

DT

REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
CONVENIOS COLECTIVOS • EMPLEO PÚBLICO
PROCEDIMIENTO LABORAL • JUBILACIONES
Y PENSIONES • RIESGOS DEL TRABAJO

DIRECTOR:
JUAN JOSÉ ETALA (H.)

SUBDIRECTOR:
JULIO CÉSAR SIMÓN

Año LXXXI | Número 3 | Mayo 2021

ISSN: 0325-3627

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0325-3627
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DT

REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
CONVENIOS COLECTIVOS • EMPLEO PÚBLICO
PROCEDIMIENTO LABORAL • JUBILACIONES
Y PENSIONES • RIESGOS DEL TRABAJO

DIRECTOR:

JUAN JOSÉ ETALA (H.)

SUBDIRECTOR:

JULIO CÉSAR SIMÓN

Año LXXXI | Número 3 | Mayo 2021

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzb
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

DOSSIER LIBERTAD SINDICAL

DOCTRINA

Análisis de algunos aspectos de la libertad sindical en la pandemia. Naturaleza, interpretación y reflexión sobre ciertas normas administrativas de emergencia: res. ST 238/20, ST 489/20, ST 1199/20, DNAS 01/2020 y ST 133/2021 <i>Luciano Podestá</i>	5
Desafíos con renovada vigencia para las organizaciones sindicales <i>Nicolás Oppel</i>	14

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

LIBERTAD SINDICAL

Sindicatos con personería gremial. Constitucionalidad de la facultad exclusiva de intervenir en las negociaciones colectivas. Sentencia que declara inconstitucional el art. 31, inc. a), de la ley 23.551. Norma que no rige el caso. Procedencia del recurso extraordinario. Disidencia.....	27
--	----

El sujeto de la negociación colectiva

<i>Jorge J. Sappia</i>	35
------------------------------	----

SINDICATOS DE SEGUNDO GRADO

Cuota sindical solidaria inconstitucional. Trabajadores municipales afiliados a un sindicato de primer grado. Ley provincial. Autonomía municipal.....	40
--	----

Contribuciones de solidaridad: ¿se pueden imponer a personas afiliadas a otra organización con personería gremial?

<i>Pablo A. Topet</i>	44
-----------------------------	----

ASOCIACIONES DE TRABAJADORES SIMPLEMENTE INSCRIPTAS

Distinción irrazonable en la retención de cuotas sindicales que excluye a las asociaciones simplemente inscriptas. Inconstitucionalidad del el art. 38 de la ley 23.551.....	52
--	----

La invariable direccionalidad deconstructiva sobre el modelo sindical y la obligada revisión sistémica de las relaciones colectivas de trabajo en clave de libertad sindical

<i>Juan Pablo Mugnolo</i>	56
---------------------------------	----

DERECHO DE HUELGA

Titularidad del derecho. Sindicato. Asociaciones de trabajadores con personería y simplemente inscriptas. Interpretación del art. 14 bis de la CN	64
---	----

El caso “Orellano” y la teoría realista del derecho

<i>Oscar A. Bruno</i>	71
-----------------------------	----

DOCTRINA

La reversibilidad en la reglamentación de la ley de teletrabajo: atemperando el impacto de un derecho crítico <i>Carlos M. de Falco</i>	81
Los desafíos del derecho del trabajo frente a los procesos colectivos: notas sobre interés, clase y representación <i>Claudio Aquino - Gonzalo Barciela</i>	89
OIT, Convenio 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y cuestiones de género <i>Gloria M. Pasten de Ishihara</i>	99
La solidaridad en los supuestos de subcontratación y delegación, la incidencia del Código Civil y Comercial <i>Luis Francisco Márquez Chada</i>	111

