a su creación. Así la conciliación era concretamente ejercida por uno de los órganos que lo precedieron: el Instituto Nacional de Trabajo y Servicios Anexados-dependencia del Ministerio de Industrias, Trabajo e Instrucción Públicas-instituido por decreto-ley 9088 del 6 de junio de 1933.

En la reforma constitucional de 1967 se crea el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y por decreto-ley 14.489 de 23/12/974, se le atribuye competencia en la solución de conflictos colectivos.

Por último, en 2009, la ley 18.566 dispone en el capítulo V, titulado "Prevención y solución de conflictos" (art.18) que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tendrá competencia en materia de mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos. Sin perjuicio de ello en el art.19 de la norma referida, se reitera el principio de la autonomía de las partes. Ello al establecer que los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones sindicales podrán acordar, en ejercicio de la autonomía colectiva, mecanismos de prevención y solución de conflictos (procedimientos de información y consulta, instancias de negociación, conciliación previa y arbitraje voluntario).

Del régimen legal descrito surge claramente la preeminencia de la autonomía colectiva respecto de otras soluciones que se establecen como complementarias o subsidiarias.

En definitiva, en el marco de la ley 10.449, el decreto-ley 14.489 y la ley 18.566, los empleadores y sus organizaciones; y las organizaciones sindicales pueden recurrir a la mediación y conciliación voluntaria, sea ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (DINATRA) o el Consejo de Salarios con jurisdicción en la actividad a la cual pertenece la empresa. Cabe destacar muy especialmente que en su rol de conciliación/mediación, ni el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ni el Consejo de Salarios, tienen facultades legales para resolver el conflicto en forma obligatoria. Sólo pueden proponer soluciones las cuales no vinculan a las partes. El legislador salvo situaciones particulares y expresas, optó por soluciones no jurisdiccionales.

2.3. Composición de los conflictos colectivos por el poder legislativo.

Hay en nuestro país una larga tradición por el cual las Comisiones de legislación del trabajo de las Cámaras de Senadores y de Representantes, intervienen como mediadores en los conflictos colectivos de trabajo. En estos casos el Poder Legislativo actúa como conciliador o mediador procurando la autocomposición del conflicto. En algunas oportunidades ante el fracaso de las fórmulas conciliatorias, el Poder Legislativo dictó una ley solucionando en forma heterónoma el conflicto. Sin embargo, tal como señala Osvaldo Mantero De San Vicente, en los últimos años no se ha recurrido a esta forma de solución por el cuerpo legislativo, y en el periodo anterior a 1973 en que esa solución se utilizó ante importantes conflictos, la misma fue impugnada por inconstitucionalidad invocando la falta de generalidad de la misma.²⁰

20 MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, ob. cit. , p.178.

2.4. Composición por la Justicia del Trabajo.

Tal como se explicó anteriormente, la justicia especializada del trabajo es incompetente en razón de materia para entender en conflictos colectivos, sean de interés o de derecho. Ello arranca con la ley 12.803 de 1960 que en su artículo 106 creó un Juzgado Letrado de Trabajo en Montevideo “que atenderá en asuntos originados en conflictos individuales de trabajo...”.

Las leyes posteriores no modificaron esa referencia original a la competencia de los juzgados laborales. Ello no impide que los tribunales se expandan frecuentemente en aspectos de derecho colectivo al resolver los conflictos individuales de trabajo. En efecto a raíz de reclamos individuales (relativos a intereses concretos) el Juez termina ingresando en aspectos colectivos tales como criterios de interpretación de un convenio colectivo, despidos en violación de las normas sobre libertad sindical y otros temas del estilo. Estos fallos, dictados en conflictos individuales aunque apliquen e interpreten normas de derecho colectivo, rigen solo para las partes que litigaron y no tienen el efecto normativo que caracteriza a las formas de composición de los conflictos colectivos.

2.5. De la competencia residual de los juzgados civiles.

Hay dos posiciones acerca de la competencia de los juzgados civiles en los conflictos colectivos jurídicos. Así hay autores como Plá Rodríguez y Sarthou los cuales entienden que el conflicto colectivo jurídico puede plantearse ante la Justicia, pero siendo incompetente la sede laboral, deberá plantearse ante la sede civil.

Américo Plá Rodríguez fundamenta su posición expresando que:

“Del mismo modo que los jueces pueden resolver los conflictos jurídicos individuales, también deben decidir los conflictos colectivos de la misma índole porque la operación lógica que se requiere es idéntica: el silogismo en el cual la premisa mayor es la norma y la premisa menor las resultancias del caso concreto”.²¹

Helios Sarthou, por su parte, admite la competencia de los jueces de lo civil en estos casos, en tanto solución residual, de acuerdo a lo previsto por la Ley Orgánica de la Judicatura²². También Mario Garmendia ha acompañado la posición referida.²³

En la posición contraria una importante corriente doctrinaria, cuyo mayor referente es el Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, ha entendido que los conflictos colectivos no son susceptibles de ser sometidos a la dilucidación del Poder Judicial. Esto refiriéndose no a su dilucidación de las sedes laborales (excluidas por imperio de la ley en el art.106 de la Ley 12.803 y actualmente reiterada en el art. 2 de la Ley 18.572) sino, más ampliamente, de ninguno de los tribunales del Poder Judicial tanto se trate de derecho como de interés.²⁴

21 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, ob. cit., p.36.

22 Cfr. SARTHOU, Helios, Siete Tópicos sobre la tuitividad sindical en la ley 17.940 en AA.VV. Protección y Promoción de la Libertad Sindical. F.C.U, 1ª edición, Montevideo, setiembre de 2006, p. 189.

23 GARMENDIA, Mario, Medios de solución de conflictos colectivos, Revista Laborem N° 20/ 2017 p.154 <https://www.spdtss.org.pe/laborem/laborem20/>.

24 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Conflictos individuales y conflictos colectivos, Revista de Derecho Laboral, Número 241, 2011, p.33 . <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/461>

Para el autor referido los órganos competentes en materia de conflictos colectivos serían los Consejos de Salarios, en tanto constituyen la implantación de los Tribunales de arbitraje y conciliación en cumplimiento de lo previsto por el art. 57 de la Constitución.²⁵

El autor distingue en América Latina dos modelos de asignación de competencia *ratione materiae* a los tribunales de trabajo: a) los que otorgan competencia a los tribunales tanto en conflictos individuales como colectivos, entre los que se encontrarían Brasil, España, México, Paraguay y República Dominicana; y b) los que limitan la actuación de la justicia a los conflictos individuales de trabajo, como es el caso de nuestro país. Barbagelata anota que el fundamento de esta última postura responde a la convicción de la inconveniencia de inmiscuir a los tribunales de justicia en contiendas en que se ventilan intereses colectivos, naturalmente teñidos de una fuerte carga emocional y donde están en juego cuestiones de filosofía y prácticas políticas que se procesan tradicionalmente por la acción directa de las organizaciones sindicales concernidas.²⁶

Comparte esta posición Osvaldo Mantero de San Vicente quien, por su parte, expresa que en el ordenamiento uruguayo el Poder Judicial es incompetente para conocer en los conflictos colectivos de interés o de Derecho, puntualizando que ello vuelve irrelevante tal distinción a efectos de determinar la forma de solución de estos conflictos en nuestro sistema²⁷. El conflicto colectivo, expresa este autor, debe ser resuelto por los mecanismos de composición propios de este tipo de conflictos.

Por su parte Eduardo Ameglio y Ricardo Mantero señalan que en nuestro derecho no existe órgano jurisdiccional para conocer en los conflictos colectivos, ya sean estos de derecho o de interés.²⁸

Personalmente entendemos, compartiendo el pensamiento de Barbagelata, que la justicia ordinaria está pensada y adecuada para otro tipo de contiendas por lo cual no se adapta a estas situaciones especiales en las que muchas veces tienen más peso cuestiones de orden y estrategia política, que los elementos estrictamente jurídicos. Si el legislador entendió razonable excluir a la Justicia del Trabajo de los conflictos colectivos, limitando su actuación a los individuales, no parece lógico que en conflictos típicamente laborales como son indudablemente aquellos donde se ventila la huelga, termine actuando la justicia civil, obviamente no especializada en el tema.²⁹

2.6. La aplicación del art. 21 de la ley 18.566 (2009)

La ley 18.566 en su artículo 21 establece la cláusula legal de paz en los convenios colectivos y adjudica a la justicia laboral competencia para declarar la rescisión del convenio colectivo en caso de incumplimiento por cualquiera de los sujetos pactantes de

25 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, en Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica, en separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República –Número 21- Enero –diciembre 2002-Montevideo.

26 Conf. BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Tendencias de los procesos laborales...cit., p.34.

27 MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, "Derecho Sindical", cit., p.178.

28 AMEGLIO, Eduardo y MANTERO, ALVAREZ, Ricardo. Las modalidades de solución de conflictos colectivos de intereses en rev. Derecho Laboral, T. XXXIV, N° 163, julio –setiembre de 1991, p. 460

29 GIUZIO, Graciela «Ocupación de los lugares de trabajo: : Comentario sobre los fallos del caso 'Coltirey'», rev. Derecho Laboral, vol. 49, n.º 224, pp. 883–914, dic. 2006.

la obligación de no promover acciones que contradigan lo que pactado. La cláusula funciona *ope legis*, sin perjuicio de pueda postularse expresamente, y en este caso la ley faculta a las partes a regular el procedimiento para el caso que se promuevan acciones que contradigan lo pactado, o se apliquen medidas de fuerza.³⁰

Esto significa que la regla de principio del sistema uruguayo: la exclusión de la jurisdicción laboral en conflictos colectivos de trabajo, tiene un quiebre a partir de la entrada en vigencia de la ley 18.566. Ello en tanto que desde ese momento corresponde hacer la salvedad en la referida regla, respecto de las contiendas que puedan suscitarse en aplicación del art. 21 de dicha norma.