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables	135
La Corte Suprema equiparó al hombre y a la mujer en las presunciones del despido por causa de matrimonio <i>Julián A. de Diego</i>	137
ACOSO SEXUAL LABORAL Comprobación. Dificultad probatoria. Denuncia mediante telegramas laborales. Omisión de dar detalles. Envío de fotos íntimas. Conducta de la trabajadora acosada. Desigualdad de género. Contrato de trabajo a temporada. Configuración. Despido indirecto. Conclusión anticipada de la temporada. Procedencia. Indemnización agravada prevista por el art. 2º de la ley 25.323. Indemnización agravada por falta de entrega del certificado de trabajo. Disidencia	141
El acoso sexual en el contrato de trabajo: dos miradas jurisdiccionales sobre cómo acreditar los hechos denunciados <i>Marcelo J. Salomón</i>	143

JURISPRUDENCIA ANOTADA

DERECHO A CONSTITUIRSE EN UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL Servicio penitenciario. Provincia de Entre Ríos. Doctrina de la Corte Suprema referida al personal policial. Aplicabilidad. Disidencia	151
Es cuestión de tiempo para que las fuerzas de seguridad se sindicalicen: un destacado voto en minoría en un decisorio de la CS <i>Alejandro Gabet</i>	152
DESPIDO POR FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO Requisitos de la comunicación rescisoria. Descripción clara de los motivos en los que se funda la ruptura del contrato de trabajo. Vicisitudes del mercado. Riesgo empresario. Improcedencia.....	154

Improcedencia de invocar en forma genérica la “falta o disminución del trabajo” para encuadrar el distracto en el art. 247, LCT	
<i>Emiliano A. Gabet</i>	154

DESPIDO INDIRECTO	
Procedencia. Falta de entrega de los recibos de sueldo. Condena al pago de la indemnización prevista en el art. 10 de la ley 24.013. Improcedencia de la multa del art. 80 de la LCT. Disidencia. Acción civil. Prueba de la situación de violencia que sufrió la trabajadora. Inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Responsabilidad solidaria del empleador y del autor material del acto de violencia. Responsabilidad civil de la ART.....	156

Desnaturalización de la interpretación y aplicación de la normativa laboral bajo el velo de un indebido proteccionismo: apostilla sobre el art. 80, LCT, y su reglamentación	
<i>Alejandro Gabet</i>	157

FACULTADES DEL EMPLEADOR	
Ejercicio abusivo del ius variandi invocado por la trabajadora para fundar el despido indirecto. Política de rotación de personal entre sucursales. Rechazo de la pretensión.	159

Acreditación de la razón funcional para alterar el lugar de trabajo: un caso sobre el legítimo ejercicio del ius variandi	
<i>Emiliano A. Gabet</i>	159

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CONTRATO DE TRABAJO	
Deberes del trabajador. Despido injustificado. Falta de prueba de la conducta endilgada por la empleadora.....	163

CONTRATO DE TRABAJO	
Servicios de portero y de vigilador en un local. Relación de trabajo	166

PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN PANDEMIA	
Repartidor a domicilio. Orden a la demandada de desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil del actor mediante su identidad digital. DNU 329/2020. Verosimilitud del derecho.....	169

DESPIDO POR FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO	
Aplicación restrictiva de la figura. Exclusión de situaciones de riesgo empresario	171

DESPIDO	
Presentación de una liquidación final. Fecha a partir de la cual operó el distracto. Prueba del horario nocturno	172

DIFERENCIAS SALARIALES	
Diferencia en el pago de ciertos adicionales a empleados de distintos establecimientos de un mismo empleador	175

NOVEDADES LEGISLATIVAS

RESOLUCIÓN 142 (M.T.E. y S.S.)	
Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo – Traslado de la modalidad presencial a la de trabajo a distancia, voluntario y prestado por escrito – Norma complementaria de la ley 27.555	181

RESOLUCIÓN CONJUNTA 4 (M.S.) (M.T.E. y S.S.)

Coronavirus (COVID-19) – Convocatoria de trabajadores vacunados, exceptuados del deber de asistencia al lugar de trabajo, para su retorno a la actividad laboral presencial – Norma complementaria de la res. 207 (M.T.E. y S.S.).....	182
--	-----

RESOLUCIÓN 133 (S.T.)

Coronavirus (COVID-19) – Suspensión de procesos electorales, asambleas, y congresos en entidades sindicales – Prórroga del plazo establecido por el art. 1º de la res. 1199 (S.T.).....	184
---	-----

DOSSIER

El pensamiento de “Héctor C. Guisado”: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social y procesal <i>Emiliano A. Gabet</i>	189
---	-----

SEGURIDAD SOCIAL

DOCTRINA

Los trabajadores como consumidores hipervulnerables en el sistema de riesgos del trabajo <i>Micaela García Douma</i>	203
El extraño caso de las comisiones médicas (ley 27.348) <i>María Laura Elmela</i>	216

JURISPRUDENCIA ANOTADA

MOVILIDAD JUBILATORIA

Determinación de una nueva fórmula. Fijación de aumentos mediante decreto del Poder Ejecutivo. Suficiencia de las prestaciones. Inconstitucionalidad de los decs. 163/2020 y 495/2020. Índice de actualización. Impuesto a las ganancias sobre el reajuste previsional. Disidencia.....	237
La compleja realidad de la movilidad jubilatoria <i>Amanda L. Pawlowski de Pose</i>	238

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Jugador de fútbol. Rotura de ligamentos cruzados y menisco. Responsabilidad de la ART.....	241
¿Un simple error administrativo o desconocimiento de la legislación?: sobre los intereses en los reclamos de la LRT <i>Alejandro Gabet</i>	241

COMISIONES MÉDICAS

Determinación de la incapacidad laboral. Validez del procedimiento	243
La importancia de la expresión de agravios frente a las directivas de la ley 27.348 <i>Amanda L. Pawlowski de Pose</i>	243

PRESCRIPCIÓN

Accidente de trabajo. Cómputo del plazo a partir de que el trabajador tenga certeza del daño. INTERESES. Aplicación retroactiva de los intereses dispuestos en el Acta 2601/14	246
--	-----

Cómputo del plazo de la prescripción en un reclamo fundado en la LRT	
<i>Emiliano A. Gabet</i>	246
SUSPENSIÓN DE PAGODEL HABER PREVISIONAL	
Acto de la ANSeS sin notificación ni fundamento. Vía de hecho. Procedencia de la medida cautelar.	
Procedencia de la vía del amparo para cuestionar el acto.....	248
El amparo y la medida cautelar: figuras tendientes a lograr una mayor eficacia jurisdiccional	
<i>Amanda L. Pawlowski de Pose</i>	249

JURISPRUDENCIA NACIONAL

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO	
Accidente <i>in itinere</i> . Responsabilidad de la ART. Aplicación del art. 18 de la LRT.....	253
COMPETENCIA	
Procedimiento antes las Comisiones Médicas. Inaplicabilidad de la ley 27.348 a accidentes ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia. Cumplimiento con la instancia administrativa ante el Seclo	257
RIPTE	
Aplicación. Interpretación del art. 8º de la ley 26.773. Accidente <i>in itinere</i> . Constitucionalidad del art. 3º de la ley 26773	258
ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO	
Accidente <i>in itinere</i> . Relación de causalidad. Incapacidad restante. Daño psíquico. Rechazo de indemnización adicional.....	263

JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

COMISIONES MÉDICAS	
Provincia de Buenos Aires. Adhesión a ley nacional. Vigencia.....	271
ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO	
Comisiones médicas. Interpretación y aplicación de la ley	272