De todas maneras, si se analiza el artículo 21 contextualizándolo con el resto de las disposiciones y sobre todo con los arts. 18, 19 y 20, se advierte que se contempla como una primera vía de solución del conflicto la prevista por las propias partes en el Convenio Colectivo (autónoma). En efecto el artículo 19 (Procedimientos autónomos) establece que: "Los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones sindicales podrán establecer, a través de la autonomía colectiva, mecanismos de prevención y solución de conflictos..."

Por su parte en el artículo 20 se prevé la posibilidad de que las partes recurran en cualquier momento y si así lo estimaren conveniente, a la mediación o conciliación de la Dirección Nacional de Trabajo o del Consejo de Salarios con jurisdicción en la actividad a la cual pertenece la empresa.

Es en el artículo 21 que surge la solución heterónoma en tanto se establece que al no llegarse a una solución, las partes colectivas pueden hacer uso de la opción (esto es no están obligadas, puesto que la norma no está redactada en modo imperativo), de plantear el conflicto (en este caso la rescisión del convenio colectivo) ante los órganos jurisdiccionales.

En definitiva si las partes no pactaron una forma de composición de conflicto autónoma y surge un conflicto colectivo de trabajo cuya causa es el incumplimiento del convenio colectivo, podría darse una solución heterónoma de alcance general para todos los trabajadores involucrados en el conflicto de derecho originado en el incumplimiento del deber de paz.

El artículo 21 de la ley 18.566 no es fácil de interpretar, y por otra parte no ha sido objeto de resolución judicial alguna hasta ahora.

Por último, cabe anotar que el profesor Héctor-Hugo Barbagelata sostiene la inconstitucionalidad del citado artículo 21. En efecto este autor considera que esta disposición al atribuir a la justicia laboral competencia para entender en conflictos colectivos de trabajo es además de inconveniente, inconstitucional puesto que acuerda a los tribunales de justicia lo que la Constitución dispuso que fuera resuelto a través de tribunales de conciliación y arbitraje.³¹

30 BARBAGELATA, Héctor- Hugo, «La imposición de cláusulas de paz en los convenios colectivos y la intervención de la justicia laboral en los eventuales conflictos: (El artículo 21 de la Ley No. 18.566)», rev. Derecho Laboral, vol. 52, n.º 236, pp. 737-750, sep. 2009.

31 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Conflictos individuales y conflictos...cit., p.38.

III. CONCLUSIONES

1. El sistema uruguayo de solución de conflictos colectivos de trabajo se sustenta en la acción autónoma de los actores, a través de mecanismos de autotutela (la huelga); de autocomposición (la negociación colectiva) y la conciliación y el arbitraje facultativos.
2. La previsión que sirve de base a la afirmación precedente: esto es que en nuestro país la solución de principio de los conflictos colectivos es por la actuación autónoma de las propias partes es constitucional, y concretamente se fundamenta en el artículo 57.
3. Las leyes nacionales en armonía con la orientación constitucional y las normas internacionales, también consagran un régimen que prioriza la solución autónoma y no judicial de prevención y solución de conflictos con la sola excepción del artículo 21 de la ley 18.566.
4. La regla de principio del sistema uruguayo: la exclusión de la jurisdicción laboral en conflictos colectivos de trabajo tiene un quiebre a partir de la entrada en vigencia de la ley 18.566. Ello en tanto que desde ese momento corresponde hacer la salvedad en la referida regla respecto de las contiendas que puedan suscitarse en aplicación del art. 21 de dicha norma.
5. La citada ley 18.566, en su artículo 21, establece la cláusula legal de paz en los convenios colectivos, y adjudica a la justicia laboral competencia para declarar la rescisión del convenio colectivo en caso de incumplimiento por cualquiera de los sujetos pactantes de la obligación de no promover acciones que contradigan lo que pactado.
6. La disposición precitada, sumada al crecimiento que se observa respecto del recurso a la justicia para dilucidar conflictos colectivos tales como la determinación de la organización más representativa; la índole de los derechos de las organizaciones gremiales minoritarias y la desocupación de los lugares de trabajo entre otros, dan cuenta de una tendencia a la judicialización de dichos conflictos que va dejando de lado su encauzamiento a través de la negociación directa entre las partes, en forma bipartita o en el ámbito de los Consejos de Salarios.³²

32 ICUDU PIT-CNT. Sala de Abogados (2019), "El proceso de judicialización de los conflictos colectivos" <https://www.pitcnt.uy/novedades/noticias/item/3178-juristas-analizaron-el-proceso-de-judicializacion-de-los-conflictos-colectivos>.

Referencias bibliográficas

- AMEGLIO, Eduardo y MANTERO, ALVAREZ, Ricardo. Las modalidades de solución de conflictos colectivos de intereses en rev. Der. Lab. T. XXXIV, N° 163, julio –setiembre de 1991
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo en exposición que realiza el citado profesor en el Colegio de Abogados en el debate sobre la naturaleza jurídica de los Consejos de Salarios. Publicada en la rev. Derecho Laboral, T.IX, pp. 16 -17
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo en Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica, en separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República –Número 21- Enero –diciembre 2002-Montevideo.
- BARBAGELATA, Héctor- Hugo , «La imposición de cláusulas de paz en los convenios colectivos y la intervención de la justicia laboral en los eventuales conflictos: (El artículo 21 de la Ley No. 18.566)», rev. Derecho Laboral, vol. 52, n. ° 236.
- BARRETTO GHIONE, Hugo, Disertación en el panel "La Negociación hacia la prevención de conflictos", en la Universidad de Montevideo (UM) 07/08/2017. <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/comunicacion/noticias/barreto-no-es-posible-prevenir-el-conflicto-en-las-relaciones-laborales-pero>.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, Apuntes sobre la huelga, 3ª edición, julio 2012. Actualizada por Martín Ermida Fernández
- GARMENDIA, Mario, Medios de solución de conflictos colectivos, Revista Laborem N° 20. 2017 <https://www.spttss.org.pe/laborem/laborem20/>.
- GIUZIO, Graciela «Ocupación de los lugares de trabajo: Comentario sobre los fallos del caso 'Coltirey'», rev. Derecho Laboral, vol. 49, n. ° 224, dic. 2006.
- ICUDU PIT-CNT. Sala de Abogados (2019) "El proceso de judicialización de los conflictos colectivos" <https://www.pitcnt.uy/novedades/noticias/item/3178-juristas-analizaron-el-proceso-de-judicializacion-de-los-conflictos-colectivos>.
- MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho Sindical. FCU .1ª edición, Montevideo, 1998.
- PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho Laboral .T.4.vol 2. Conflictos Colectivos .Idea
- RACCIATTI Octavio. Apuntes sobre la Ley 18.508 de negociación colectiva en el sector público. Rev, Derecho Laboral, T. 52 (236), 821–837. Recuperado a partir de <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/333>
- SARTHOU Helios, Categorización de los conflictos colectivos de trabajo. Tomo I, Estudios de Derecho Colectivo de Trabajo. FCU, 1ª edición, setiembre 2004.
- SARTHOU Helios, Conflictos colectivos de trabajo y el arbitraje. Derecho y Sociedad, Tomo I, Estudios de Derecho Colectivo de Trabajo. FCU, 1ª edición, setiembre 2004.
- SARTHOU, Helios, Siete Tópicos sobre la tuitividad sindical en la ley 17.940 en AA.VV. Protección y Promoción de la Libertad Sindical. F.C.U, 1ª edición, setiembre de 2006.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. ART. 29, PÁRRAFOS 1º Y 2º, LCT. CONSECUENCIAS EN EL PATRIMONIO DE LOS TRABAJADORES

Iriel Esperanza Munitz¹

Sumario: I. Introducción. II. Generalidades. III. Tutela de los créditos laborales. IV. Convenio colectivo aplicable. Jurisprudencia. V. Consecuencias patrimoniales. VI. Conclusión.

Palabras clave: Solidaridad - Consecuencias patrimoniales - Convenios colectivos

I. Introducción

Desde hace muchos años, agravado en los tiempos que corren, los trabajadores se han visto inmersos en vínculos laborales que se llevan a cabo con diferentes personas físicas y/o jurídicas, en donde muchas veces no les resulta posible, prima facie, determinar quién resulta ser su verdadero empleador o empleador directo.

A tal fin, la normativa laboral ha elaborado diversos mecanismos a los fines de proteger a la parte más débil de todo vínculo laboral, mediante el instituto de la responsabilidad solidaria.

En el presente artículo se abordarán las consecuencias que pueden sucederse en el patrimonio de los trabajadores en los casos que se está en presencia de responsables solidarios en virtud de lo normado en los dos primeros párrafos del art.29 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Se analizarán los efectos económicos que derivan de este tipo de relaciones laborales, durante su vigencia como así también una vez disuelto el vínculo laboral que une a las partes.

Se tendrán en cuenta los derechos y dificultades con los que pueden encontrarse los trabajadores cuando se producen relaciones triangulares.

¹ Abogada (UBP); Mediadora (Humanita Asociación Civil); Especialista en Mediación Familiar (Humanita Asociación Civil); Especialista en Derecho Laboral (UBP); maestranda en Derecho Laboral (UBP); directora de tesis de Especialización en Derecho Laboral; Jueza del Trabajo Interina en Juzgado del Trabajo N° 2, Concordia, Provincia de Entre Ríos..

Siempre desde la perspectiva de los trabajadores, se analizará la importancia del convenio colectivo aplicable a la relación laboral que se produce bajo esta modalidad de intermediación, y por ende la remuneración devengada durante el vínculo laboral, y la remuneración realmente percibida por los mismos, como así también una vez arribados a una situación de disolución del vínculo, sea cual fuere el motivo del mismo. En este último caso, se enunciarán cuáles deberían ser los rubros laborales reclamados en una oportuna demanda de cobro de pesos laboral y en base a qué convenio colectivo de trabajo se debería accionar, todo ello relacionado con la legitimación pasiva y sus consecuencias.

II. Generalidades

Al derecho laboral le interesa la solidaridad pasiva, es decir, la que se refiere al empleador en sí, responsable por las deudas y obligaciones frente al trabajador; haciendo que el mismo pueda reclamar, si así lo decidiera, a más de un deudor por las obligaciones laborales incumplidas y por los créditos a su favor.

El régimen de la responsabilidad solidaria, que estudia y regula el derecho laboral, tiene como fundamento la necesidad de asegurar a los trabajadores los créditos que ellos pudieran tener, frente a la posibilidad de encontrarse con que el empleador se encuentra en un estado de insolvencia por lo que no puede hacerse cargo o cumplir con el pago o cancelación de dichas deudas o créditos; otorgándole así un nivel más alto de seguridad para la percepción de dichos créditos.

Si el empleador que figura formalmente en la documentación laboral, es decir, el que contrata al trabajador fuera insolvente, el régimen de responsabilidad solidaria tiene en miras la búsqueda del verdadero empleador, que se encuentra más allá y por encima del empleador intermediario o aparente o del cedente. A ello debe sumársele que el salario que perciben los trabajadores tiene carácter alimentario, por lo que es necesario establecer la solidaridad en las obligaciones laborales para así garantizar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores vulnerables; tal como lo entiende la doctrina, jurisprudencia y la legislación laboral en su totalidad.

III. Tutela de los créditos laborales

Uno de los objetivos centrales del derecho del trabajo ha sido siempre la tutela del salario o, mejor dicho, de los créditos laborales en general. El reconocimiento de que el salario es el ingreso o renta básica para el sustento del trabajador y su familia influyó decididamente en el cuadro institucional del derecho del trabajo, en el que se han contemplado diversas formas de protección tendientes a garantizar la percepción de la remuneración.²

La solidaridad cumple una función de garantía con respecto a las obligaciones y consecuencias patrimoniales en las que el trabajador resulta ser el acreedor.

Muchas veces, los contratos laborales celebrados a través de intermediarios, o de contratos en flagrante violación al orden público laboral, actuando con simulación o fraude, culminan por ser nulos, violatorios de las leyes y muchas otras denigrantes para el ser humano. Suelen suscribirse los mismos en base a normas o regímenes que nada tienen

2 RAINOLTER, Milton A. y GARCÍA VIOR, Andrea E., Solidaridad laboral en la tercerización, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 12.

que ver con la tarea realmente llevada a cabo por el trabajador para la verdadera empleadora. Se suelen utilizar convenios colectivos de trabajos y por ende escalas salariales muy diferentes a las que se debieran utilizar, simulando una realidad completamente inexistente; o desvirtuando en alguna medida la misma.

La Ley de Contrato de Trabajo, y en particular los dos primeros párrafos del art.29, busca proteger a los trabajadores que, por vía de la interposición de personas o intermediación de terceros dentro de la relación laboral, ven afectada su relación de dependencia laboral, y se encuentran privados de los derechos que las normas laborales pretenden asegurarles.

IV. Convenio colectivo aplicable. Jurisprudencia

Explica Braín que puede suceder que la triangulación que puede darse obedezca a un actuar ilícito entre el empleador usuario de los servicios y el tercero contratante y que ese comportamiento ilícito entre ambas empresas ocurra para no responder por las obligaciones laborales y previsionales a la que está obligado el principal. En ese caso una de las situaciones que puede ocurrir es que se discuta el convenio aplicable.

Señala el autor que: "Es probable que si un trabajador se encuentra inscripto, aun en la hipótesis de correcta registración para quien utiliza los servicios del trabajador y por ende comprendido en la convención colectiva de los demás trabajadores de la empresa requirente, que pretenda la aplicación del Convenio Colectivo que le resulte más favorable y no el que efectivamente debe aplicarse en función de las actividades y tareas del empleador para quien fue contratado sino en la actividad del tercero contratante. Esa interpretación resulta errónea porque, al igual que lo establecido en el artículo 29 bis, último párrafo, el trabajador debe ser encuadrado en la categoría y convención de la empresa usuaria".³

Como indica Ferdman⁴ que la maniobra de la interposición fraudulenta, usualmente tiende a que figure como empleador una persona insolvente, o bien para aplicar al trabajador un convenio colectivo diferente y menos beneficioso a través de un incorrecto encuadramiento de sus tareas.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ha resuelto que: "El art. 29 de la LCT fue sancionado con la clara finalidad de evitar la interposición de personas fraudulentas de personas físicas o jurídicas, generalmente insolventes. Se trata de "pseudoempleadores" que se interponen entre el auténtico empleador, que dirige el trabajo y se beneficia de él para evitar la responsabilidad interpuesta por la ley laboral. En el caso, el fraude se patentiza con la aplicación al trabajador de un convenio diferente al vigente en el ámbito de Disco S.A., el cual resultaba más beneficioso. En consecuencia, el despido indirecto en que se colocó el actor, por falta de registración de quien fue su verdadero empleador (Disco S.A.), fue ajustado a derecho y corresponde acoger las partidas indemnizatorias reclamadas en la demanda".⁵

3 BRAÍN, Daniel Horacio, "El caso del artículo 29, primer párrafo, Ley de Contrato de Trabajo: ¿solidaridad o responsabilidad directa y personal del empresario requirente?", Revista de Derecho Laboral 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 17, 24.

4 FERDMAN, Beatriz E., "La intermediación y la interposición de personas como variante del fraude laboral", Revista de Derecho Laboral 2016-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 53.

5 CNTrab., Sala VIII, "Galeano, Víctor Miguel c/ Disco S.A. y otros s/ Despido", 30.8.11.

Como se puede observar, en la relación laboral se produjo una interposición de persona, y se aplicó un convenio colectivo de trabajo diferente al de la empresa usuaria, empleador directo del trabajador, por lo que corresponde que se utilice el convenio de dicha actividad y no la de la empresa intermediaria; es decir que se aplica el CCT de aquel que se beneficia con la tarea.

Por otra parte, se puede divisar también que el trabajador que si bien puede estar inscripto por la intermediaria o interpósita persona, no lo está por su verdadero empleador, o empleador directo, por lo que puede realizar los reclamos pertinentes a este último, y considerarse igualmente despedido indirectamente por la falta de registración con quien debió inscribirlo legalmente.

"El actor se desempeñó en todo momento en el establecimiento de la codemandada Massalin Particulares desde su ingreso, habiendo sido contratado en fraude a la ley laboral por sucesivas empresas que actuaron como meras intermediarias de quien fue su real empleadora, por lo que la situación debió ser encuadrada en las previsiones del art. 29 de la LCT resultando responsables de la condena las demandadas por haber sido participes de la irregular contratación. En tales condiciones, acreditado que el actor cumplió tareas propias de la actividad tabacalera se debe considerar de aplicación al caso lo dispuesto en el CCT 565/09 y sus precedentes, propio de dicha actividad el cual prevé en sus sucesivas renovaciones la categoría de "operario de limpieza general" en la cual debió ser encuadrado el actor".⁶

V. Consecuencias patrimoniales

Es sabido que el trabajador debe intimar por la regularización de su relación laboral, por cualquier tipo de reclamo de índole laboral, económica y de la seguridad social a su verdadero empleador, es decir al empleador directo según el art. 29 LCT; además de poderlo realizar –y en mi opinión, conviniéndole realizar- la intimación correspondiente al empleador registral o tercero contratante.

Considero ello en virtud de que para hacer valer sus reclamos y, por ende, poder obtener el resarcimiento económico de que se trate, el actor debe iniciar su reclamo extrajudicial contra ambos responsables solidarios –o directo y solidario propiamente dicho-, para luego llegado a una etapa judicial, poder demandar a ambos, más allá de la insolvencia posible del tercero. Esto porque considero que le resultará más sencillo lograr probar el vínculo y así lograr su resarcimiento económico.

Justamente el obrar por interpósita persona hace presumir la intención de sustraer el patrimonio del empresario principal, como garantía del crédito que tienen los trabajadores que resultan ser los acreedores justamente.

El convenio colectivo de trabajo aplicable tiene una gran importancia porque, justamente de la aplicación del convenio que rige la actividad del tercero, quien realizó la inscripción formal del dependiente, o del de la empresa usuaria, dependerá que existan, por ejemplo, diferencias salariales a favor del trabajador, una escala salarial más beneficiosa, beneficios sociales, entre otros. Esto es lo que suele suceder al utilizar intermediarios: privar justamente al trabajador de los beneficios económicos y sociales que podría ob-

6 CNTrab., Sala VI, "Ocampos, Walter Alejandro c/ Massalin Particulares S.A. y otros s/ Despido", 23.10.13.

tener de ser correctamente incluido en el convenio colectivo en el que debe enmarcarse desde el principio de la relación laboral, es decir, del empleador directo según el art.29 de la LCT.

Señala Maza que en lo que refiere a la prescripción liberatoria, en el caso de atribuirse con la demanda la responsabilidad solidaria, la eventual prescripción de la acción contra el deudor primigenio, beneficiaría al deudor solidario, excepto en lo que hace a causales de suspensión que no propagan sus efectos.

Respecto a la mora, también propaga sus efectos en los casos de responsabilidad solidaria, de manera que la mora incurrida por uno de los codeudores tiene virtualidad para los otros.