NOVEDADES LEGISLATIVAS

RESOLUCIÓN 12 (S.R.T.)	
Riesgos del trabajo – Régimen legal de las prestaciones dinerarias – Actualización del importe surgido de la aplicación de la equivalencia del valor Módulo Previsional (MOPRE) – Norma complementaria de los dec. 1694 y 899 y de la res. 433 (A.N.Se.S.).....	277
RESOLUCIÓN 19 (S.R.T.)	
Riesgos del trabajo – Procedimiento ante la Comisión Médica Central para determinados trámites – Derogación de la res. 90 (S.R.T.).....	278
RESOLUCIÓN 20 (S.R.T.)	
Riesgos del trabajo – Acuerdos por Incapacidad Laboral Permanente Parcial Definitiva y Prestaciones Dinerarias – Norma complementaria de la ley 27.348 – Modificación de la res. 298 (S.R.T.) – Derogación de las res. 19 y 33 (S.R.T.)	280

CONVENIOS COLECTIVOS

PERSONERÍA GREMIAL

RESOLUCIÓN 15 (M.T.E. y S.S.) Asociaciones Sindicales – Inscripción del “Sindicato de Trabajadores Municipales de Villa Gesell” en el Registro de Asociaciones Sindicales de Trabajadores	293
RESOLUCIÓN 86 (M.T.E. y S.S.) Asociaciones Sindicales – Inscripción de la “Asociación del Personal de la Universidad Abierta Interamericana” (APUI) en el Registro de Asociaciones Sindicales de Trabajadores.....	293
RESOLUCIÓN 80 (M.T.E. y S.S.) Asociaciones Sindicales – Ampliación de la Personería Gremial de la Asociación del Personal de los Hipódromos, Agencias, Apuestas y Afines de la República Argentina	293
RESOLUCIÓN 87 (M.T.E. y S.S.) Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación de la Unión de Conductores de la República Argentina	293
RESOLUCIÓN 84 (M.T.E. y S.S.) Asociaciones Sindicales – Ampliación el ámbito de actuación de la Asociación de Empleados de Farmacia.....	293

ESCALAS Y ACUERDOS SALARIALES

RESOLUCIÓN 6 (S.T.) Construcción – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción (FAEC), en el marco del CCT 545 – Homologación	297
RESOLUCIÓN 8 (S.T.) Construcción – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción (FAEC), en el marco del CCT 545 – Homologación	297
RESOLUCIÓN 12 (S.T.) Textil – Acuerdo celebrado entre la Asociación Obrera Textil de la República Argentina y la Federación Argentina de Industrias Textiles (FITA), en el marco del CCT 500 – Homologación	297
RESOLUCIÓN 13 (S.T.) Farmacia – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación de Empleados de Farmacia, la Asociación Propietarios de Farmacias Argentinas, la Cámara Argentina de Farmacias, la Cámara de Farmacias Bonaerense, la Cámara de Farmacias de la Zona Sur de la Provincia de Buenos Aires, la Federación Argentina de Cámaras de Farmacias y la Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la República Argentina, en el marco del CCT 414 – Homologación.....	297

TOPES INDEMNIZATORIOS

DISPOSICIÓN 828 (D.N.R.y Reg.T.) Envase de cartón y afines – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel Cartón y Químicos y la Cámara Argentina de Fabricantes de Cartón Corrugado, en el marco del CCT 677 – Homologación	301
--	-----

DISPOSICIÓN 846 (D.N.R.y Reg.T.)

Camioneros – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios y la Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas, en el marco del CCT 40/89 – Homologación

301

DISPOSICIÓN 847 (D.N.R.y Reg.T.)

Seguridad – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Unión de Empleados de Seguridad y Vigilancia y la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación, en el marco del CCT 762 – Homologación

301

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

DOSSIER LIBERTAD SINDICAL - DOCTRINA

Análisis de algunos aspectos de la libertad sindical en la pandemia

Naturaleza, interpretación y reflexión sobre ciertas normas administrativas de emergencia: res. ST 238/20, ST 489/20, ST 1199/20, DNAS 01/2020 y ST 133/2021

Luciano Podestá^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. La res. Secretaría de Trabajo 489/2020 y sus respectivas prorrogas. Naturaleza jurídica.— III. La res. ST 133/2021. Facultad de la DNAS de autorizar actos sindicales.— IV. La virtualización de los actos sindicales.— V. Criterio de aplicación de la prórroga de mandatos.