Respecto a la extinción de la obligación por el pago y las relaciones entre los codeudores, basta que un deudor pague el objeto del reclamo, es decir la indemnización para que queden canceladas todas las deudas y ello es consecuencia del objeto único, de la unicidad del objeto de la obligación.⁷

Por todo lo dicho, considero nuevamente que al trabajador le resultaría más efectivo accionar contra ambos deudores, ya no sólo por un tema probatorio, de mejores posibilidades y probabilidades de prueba, sino también por las consecuencias que deriva para los deudores el pago o no pago de las indemnizaciones, así como lo explicado referente a la prescripción y la mora. El trabajador tendría mayores oportunidades, no correría el riesgo de ver prescripto su reclamo, ni de preocuparse por las consecuencias de un pago total o parcial que pudiera oportunamente recibir.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo tiene resuelto que: "El actor realizaba tareas propias de Metrogas comprendidas en el convenio colectivo aplicable a las industrias del gas, las que en nada se corresponden con las tareas de zanjeo y excavación de pozos como sostuvo la codemandada Em Ar Gas. Dichas tareas estaban destinadas a clientes de Metrogas, que esta última entidad les proveía de materiales para ese fin, como los medidores de gas. También les proveía las órdenes de servicios en las que se consignaba el logo de Metrogas, documentación necesaria para acreditar la identidad ante el cliente y eran auditadas por personal de Metrogas y la remuneración era abonada por la codemandada. Desde tal perspectiva, resultando Metrogas S.A. la empleadora principal de los actores (art.29 L.C.T.), se tornan viables los reclamos indemnizatorios pretendidos, aun en lo relativo a la circunstancia de encuadrar el vínculo bajo el régimen de la L.C.T. y las convenciones colectivas aplicables a la actividad de la empleadora principal (CCT 544/03 E)".⁸

"Cabe sostener que el actor, empleado de una empresa prestataria de servicios de gestión de marketing, cumplía funciones inherentes al giro comercial del Banco Hipotecario S.A., las que consistían en establecer la comunicación con clientes morosos para ofrecerles refinanciaciones y gestionar la cobranza de las deudas, en el edificio perteneciente a la entidad bancaria, bajo la supervisión de personal del banco, quien además fue el

7 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.236.

8 CNTrab., Sala VI, "Riedel Mario Omar c/ Metrogas S.A. y otro s/ Despido", (Fernandez Madrid – Craig), Expte N° 37.011/2010, Sent. Def. N° 63.793 del 27/03/2012.

encargado de perfeccionar la contratación del actor aunque los salarios le eran abonados a través de Actionline de Argentina S.A.. Cabe concluir que ésta actuó en calidad de intermediaria en la contratación, puesto que el actor trabajó en forma continuada para Banco Hipotecario S.A., quien se benefició con sus servicios, por lo que debe ser considerado empleado de éste, y ambas resultan solidariamente responsables en la condena (arts. 14 y 29 L.C.T.), sin perjuicio de las acciones que pudieren ejercer".⁹

Puede observarse como la remuneración es abonada por la intermediaria, aunque resultara empleador directo el banco demandado en cuestión. Por ello, el responsable directo y quien debió abonar los salarios era en realidad la empresa usuaria, y no la intermediaria.

Lo mismo sucedió en el caso que *infra* se transcribe, donde las órdenes las daba la empresa que resultó empleadora directa –Telecom Argentina S.A.–, pero las remuneraciones las abonaba la intermediaria.

"Resulta acreditada en la causa la prestación de servicios del actor en el ámbito empresarial de Telecom Argentina S.A., habiéndose desempeñado en todo momento en relación de dependencia para dicha empresa, y contratado en fraude a la ley laboral por distintas empresas quienes actuaron como meras intermediarias de quien fue su real empleadora. La situación descripta debe ser encuadrada en las previsiones del art.29 L.C.T. en relación a la real empleadora (Telecom) y la solidaridad dispuesta en relación a los restantes codemandados (contratistas). (El actor recibía instrucciones de empleados de Telecom -empresa que aprobaba el trabajo- y su remuneración era abonada por un subcontratista)".¹⁰

"El actor, que prestaba servicios en el Hospital Alemán, y había sido contratado por intermedio de MASC (Médicos Asociados Sociedad Civil) se consideró despedido tras reiteradas intimaciones por negativa de tareas y falta de pago de haberes. El caso permitiría ser encuadrado en la figura prevista por el art. 29 L.C.T. aplicable a quienes, como la codemandada MASC, contrata a un profesional no para aprovechar de sus capacidades laborativas sino a los fines de cedérselo a otro, en el caso H.A., que lo requirió para satisfacer necesidades vinculadas con sus competencias y actividades. Surge palmariamente acreditada la relación laboral denunciada por el actor quien si bien fue contratado por MASC -empresa ésta que abonaba sus remuneraciones- era en el H.A. y bajo la dirección del Jefe de la Unidad de Cuidados Críticos que el accionante cumplía sus funciones de investigación en temas que le asignaba el mencionado profesional, con una determinada carga horaria semanal y en beneficio de la estructura organizativa propia de aquel. Sin embargo, lo cierto es que el accionante intimó a MASC para que le otorgue tareas y proceda al registro del vínculo, y al no haberle exigido al hospital codemandado que admitiera la existencia de la relación laboral, dado que sólo le notificó en su carácter de deudor solidario, fue el propio accionante quien inicialmente le atribuyó el carácter de empleadora a la intermediaria, por lo que su pretensión de que se reconozca a H.A. como titular o cotitular de su vínculo laborativo, no puede ser aceptada en función de la denominada doctrina de los actos propios que implica la inadmisibilidad de una postura que contradiga una conducta anterior, válidamente asumida por el litigante. En ese con-

9 CNTrab., Sala I, "Gómez Alfredo Sergio c/Banco Hipotecario SA y otro s/despido", S.D. 86.299 del 26/11/2010.

10 CNTrab., Sala VI, "Romero Juan José c/Ringer SRL y otros s/despido". (Raffaghelli-Craig), Expte. N° 50.709/2011, Sent. Def. N° 69951 del 31/08/2017.

texto, se consideró despedido de quien no era su empleadora y ello torna inviable el despido indirecto y determina el rechazo de la pretensión indemnizatoria en su totalidad".¹¹

Lógicamente, respecto a lo que se viene analizando, cuando el trabajador se encuentra inscripto bajo la registración del intermediario o interpuesta persona, en caso de reclamos de diferencias salariales, o el mismo supuesto en caso de reclamos por indemnizaciones por despido con o sin justa causa, la remuneración que se debe tener en cuenta a los fines de los cálculos es la devengada, es decir la que corresponde a la actividad de su verdadero empleador, quien resulte, en virtud de lo normado por el primer párrafo del artículo 29 de la LCT, su empleador directo.

"No resultan atendibles los agravios que cuestionan las diferencias salariales reconocidas en la instancia anterior, pues en la medida que se ha reputado como empleador al banco codemandado en los términos del artículo 29, LCT, y consecuentemente aplicable el CCT 18/1975, la actora debió percibir sus haberes conforme al mencionado convenio".¹²

Por último, cabe precisar, como explica Fernández Madrid¹³ citando a Foglia, que si el empleador hubiere debido abonar salarios, indemnizaciones u otros rubros al trabajador no puede solicitar el reintegro total o parcial de los mismos al intermediario ya que aquellas son obligaciones propias y exclusivas de quien resulta empleador. Si, en cambio, el intermediario hubiere debido afrontar las mismas, por la vía de la solidaridad, cabe distinguir dos situaciones diversas según la buena o mala fe de las partes. En el caso de la buena fe, el intermediario que abonó tendrá una acción de reintegro contra el empleador, ya que de otra forma se produciría un enriquecimiento incausado de aquél. En el supuesto de mala fe resultaría aplicable la regla establecida por el art. 59 del Código Civil (hoy art. 335 del CCyCom.) que expresaba que los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o perjudicar a un tercero no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación.

Actualmente rige, en similares términos lo dispuesto en el art.335 CCyCom. que establece que los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas del ejercicio de la acción de simulación.

VI. Conclusión

En el presente artículo se abordó la problemática de las consecuencias patrimoniales con las que se encuentran los trabajadores cuando su relación laboral posee la característica de tener responsables solidarios.

Específicamente se planteó lo que sucede cuando el trabajador es encuadrado en el convenio colectivo de trabajo de la intermediaria y se llegó a la conclusión de que lo correcto es que rija para el mismo el convenio de la empresa usuaria, su empleadora directa.

11 CNTrab., Sala II, "Macchia Alejandro C/Medicos Asociados Sociedad Civil y Otro S/Despido".(Maza-Pirola), Expte. Nº12.232/2014, Sent. Def. Nº113330 del 29/11/2018.

12 CNTrab., Sala V, "De Los Ríos Cabral, Luciana Isabel c/ Banco Patagonia S.A. y otro s/ Despido", 24.6.2015.

13 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Anotada. 2ª ed. Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2012, T.I, p. 508.

Asimismo, respecto al reclamo por diferencias salariales y demás rubros indemnizatorios ante un despido con o sin causa, se concluye que la remuneración con la cual efectuar los cálculos debe ser la devengada según el CCT de la empresa que resulte el responsable directo; más allá de la factibilidad de interponer la acción contra ambos responsables y que resulten solidarios por dichas obligaciones incumplidas o debidas.

Como conclusión podemos decir que, habiendo analizado las consecuencias patrimoniales, en particular el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que se encuentran en vínculos triangulares conforme lo regulado por los dos primeros párrafos del art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, y teniendo en cuenta la prescripción de la acción y la mora en la que podrían incurrir los deudores solidarios, consideramos que resultará más efectivo para el trabajador accionar contra ambos deudores solidarios a los fines de preservar su crédito y realizar los pertinentes y oportunos reclamos en virtud del contrato de trabajo existente entre las partes.

En dicho sentido, oportuno es recordar que nos encontramos con una parte débil, vulnerable, amparada constitucionalmente, como es el trabajador, 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 si no, por el contrario, que pueda realizar los reclamos pertinentes a todos los responsables, y de ese modo garantizar la protección de sus derechos.

OTRA MIRADA EN RELACIÓN A LA CLANDESTINIDAD LABORAL

Noelia Mana¹

Rosalía A. Pécora²

Sumario: I. La obligación de registro laboral como paradigma del trabajo decente y obligación contractual. II. La clandestinidad laboral: un fenómeno complejo. III. El régimen sancionatorio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en materia de clandestinidad laboral, IV. Régimen de sanciones laborales. V. Criterios para la graduación de las sanciones laborales en Córdoba. VI. Régimen sancionatorio de la seguridad social. VII. Infracciones tipificadas en las leyes 17.250 (Cajas Nacionales de Previsión Social), 22.161 (Caja de Subsidios y Asignaciones Familiares) y 11.683 (art. 40, inc. g), reglamentadas a través de la R.G. AFIP 1566/03 (TO RG 4465/2019). VIII. Reflexiones finales..

Palabras clave: Ooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooooo

I. La obligación de registro laboral como paradigma del trabajo decente y obligación contractual

La obligación de registro laboral debe ser comprendida como un elemento fundamental del trabajo decente para que el trabajador -sujeto de preferente tutela- pueda ejercitar sus derechos sociales y económicos en plenitud.

El concepto de trabajo decente fue definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1999 y *sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.*³

Esta concepción de trabajo decente fue introducida por el art.7 de la Ley 25.877 al prever que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) promoverá la inclusión del contrato de trabajo decente en las políticas públicas nacionales, provinciales y municipales.

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

2 Abogada(UNC), Especialista en Derecho Laboral(UBP), docente de DT de la FACE, UNC, abogada litigante,publicista.sidad Siglo XXI.

3 <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

A su vez, la correcta registraci3n laboral es tambi3n una obligaci3n laboral que nace del derecho constitucional con el mandato de garantizar condiciones dignas y equitativas de labor, plasmado en el texto de nuestra Carta Magna desde la incorporaci3n del art. 14 bis.

Por ende, es obligatorio:

- a) Registrar el Contrato de Trabajo en el Libro del art. 52, LCT y en el Libro de Sueldos digital de AFIP.
- b) Registrar el Contrato de Trabajo en el sistema "Simplificaci3n Registral" de la Administraci3n Federal de Ingresos P3blicos (art. 39, L. 25.877),
- c) Consignar correctamente en aquellos registros y otros obligatorios (tales como planilla de horarios y descansos y la planilla de horas suplementarias del art. 6 de la ley 11.544): la fecha de ingreso, categor3a, remuneraciones liquidadas, la modalidad contractual, la jornada trabajada, cargas de familia, entre otros.
- d) Extender los correspondientes recibos de sueldo (art. 140, LCT), con los datos consignados en aquellos registros.
- e) Ser diligente y acreditar la iniciativa en relaci3n a la registraci3n y el ingreso 3ntegro y oportuno de los aportes y contribuciones de la Seguridad Social, tanto como agente de retenci3n de los aportes como obligado directo de las contribuciones, ambos de los subsistemas de la seguridad social y sindicales de modo de posibilitar al trabajador el goce 3ntegro y oportuno de los beneficios que las disposiciones legales, convencionales y reglamentarias le acuerdan (art. 79, LCT).
- f) Presentar y pagar mensualmente los aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales y otorgar la constancia documentada de aquellos ingresos (arts. 79 y 80, 1º p3rrafo y art. 12 de la ley 24.241).
- g) Entregar el certificado de trabajo del art. 80, LCT en el plazo de 30 d3as corridos desde que el v3nculo fenece por cualquier causa (Dec. Reg. 146/01) que debe contener las indicaciones sobre el tiempo de prestaci3n de servicios, naturaleza de 3stos, calificaci3n obtenida (ley 24.576), constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.
- h) Acreditar el ingreso de aportes a la seguridad social y sindicales retenidos en los recibos de haberes, frente a la intimaci3n del trabajador una vez extinguido el v3nculo, bajo los apercibimientos de la sanci3n conminatoria mensual del art. 132 bis, LCT.
- i) Y en definitiva, todo lo que se consigna en aquellos registros debe ser coherente entre s3 y coincidir con la realidad.

II. La clandestinidad laboral: un fen3meno complejo

La clandestinidad es un fen3meno complejo y sus causas se relacionan con los cuatro elementos del sistema global: social, cultural, pol3tico y econ3mico. Ha crecido exponencialmente porque la pol3tica laboral ha sido ineficiente... pretendiendo descargar en los actores sociales la responsabilidad que le cabe a la Administraci3n del trabajo. La respuesta debe ser integral, interesando en su soluci3n, tanto a los trabajadores como a los empleadores, tanto a las asociaciones sindicales como a las c3maras empresarias, pero sin abandonar la conducta estatal policial. El fen3meno perjudica al trabajador, a la asociaci3n sindical respectiva, a las diversas agencias de seguridad social, privando al primero de una existencia laboral plena y a los segundos de los recursos econ3micos de ella derivados. Daña al empleador cumpliente quien sufre la competencia desleal por parte de los incumplientes quienes operan con menores costos⁴

4 CAP3N FILAS, Rodolfo E., "Ley de Empleo", Ed. Platense SRL, La Plata, 1992, p. 32,33.

Expresa Livellara que el trabajo informal, ya sea por falta o deficiente registración, atenta contra derechos fundamentales del trabajador, derivados de su dignidad como ser humano, con reconocimiento a nivel de instrumentos internacionales y de nuestra CN, especialmente luego de la reforma de 1994⁵.

Según la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) (...) el empleo no registrado o no declarado se define como ilícito al no estar declarado a una o varias autoridades que deberían tener conocimiento de él, y por este hecho se sustrae a la reglamentación o a los impuestos o lleva una reducción de las prestaciones de la seguridad social⁶

En un informe de la OIT que analiza específicamente el fenómeno de la informalidad en Argentina y su evolución sus autores afirman que (...) *la informalidad tiene serias consecuencias para los trabajadores y sus familias, las empresas y también para la sociedad en general. El empleo informal dificulta el reconocimiento de derechos laborales y está asociado con la pobreza en sus diversas dimensiones. Asimismo, los trabajadores informales generalmente no cuentan con la protección necesaria frente a los diversos riesgos sociales, como pueden ser los accidentes laborales, el desempleo, la pobreza en la vejez, entre otros. Para algunas empresas, la informalidad puede significar operar con bajos niveles de productividad, con limitadas capacidades de expansión, mientras que para otras, que operan dentro de la formalidad, puede significar enfrentar una competencia injusta. A nivel más agregado, la informalidad laboral afecta a la equidad, la eficiencia, la capacidad del Estado para recaudar recursos, el alcance de la seguridad social, la productividad y el crecimiento (OIT, 2001; OIT, 2002; OIT, 2013c; Jüting y de Laiglesia, 2009; Packard et al., 2012). Todos estos motivos hacen necesario el abordaje integral del fenómeno, con el fin de diseñar políticas públicas eficaces (...)*⁷

Esta temática está incluida en el marco de los derechos fundamentales dentro del mundo del trabajo, excluyendo la visión solamente desde el ángulo fiscal. El artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional (CN) ha incorporado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, entre otros, que estipulan la prohibición de todo tipo de discriminación por cualquier motivo, entendiéndose que el Estado debe garantizar, con sus normas internas, el cumplimiento efectivo de las normas internacionales por cuanto integran el bloque constitucional federal.

De esa línea argumental se infiere que el trabajador que no cuenta con registración laboral está incurso en una suerte de discriminación en el empleo, directamente relacionada con la desprotección que padece frente a otros trabajadores que están debidamente registrados y gozan de la protección que les brinda la legislación laboral y de la seguridad social.

5 LIVELLARA, Carlos Alberto, "El trabajo informal afecta derechos fundamentales del trabajador reconocidos por la Constitución Nacional" en, "Revista de Derecho Laboral, Trabajo No registrado", ACKERMAN, Mario E. – Director-, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014-2, p. 62.

6 OCDE, Combating the illegal employment of foreint workers, Paris, 2000, citado en AROCCO, Guido y TROYA, Magalí, "Trabajo no registrado: un abordaje desde la negociación colectiva" en DERECHO DEL TRABAJO, Año I, Número 2, Trabajo no registrado I Delitos en la contratación laboral, FERA, Mario S. – RECALDE, Hector P. Directores, Infojus, Septiembre de 2012.

7 BERTRANOU, Fabio y CASANOVA, Luis, "Informalidad laboral en Argentina segmentos críticos y políticas para la formalización" FORLAC (Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y El Caribe) OIT, 2º Edición, 2014, Edición disponible en formato PDF en http://ilo.org/buenosaires/publicaciones/WCMS_248462/lang-es/index.htm.

Si la discriminación es un acto de violencia laboral, pues entonces la clandestinidad también lo es: una violencia sistemática y deliberada hacia el trabajador despojado de los beneficios de la registración.

Además, la ausencia de registración laboral vulnera las fases ético-jurídicas fundamentales del derecho del trabajo como son, entre otras, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, a la protección frente a las contingencias sociales, que se traducen en definitiva en el derecho a la dignidad y a la igualdad frente a la ley.

En el intento de alcanzar el objetivo perseguido de lograr una mayor regularización en el empleo, en Argentina encontramos la Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013 (LNE), la Ley 25.323, la Ley 25.345, la Ley 25.877, la ley 25.212, destacando estas normas como las de mayor implicancia en la temática analizada.

III. El régimen sancionatorio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en materia de clandestinidad laboral

Los aportes doctrinales y jurisprudenciales abundan en referencia a la ley 24.013 y sus complementarias: la ley 25.323, y los arts. arts. 80 y 132 bis, LCT.

Este complejo normativo tiene su mirada puesta en el trabajador que será acreedor de las indemnizaciones allí previstas si el caso judicial subsume en la norma aludida.