I. Introducción

La libertad sindical, como derecho humano fundamental, encuentra anclaje jurídico no solo en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, sino en el variado acervo normativo internacional.

El Convenio Nro 87 y el 98 de la OIT tal vez sean los instrumentos que más protagonismo han adquirido en los últimos años en el ámbito jurídico, fruto de una renovada interpretación y aplicación jurisprudencial. Asimismo, los casos tratados por el Comité de Libertad Sindical, órgano internacional de la OIT que examina las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, constituyen una fiel fuente de consulta para cualquier operador jurídico del ámbito sindical.

Por otra parte, también existen otros instrumentos que se ocupan de garantizar este derecho: Tratado de Versalles, Declaración de Filadelfia de la OIT, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Podemos ensayar varias definiciones doctrinarias sobre libertad sindical, cuyo contenido es polifacético. Mariano Recalde, con un interesante criterio funcional, sostiene que la transcripción del concepto no aporta una utilidad práctica de trascendencia, aunque si es relevante para dar un marco referencial que nos acerque al contenido concreto en el que se desarrolla la libertad sindical en los distintos ordenamientos (1).

(*) Abogado.

(1) RECALDE, Mariano, "El modelo sindical argentino: régimen jurídico", Eduvim/ UNSAM, Villa María, 2015, 1ª

Por ello, solo a los fines del presente, y sin que esto importe un menoscabo a las ricas definiciones del concepto que existen en la doctrina, nos limitaremos a recordar que la libertad sindical es un derecho humano fundamental, receptado por la Constitución Nacional, varios tratados internacionales de derechos humanos y los convenios fundamentales de la OIT. Entre sus aspectos, se encuentra el derecho a constituir organizaciones sindicales, elegir libremente sus representantes, redactar sus propios estatutos, y formular su programa de acción (2).

Cabe destacar que el presente trabajo se circunscribe exclusivamente a analizar ciertos aspectos de la libertad sindical en la pandemia, en cuanto a las normas administrativas referidas en el título. Por lo tanto, quedan afuera otros aspectos de la que fueron afectados por la emergencia sanitaria, como la negociación colectiva, acuerdos colectivos de suspensiones en los términos del art. 223 *bis* de la LCT, conflictos colectivos de trabajo, etc.

II. La res. Secretaría de Trabajo 489/2020 y sus respectivas prorrogas. Naturaleza jurídica

Antes de la pandemia ocasionada por el agente infeccioso SARS-CoV-2, nadie hubiera pensado que sería posible, en plena democracia, dictar una norma administrativa que suspendiera en forma general todos los procesos electorales sindicales.

ed., p. 104. Recalde añade: “[E]l contenido de la libertad sindical suele estar condicionado, desde el punto de vista jurídico, por los avatares de la decisión de política legislativa de cada país, según los distintos momentos históricos por los que atraviesa cada sociedad. Por ello, las definiciones que se efectúan permiten incluir distintos modelos de regulación de la libertad sindical, de acuerdo con las preferencias del legislador, en cada etapa de la histórica política de un país”.

(2) El art. 14 *bis* de la CN, garantiza la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la inscripción en un simple registro especial”. El art. 2° del Convenio 87 de la OIT, reconoce el derecho a los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, sin ninguna distinción ni autorización previa. El art. 3° del Convenio 87 de la OIT establece que Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

Sin embargo, las medidas implementadas con el llamado Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, establecido por el DNU 297/2020 y sus prorrogas, importaron la reconfiguración temporal de toda sociedad civil, de forma transversal y repentina, con el fin de hacer frente a la emergencia sanitaria.