El empleador incumplidor se hace merecedor de un juicio laboral y cree que allí comienzan y acaban sus obligaciones: asumiendo un juicio laboral que hará frente con la estrategia defensiva que defina en cada caso.

Pero nuestro aporte a la temática será detallar de qué modo la Administración del Trabajo inspecciona y castiga el trabajo no registrado o deficientemente registrado para así evidenciar que el fenómeno de la falta o defectuosa registración no empieza y termina en un juicio laboral iniciado por el trabajador en los términos de la ley 24.013 o 25.323, en su defecto.

De acuerdo al art. 28 de la ley 25.877 se creó en el ámbito nacional el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS), conformado por la autoridad de aplicación nacional en materia del trabajo y de la seguridad social, y las provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que actúan bajo los principios de corresponsabilidad, coparticipación, cooperación y coordinación, para garantizar su funcionamiento eficaz y homogéneo en todo el territorio nacional.

Son funciones del Sistema Integrado:

- Velar para que los distintos servicios del sistema cumplan con las normas que los regulan y, en especial, con las exigencias de los convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Coordinar la actuación de todos los servicios, formulando recomendaciones y elaborando planes de mejoramiento.
- Ejercer las demás funciones que a la autoridad central asignan los convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, sus recomendaciones complementarias y aquellas otras que contribuyan al mejor desempeño de los servicios.
- Actuar, mediante acciones de inspección complementarias, en aquellas jurisdicciones

donde se registre un elevado índice de incumplimiento a la normativa laboral y de la seguridad social, informando y notificando previamente al servicio local.

- Recabar y promover, especialmente con miras a la detección del trabajo no registrado, la participación coordinada y la colaboración de las entidades representativas de los trabajadores y los empleadores.

IV. Régimen de sanciones laborales

La materia está regulada por la ley 18.693, que determina el mecanismo de comprobación y juzgamiento de las infracciones laborales, y la ley 18.695, que determina el procedimiento para la aplicación de sanciones. Ello ha sido complementado de manera muy especial por los arts. 28 a 38 de la ley 25.877, y también por la ley 25.212, que ratificó el Pacto Federal y, dentro de ella, el Anexo II vinculado con el régimen de sanciones.

En ese sentido el art. 1º del mentado anexo define el ámbito de aplicación, señalando que se aplicarán a las acciones u omisiones violatorias de las leyes y reglamentos del trabajo, salud, higiene y seguridad en el trabajo, así como de las cláusulas normativas de los convenios colectivos.

De acuerdo con el art. 29 de la ley 25.877, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación ejercerá las funciones de autoridad central de la inspección del trabajo en todo el territorio nacional.

Conforme al art. 32 de la ley 25.877, los inspectores del Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social están facultados para: entrar en los lugares sujetos a inspección, sin necesidad de notificación previa, ni de orden judicial de allanamiento; requerir la información y realizar las diligencias probatorias que consideren necesarias, incluida la identificación de las personas que se encuentran en el centro de trabajo inspeccionado; solicitar los documentos y datos que estimen necesario para el ejercicio de sus funciones, intimar el cumplimiento de las normas y hacer comparecer a los responsables de su cumplimiento; clausurar centros de trabajo en los supuestos legalmente previstos y ordenar la suspensión inmediata de tareas que, a juicio de la autoridad de aplicación, impliquen un riesgo grave e inminente para la salud y la seguridad de los trabajadores. Por el art. 33 se determina que, si se comprueba evasión tributaria o a la seguridad social, se debe dar intervención formal a la Administración Federal de Ingresos Públicos y demás organismos de control fiscal.

Respecto de las sanciones a aplicar, éstas están establecidas en los arts. 2º a 5º del Anexo II del Pacto Federal. Allí se determina que existen infracciones leves, graves y muy graves. Son infracciones muy graves la falta de inscripción del trabajador en los libros de registro de los trabajadores, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de la seguridad social –incluidas las obras sociales–, en la oportunidad que corresponda, en cuyo caso se considerará incluida en las infracciones previstas en el art. 3º, inc. a (infracción grave);

De conformidad con lo determinado por la ley 26.941 se establece una graduación para las infracciones. Para las infracciones muy graves, la sanción de multa será del cincuenta al dos mil por ciento del Salario Mínimo Vital y Móvil por cada trabajador afectado por la infracción.

Si hay reincidencia respecto de infracciones catalogadas como muy graves, las sanciones pueden ser: por un lado, clausura del establecimiento hasta un máximo de diez días, con derecho para los trabajadores al cobro de las remuneraciones. Por otro lado, inhabilitación del empleador por un año para acceder a licitaciones públicas y suspensión de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V. Criterios para la graduación de las sanciones laborales en Córdoba

En Córdoba, rige nuestra ley especial en materia de inspección: la ley 8015. A fin de actuar coordinadamente, se utiliza la misma graduación de infracciones en leves, graves y muy graves, pero las sanciones aplicables están previstas en la Resolución 68/2012.

Para la infracción leve, la multa es el equivalente a un (1) salario inicial escala aplicable a la actividad, agravado en un 10% por cada dos trabajadores que integren el plantel al momento de verificarse la infracción (art. 3). En el caso de la infracción grave, la multa será equivalente a un (1) salario Inicial de la escala remunerativa aplicable a la actividad, agravado en un 10% por cada trabajador que integre el plantel de la empresa al momento de verificarse la infracción (art. 4) y para la infracción muy grave le corresponderá la multa equivalente a dos (2) salarios iniciales de la escala de remuneraciones de la actividad, agravado en un 20% por cada trabajador que integre el plantel al momento de verificarse la infracción.

VI. Régimen sancionatorio de la seguridad social

Para comprender la temática debemos esclarecer las funciones de cada uno de los organismos que intervienen en el proceso de inspección, fiscalización, recaudación, ejecución y administración de los recursos de la Seguridad Social.

En primer lugar, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) posee las facultades de aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución fiscal de los recursos de la seguridad social, a través de la Contribución Única de la Seguridad Social –CUSS– (Decreto 507/93, ratif. ley 24.447, art. 22).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS) tiene facultades concurrentes con AFIP para para verificar y fiscalizar en todo el territorio nacional el cumplimiento por parte de los empleadores de la obligación de ingresar los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial, que integran el Sistema Único de la Seguridad Social –SUSS– (ley 25.877, art. 36).

Por último, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) mantiene la administración de los recursos de la Seguridad Social (SS).

A nivel local mediante la ley provincial 8015, determina que les corresponde *a los funcionarios y/o inspectores del Ministerio de Trabajo, verificar el cumplimiento de las Leyes, Decretos, Convenciones Colectivas, Reglamentos, Resoluciones y toda otra disposición vigente en materia laboral*, brindando un amplio marco de actuación con múltiples herramientas para llevar a cabo su labor.

La ley 23.551 faculta a los representantes sindicales de los trabajadores a *verificar, la aplicación de las normas legales o convencionales, pudiendo participar en las inspecciones que*

disponga la autoridad administrativa del trabajo, pudiendo incluso solicitarla y peticionar en representación de los trabajadores de la categoría profesional a la cual representan.

VII. Infracciones tipificadas en las leyes 17.250 (Cajas Nacionales de Previsión Social), 22.161 (Caja de Subsidios y Asignaciones Familiares) y 11.683 (art. 40, inc. g), reglamentadas a través de la R.G. AFIP 1566/03 (TO RG 4465/2019)

Es objetivo prioritario del Estado nacional en general y de la administración tributaria en particular, en materia de recursos de la seguridad social, la lucha contra el empleo no registrado, para lo cual se disponen mecanismos que incentiven la regularización espontánea de empleadores, trabajadores y autónomos.

Por lo tanto, el mecanismo habitual de la norma es el siguiente: se define la sanción y su multa básica y luego se expresan las reducciones de dicha multa ante la regularización y/o ingreso espontáneo. También se definen agravantes en caso de reincidencia, actitud obstructiva o cuando la infracción cometida involucre a un número mayor de trabajadores.

Estas sanciones están dirigidas a los contribuyentes y/o responsables del ingreso total y oportuno de aportes y contribuciones con destino al SUSS.

Seguidamente mencionaremos algunas infracciones y su mecanismo de aplicación de multa básica, sus reducciones y agravantes:

a) la omisión de darse de alta como empleador (Cap. E, art. 4, Res. 1566/03): infracción básica: TRES (3) veces el monto de los aportes y contribuciones correspondientes a las últimas remuneraciones del personal. Si el contribuyente y/o responsable se inscribe antes del inicio de una inspección la multa se reducirá a un quinto de su valor. Si se inscribe dentro del plazo consignado en la intimación que le efectúe la AFIP, la multa se reducirá a un tercio de su valor.

b) Ocupación de trabajadores en relación de dependencia sin la debida registración y declaración (Cap. K Art. 19 y ss. , Res. 1566/03):

- Falta de confección de altas y bajas: multa equivalente a CINCO (5) veces el monto de la base imponible mínima prevista en el Artículo 9º de la Ley Nº 24.241, por cada trabajador.

- Falta de registración o ausencia de los registros requeridos por el Artículo 52 de la ley Nº 20.744 y sus modificaciones, respecto de cada trabajador detectado en infracción: multa equivalente a DOS (2) veces el monto de la base imponible mínima prevista en el artículo 9º de la ley Nº 24.241.

- Declaración formalmente errónea de los datos identificatorios respecto de cada trabajador detectado en infracción en la declaración jurada determinativa presentada, no subsanada dentro del plazo fijado, al efecto, por esta Administración Federal: multa equivalente a DOS (2) veces el monto de la base imponible mínima prevista en el artículo 9º de la ley Nº 24.241 y sus modificaciones.

c) la falta de denuncia de los trabajadores en la declaración jurada determinativa de aportes y contribuciones; y b) incumplimiento a la retención de aportes sobre el total que corresponda (Cap. C, arts. 5º, 6º y 7º, Res. 1566/03): multa equivalente a una vez el monto de los aportes y contribuciones que haya correspondido liquidar respecto de los trabajadores involucrados

d) mora en el pago de aportes y contribuciones (cap. D, arts. 8º y 9º, Res. 1566/03): si la mora es de más de NOVENTA (90) días posteriores al plazo de vencimiento general: la multa es del TREINTA POR CIENTO (30%) del total omitido.

e) Negativa infundada a suministrar información (Cap. E: Art. 10, Res. 1566/03), la sanción será del CINCO POR CIENTO (5%) del monto correspondiente al total de las últimas remuneraciones imponibles sujetas a aportes, excluido el sueldo anual complementario y las gratificaciones extraordinarias, abonadas por el empleador en el mes inmediato anterior a aquel en el cual se formuló el respectivo requerimiento.

VIII. Reflexiones finales

Es importante analizar, armonizar, dar a conocer y concientizar sobre el panorama de sanciones e indemnizaciones al que está expuesto el empleador que ha decidido deliberadamente incumplir la normativa laboral y de la seguridad social en materia de registración de sus trabajadores e ingreso de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social. Un día cualquiera de estos, aquel empleador renuente podría levantarse a la mañana y desayunarse con un telegrama de intimación de la ley 24.013 y pensar, pues bien, otro más de los tantos a los que está acostumbrado. De ese papel, da noticia a su abogado y le que lo conteste como a los otros. Cuando llegue el juicio se verá cómo se arregla. Ya cerca del mediodía, tocan la puerta del establecimiento y es el Ministerio de Trabajo de la Provincia que inspecciona con el sindicato y releva trabajadores sin registración, labrando el acta respectiva advirtiéndole que la sanción es muy grave. Y para terminar la tarde, como si eso fuera poco, se hacen presentes los inspectores de AFIP. Y el empleador ofuscado decide no atenderlos, dando motivo a un acta de infracción por obstrucción de la labor inspectiva.

A esta altura del relato es imposible no considerar la "carga" que el empresario siente, no sólo a nivel tributario sino a nivel personal, en el manejo de su emprendimiento.

Son múltiples los factores que determinan la conducta de un empleador que no registra, entre ellos lo elevado de los montos a abonar (aunque un gran porcentaje es en calidad de agente de retención pero se percibe como algo que tiene que pagar), las condiciones de dumping (mientras más extendida en su rubro se encuentre la práctica mayor dificultad competitiva en la determinación de sus costos operativos, de producción y de venta por ejemplo) y la sensación de que o bien se puede especular con la demora en el pago de multas e indemnizaciones (de ese modo le "gana" con la inflación a lo que tiene que pagar o en el "arreglo" al que arribe el pago será menor al calculado) o bien puede permanecer un tiempo prolongado sin recibir intimaciones o inspecciones.

Los enumerados son sólo algunos de los factores determinantes del fenómeno relatado, sin embargo en este breve análisis nos resulta determinante que sin pensar en un rol activo del Estado y los sindicatos fiscalizando, capacitando y concientizando no sólo a empresarios sino a los propios trabajadores es imposible pensar una solución integral que no sólo contemple al trabajador precarizado sino también a la empresa proveedora de la fuente de trabajo. No decimos nada nuevo ya que está contemplado en los estatutos de las propias asociaciones sindicales y en la razón de ser del propio Estado, pero en la cotidianidad no se ve reflejado.

Otro actor al cual el complejo entramado de normativa laboral y social le atribuyen un rol preponderante en materia de prevención, fiscalización y control es a las propias ART, que deben mantener una conducta preventiva desde el minuto uno de la contratación, con verificación del establecimiento, plan de mejoras si fuera necesario, exámenes ocupacionales y periódicos por nombrar sólo algunas de las funciones preventivas que la

ley les atribuye y las cuales son aportes muy valiosos a la prevención de la precarización. Se puede concluir y así lo aportan numerosos doctrinarios, que el costo que implica la prevención es muy superior al que conlleva la reparación, nos preguntamos si esa no es una práctica desleal en sí misma.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL FUERO LABORAL

Carina Noemí Guevara¹

Sumario: I.-Introducción. II.-Acceso a Justicia y tutela judicial efectiva. III.-Reglas de Brasilia. Alcances y aplicación. IV.-Breve referencia a la emergencia sanitaria.V.- Respuesta jurisdiccional. V.1. Medidas autosatisfactivas. V.2 Breve referencia a los trabajadores de la construcción. V.3 Recientes pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. VI. Conclusión

Palabras clave: Tutela judicial efectiva - Emergencia - Pandemia - Covid - Prohibición de despedir - Despido - Medidas autosatisfactivas - Reinstalación

I.- Introducción

Adelantamos que el fin principal del presente trabajo es examinar la vinculación del concepto de acceso a justicia, tutela judicial efectiva y la influencia de las Reglas de Brasilia, en la tramitación de las medidas autosatisfactivas, especialmente ante el auge que ellas tuvieron como recurso procesal necesario en tiempo de la pandemia del Covid 19.

Es por ello que pretendemos examinar algunas resoluciones en las cuales se resolvieron las medidas mencionadas a los fines de verificar si la aplicación de ellas brindó tutela judicial efectiva al trabajador, garantizó la protección integral de los trabajadores contenidos en normas constitucionales e internacionales, sustantivas y procesales, procuró respuestas eficaces y ágiles, en concordancia con los principios del derecho del trabajo, del derecho procesal del trabajo, aplicó los principios de gratuidad, igualdad de trato y no discriminación y enfatizó los principios pro homine y de progresividad de los derechos de los trabajadores dado que ellos son sujetos de preferente tutela constitucional.

Creemos que es responsabilidad de quienes intervienen en el proceso laboral tratar de generar los mecanismos procesales y, más aún, en contextos de emergencia como el descripto, que permitan alcanzar dichos objetivos armonizando la legislación y los principios referidos.

¹ Carina Noemí Guevara es 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); Prosecretaria Letrada de la Asesoría Letrada del Trabajo, docente por concurso Universidad Siglo XXI en Derecho del Trabajo y la Seg. Social. Conferencista y publicista.

II. Acceso a justicia y tutela judicial efectiva

Como se hiciera referencia, creemos que el acceso a justicia se vincula estrechamente con la tutela judicial efectiva, como derecho humano fundamental de raigambre constitucional que otorga al justiciable la facultad de peticionar por los derechos que considera vulnerados.

Éste está contemplado en el art. 8 de la CN, colocándose en el rango de derecho humano internacional, incorporado la reforma constitucional del año 1994, (art. 75, inc 22 de la CN)².

Ello conlleva a respetar por parte del Estado la ratificación de los convenios internacionales evitando que los derechos fundamentales se traduzcan enunciados sin eficacia ni respuesta jurisdiccional.

En 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 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..."*³.

Asimismo el Alto Tribunal dispuso 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..."*⁴.

Creemos que la tutela judicial efectiva comprende el acceso a la justicia eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, la obtención de una resolución ajustada a derecho motivada y fundada, en tiempo razonable y la posibilidad de ejecutar la misma en caso de incumplimiento.

Analizaremos si se efectivizó el acceso a justicia y si se brindaron repuestas jurisdiccionales ajustadas a derecho en el contexto descripto

III. Reglas de Brasilia. Alcances y aplicación

Como ha sido señalado por la Dra. Claudia Zalazar⁵, el concepto de acceso a justicia, parte de un nuevo paradigma que lo concibe como un derecho cuyo ejercicio puede ser exigido por todos los individuos y a la vez, como una garantía indispensable para el goce efectivo de los restantes derechos de los que son titulares.

² Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- aprobado por ley 23.054 (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 Civiles y Políticos aprobado por el art. 14 ley 23.313 (BO 13-95-86).

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"; ob.cit.

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, ob.cit.

⁵ Claudia Zalazar, "Las reglas de Brasilia y el acceso a Justicia de las personas con discapacidad",s/d.

Las Reglas de Brasilia están compuestas por cien normas cuya finalidad es la de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad. Establecen al efecto un conjunto de políticas y medidas que les permitan y aseguren el pleno reconocimiento y disfrute de los Derechos Humanos postulados en todos los sistemas judiciales, es decir, son estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Establecen principios de actuación o ideas básicas que deben inspirar la materia, aportando elementos de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia y recomendaciones para los responsables de las políticas públicas judiciales y de los servidores y operadores del sistema judicial.

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Son considerados factores de vulnerabilidad la edad, discapacidad, pertenencia a otras diversidades étnicas- culturales, victimización, migración, condición de refugio, desplazamiento interno, pobreza, género, orientación sexual e identidad de género, privación de libertad, etc.

En la regla cuatro de las Reglas mencionadas, se dispone que la determinación concreta de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas o incluso de su nivel de desarrollo social y económico, personas sin identidad, personas sin casa, etc

Se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Para ello se sugiere la capacitación de los operadores jurídicos, integrantes de la defensa pública, dar prioridad de atención, resaltar la importancia de la labor de oficio, aplicar los protocolos de actuación, facilitar la comunicación y el anticipo de jurisdicción y oralidad.

El Tribunal Superior de Justicia cordobés, en pleno⁶ al analizar la perspectiva de la vulnerabilidad y al tomar cualquier salida jurisdiccional vinculada con personas en situación de vulnerabilidad; esto es, precisa que en dicha situación están las *“personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de*

6 Clase cit. Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n° 4 del 30/11/2017 in re “K., M. D. c/ APROSS” y Auto n.º 85 del 29/10/2018 in re “M. J. M. c/APROSS”

justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sección segunda, 1.3).