Entre el amplio digesto jurídico de las nuevas normas de emergencia, la Secretaría de Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, dictó la res. 238/20 de fecha 16/03/2020 por la cual se suspendió, por el término de 30 días la realización “de los procesos electorales, de todo tipo de asambleas y/o congresos —tanto ordinarios como extraordinarios—, así como la de todo acto institucional que implique la movilización, traslado y/o aglomeración de personas”.

Frente al avance de la pandemia, la misma Secretaría de Trabajo, dictó la res. 489/2020 de fecha 04/05/2020, la que dispuso idéntica suspensión, desde el dictado de dicha norma y hasta el 30 de septiembre de 2020. Esta resolución fue prorrogada por la res. ST 1199/2020, hasta el 28/02/2021. A su vez, esta fue nuevamente prorrogada por la res. ST 133/21, hasta el 31/08/2021.

Efectuando un atento análisis del contexto actual, nos encontramos ante una situación llamativamente inusual: No se trata de una ley dictada por el Congreso, no se trata de un decreto dictado por el presidente de la Nación, ni de una resolución dictada por un ministro. Es una norma de un órgano administrativo inferior, que suspende con carácter general el ejercicio de un derecho colectivo fundamental, intensamente protegido por la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Ante esta descripción resulta inevitable pensar en tensiones en cuanto a su compatibilidad constitucional. En sentido netamente teórico, puede entenderse que la suspensión del ejercicio de un derecho fundamental, como lo es la libertad sindical en el aspecto analizado, fundado en razones de emergencia nacional, debería ser formalizado por un decreto presidencial de necesidad y urgencia, y no por una norma inferior emitida por una secretaría ministerial. En atención a la magnitud de este derecho, su suspensión debería ser exteriorizada por la máxima autoridad

política del país o, a lo sumo, por la máxima autoridad de la Cartera Laboral.

Sin embargo, ante el tamaño de la situación sanitaria y económica, que requirió una rápida respuesta Estatal y una intensa actividad administrativa, la implementación de la medida, delegada en el Ministerio de Trabajo, puede sostenerse frente a cualquier objeción de corte formal.

En cuanto a su análisis sustancial, la res. ST 489/20 —y sus respectivas prorrogas— tienen naturaleza jurídica de normas de emergencia. La doctrina define a los institutos de emergencia, como instrumentos jurídicos de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias. Tienen dos características fundamentales. Por un lado, acrecientan ciertas competencias del poder, particularmente el Poder Ejecutivo. Por el otro, originan una restricción a las libertades, derechos y garantías (3).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por intermedio de diversos antecedentes, ha establecido una serie de requisitos de las normas de emergencia, para efectuar el test de constitucionalidad: a) la declaración previa de la situación de emergencia, (Fallos 243:249, 243:467); b) la necesaria posterior intervención del poder del Estado, a quien corresponde el ejercicio de la potestad circunstancialmente ejercida por otro; c) el carácter temporal o transitorio de las normas restrictivas del ejercicio de derechos individuales (Fallos 136:171, 200:450); d) la inalterabilidad de la esencia de tales derechos (Fallos:

243:467) y e) la proporcionalidad entre la situación de emergencia y las medidas dictadas para conjurarla (Fallos: 136:171, 200:450) (4).

Con una particular y novedosa mirada, Héctor García, en un reciente artículo publicado, sostiene que en nuestro país se ha evidenciado el surgimiento de un “derecho del trabajo de la Emergencia”, el cual se encuentra sujeto a condiciones de extrema necesidad y temporaneidad que lo justifican al mismo tiempo que lo limitan. El autor entiende que no podrá subsistir una vez agotada la circunstancialidad excepcional que lo motiva, sino a riesgo de corromper sus normas, que se verían afectadas de validez inconstitucional, salvo aquellos supuestos que la legislación laboral decida mantener e incorporar (5).