IV. Breve referencia a la emergencia sanitaria

Como se hizo referencia oportunamente, la emergencia "significa reconocer un estado de situación fuera de lo común, anormal o extraordinario". Al respecto de la CSJN ha afirmado que " *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...*"⁷

En el año 2020, además de la emergencia económica, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró la pandemia originada en el COVID-19.

En dicho contexto, "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 el virus y las previsibles consecuencias que ello generaría en el empleo⁸ y en las condiciones laborales".

Se adoptaron medidas tendientes 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."⁹

Mediante 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, prorrogándose 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 (BO 20-03-2020) por el que se dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (ASPO). En razón del mismo 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.¹⁰

7 SCJN "Peralta, Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA" de fecha 27-12-90,ob.cit.

8 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.

9 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.

10 Este DNU fue sucesivamente prorrogado mediante los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20 y, con

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.¹¹

Con posterioridad el DNU 266/21 (B.O., 22-04-21) y 413/21 (B.O., 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 vigencia de la misma determinó, 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.

V. Respuesta jurisdiccional

Las vías procesales adoptadas por los trabajadores afectados 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 el mismo 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.¹²

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.

11 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.

12 El Juzgado de Primera instancia CyC y Conciliación de 1° Nominación. Oficina Única de Conciliación de Bell Ville, en los autos “L., L. E. c/ G. e H. S.A. - Medida autosatisfactiva”, sentencia de fecha 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

V.1. Medidas autosatisfactivas¹³

Coincidimos con Claudia Zalazar cuando afirma que “las medidas autosatisfactivas se erigen en instrumentos que permiten a los jueces dar una solución rápida a situaciones conflictivas que requieren urgentemente una decisión jurisdiccional, procurando hacer realidad los principios constitucionales de efectivo acceso a justicia y de afianzamiento de la paz social”¹⁴.

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 autosatisfactiva dado que ésta sólo podía funcionar cuando se tratara de “...derechos evidentes”, “ostensibles”, “patentes”, porque el proceso concluye con el dictado de la resolución.

Es decir, que este mecanismo procesal 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.

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”, de fecha 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–.

13 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 provisionarias 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/> ob. cit.

14 Claudia Zalazar, “Medidas Cautelares”, 2da Edición ampliada y actualizada, Ediciones Alveroni, Córdoba, 2021, pág 358 y sgtes

Para algunos Tribunales, la reinstalación requerida, con fundamento en la legislación de emergencia sanitaria, requiere de un análisis jurisdiccional específico después de haber oído al demandado.¹⁵

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.¹⁶

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.¹⁷ Porque si la medida se agota con el simple despacho favorable de la jurisdicción, se dificulta aplicar los principios del debido proceso.¹⁸

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.¹⁹

Enfatizamos lo decidido²⁰, por cuanto se ordenó reinstalar a la trabajadora despedida en estado de gravidez aplicando la perspectiva de género que contemplan las normativas internacionales y nacionales por su conducción de madre trabajadora, sostén de hogar y en estado de gravidez.

15 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" de fecha 27-02-2021 (voto de la mayoría); Expte. 9361895, caratulado: "Ruartes, Lucas Ezequiel C/ Chexa S.A. - Medida autosatisfactiva", de fecha 29-07-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 5° Nominación confirmado por la Sala 10° 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, de fecha 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, de fecha 20-08-2020; Expte. 9325234, carátula: "Sequeira, Alberto C/ Balestrini Roberto, Balestrini Carlos Y Balestrini Pablo SH - Medida autosatisfactiva" de fecha 13-07-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 7° Nominación; Expte. 9322669, carátula: "Andrade, Hernán Ezequiel C/ Consultores de Empresas - División Industrial S.R.L. - Medida autosatisfactiva", de fecha 04-08-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 8° Nominación; Expte. N° 9290387, carátula: "Moya, Víctor Manuel C/ ZF Argentina S.A. Y Otro - Ordinario - Despido", de fecha 09-10-2020, Juzgado de Conciliación y Trabajo de San Francisco.

16 CSJN Fallos 322:4520; 327: 4495; 330: 5251; 331: 2287; 327-4495, entre muchos otros.

17 Falcón, Enrique M. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal-Culzoni, 2006, t° IV, p. 887.Ob.cit.

18 Rojas, Jorge A. "Sistema cautelares atípicos", Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 219.Ob.cit.

19 Expte. N° 9197978 caratulado: "Zampetti Allende, Rubén Darío c/ JBG Group S.A. - Medida autosatisfactiva" del 24° Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10° Nominación, de fecha 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, Candelá Amalia c/ Lapenta S.R.L. - Medida autosatisfactiva", del Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8° Nominación, de fecha 05-06-2020.Ob.cit.

20 Z -CHEXA EXP 9281522- Med. Autosatisfactiva, sent 43 del 26/6/20, Juez Facundo Quiroga Contreras.

V.2 Breve referencia a los trabajadores de la construcción

El DNU 266/2021 (B.O. 22/04/2021) 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).

Es por ello que se enfatizó 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 alcance el punto en debate (conf. C.S.J.N., Fallos: 323:1374; Fallos: 329:695, entre muchos).²¹

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 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 y que el decreto 266/2021 no hace más que confirmar que con anterioridad a la misma se encontraba incluido el personal de la industria de la construcción.

Se interpretó que lo dispuesto no contradecía ningún precepto constitucional²², y que 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.²³

Se enfatiza 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.²⁴

21 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" de fecha 27-02-2021 (voto de la mayoría).ob.cit.

22 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.

23 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" de fecha 27-02-2021; Expte.N° 9306528, carátula: "Toledo, Diego Martín 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 de fecha 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.

24 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 "Villarroel, 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).

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. Si se interpretara 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 legislador²⁵, dado que lo que se pretende es asegurar el salario y no la indemnización.²⁶ Todo conforme lo dispone el artículo 14 de la Constitución Nacional.²⁷

V.3 Recientes pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Referiremos el contenido de las recientes sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sin perjuicio del contenido de otras emitidas con posterioridad. Se trata de los autos: "Bocca Carlos Martín y otro – Ord. Otros – Rec de Casación -exp 9366425", del 18/3/22 y "Alcarás Mauricio Damián – Aut. Santa Fe SRL – Ordinario – Otros – Rec.de Casación- exp. 9381132" de fecha 11/5/22, resueltos en el mismo sentido.

En el primero de los nombrados se dispuso: "En este marco fáctico y jurídico aparece justificada la interposición de la medida autosatisfactiva ante el eventual retraso de la percepción total de los haberes. Por ello, es necesario proveer una solución a la petición que hoy está a decisión en esta instancia extraordinaria, otorgando una respuesta jurisdiccional que trascienda el debate técnico sobre el alcance de la medida solicitada. Sustento esta convicción en la directiva que emana del Bloque Convencional incorporado con la reforma constitucional del año 1994, especialmente el Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que prevén la necesidad de que los estados brinden una tutela judicial efectiva de los derechos de sus conciudadanos/as. En ese sentido la Corte Suprema de la Nación ha expuesto "...que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento". Así lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1)" (Fallos 337:530 "Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSES s/ acción de amparo" 6/5/2014). Por ello y en atención a que se trata de un trabajador, es decir de un sujeto de preferente tutela constitucional, que petitiona el pago de salarios, los que están garantizados constitucional y legalmente (arts. 14 bis CN; 103 LCT; 8 DNU N° 297/2020; Res. MTSS 279/2020) es que corresponde admitir el recurso y ordenar que la demandada efectivice las diferencias salariales

25 Expte. 9263226, carátula: "García, Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Medida autosatisfactiva", del 48 Juzgado de Conciliación y Trabajo de la 8° Nominación, de fecha 18-06-2020. Confirmado por la Sala 1° Cámara del Trabajo de Córdoba.

26 EXPTE. 9361637, carátula: "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto Y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de Apelación -" Sala 1° de Cámara del Trabajo de Córdoba, de fecha 20-08-2020 (voto del Dr. Giletta).

27 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 contratada en el año 2020.

que surjan de una pericia contable a realizarse en la etapa previa a la ejecución de sentencia en el juzgado de origen. Con ello se otorgará intervención a la accionada, asegurando su derecho de defensa”.

VI. Conclusión

El acceso a justicia y la tutela judicial efectiva se materializaron en los tiempos de emergencia través de la implementación de las medidas autosatisfactivas, en aras de contemplar el derecho vulnerado y el mantenimiento del contrato de trabajo por el lapso temporal establecido por el DNU 329/2020 y sus prórrogas.

Sin dudas las situaciones expuestas debieron ser resueltas con perspectiva de vulnerabilidad. Ello conlleva a que el juzgador aplique reglas de interpretación donde se ponderen los valores en juego simplificando los procesos, flexibilizando las formas, siempre respetando la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 de la CN) y otorgando respuesta jurisdiccional efectiva y eficiente al justiciable.

Es fundamental que los Estados adopten 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 en la que se encuentra.²⁸

En ese orden de ideas no cabe duda 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 la situación de emergencia descrito, la urgencia de los reclamos efectuados por los trabajadores determinó la necesidad que adoptar vías procesales expeditivas²⁹ que lleven a soluciones donde "el vulnerable" resulte realmente protegido³⁰

Ello se llevará a cabo aplicando normas internacionales, nacionales y provinciales que garanticen el acceso a justicia y la tutela judicial efectiva, modificando las tradicionales vías de reclamo y resolver las medidas mencionadas mediante 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 lo será 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.

28 CIDH sentencia "Ximenes Lopes v. Brasil" de fecha 04/07/06

29 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"

30 Por ejemplo los resuelto en "GRENETIER, DIEGO MATIAS C/ PREVENCIÓN ART SA - ORDINARIO - ACCIDENTE (LEY DE RIESGOS) - EXP 9303684 ", caso de prueba anticipada, sentencia 95 del 8/9/20, Juzgado de Conciliación y del 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



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827
www.ubp.edu.ar