Se trata pues de un instituto adoptado en un contexto de emergencia, por cuanto suspende derechos fundamentales sindicales, como el que tienen los afiliados de elegir libremente a sus representantes. Pero este no es el único aspecto de la libertad sindical restringida: el hecho de no poder efectuar Congresos o Asambleas supone una interferencia con varios de los derechos institucionales de las asociaciones sindicales, ya que estos son sus máximos órganos deliberativos en donde surge la más fiel expresión de la voluntad colectiva.

Entiendo que la norma bajo análisis resulta razonable y cumple así con los requisitos mencionados: previo al dictado de la norma, el Poder Ejecutivo, en orden a su competencia, efectuó la declaración de emergencia respectiva; la medida es temporal, y existe proporcionalidad de la situación de emergencia sanitaria y la medida adoptada, ya que estos actos suspendidos podrían implicar el aumento en la transmisión del virus que tan intensamente y con criterio científico se procura disminuir (6).

(3) YLARRI, Juan Santiago, “Coronavirus y Control Judicial”, cita: RC D 1611/2020. Consultado en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/ART._68._MPPBA._Coronavirus_y_control_judicial.pdf. El autor, al describir las características de los institutos de emergencia, cita a la siguiente doctrina: BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 301. BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., t. I, p. 301; PADILLA, Miguel M., “El control judicial de las declaraciones de emergencia”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, vol. 283, p. 32; LOIANNI, Adelina, “Estado de sitio y derechos humanos: la excepcionalidad de los institutos de emergencia”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 609. En la doctrina extranjera, ver entre otros GROSS, Oren, Ní AO-LÁIN, Fionnuala, “Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice”, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, ps. 58-59.

(4) CS, “Humberto Zenarruza y otros c/ Dirección Provincial de Recursos Hídricos- Estado Provincial s/ Recurso de inconstitucionalidad”, 24/04/2004, SAJ: SUW0001771.

(5) GARCIA, Hector O, “Meditaciones sobre el derecho del trabajo de la emergencia sanitaria y algunas de sus innovaciones normativas”, DT 2020 (noviembre), 16.

(6) Entre sus considerandos, la res. ST 489/20 dice: “Que es incuestionable que los países que han mantenido en niveles muy bajos la circulación de personas han logrado controlar la expansión del virus y así reducir los riesgos

Sin embargo, comparto la idea que, ante la supresión de un derecho colectivo fundamental, el Estado debe dar soluciones concretas para garantizar la tutela de los sujetos protegidos por ese derecho suspendido: los trabajadores. Esto se vincula con el requisito de inalterabilidad de la esencial del derecho suspendido.

En tal sentido, en el marco de la emergencia sanitaria y económica, también el Estado debe procurar la armonía en la sociedad civil, que se logra garantizando el funcionamiento de las instituciones democráticas básicas. Entre ellas se encuentran las asociaciones sindicales.

Los sindicatos son los principales mediadores en el conflicto entre el capital y trabajo. Su rol resulta fundamental para proteger al sujeto más débil de esa relación, sobre todo en la actual crisis económica causada por la pandemia.

En base ello, la norma de emergencia otorga cierta solución temporal frente a la suspensión de los actos electivos sindicales: La prórroga del mandato de las autoridades anteriores. Se trata de un mecanismo jurídico para garantizar la continuidad de funcionamiento y representación de todas las asociaciones sindicales que se encuentran impedidas, por la norma de excepción, de celebrar sus respectivos procesos electorales. Con esto se garantiza que continúen funcionando y cumpliendo con su objeto, dirigidas por representantes electos por los afiliados.

Sin embargo, si bien la norma resulta razonable, esto dista de ser una solución ideal. Para consolidar el ejercicio de democracia interna, el plazo de mandato es un tema de particular interés. Al finalizar, los afiliados que no estén de acuerdo con una determinada conducción sindical podrán efectuar una propuesta alternativa. Por lo tanto, resulta evidente que la prórroga de mandatos beneficia a las representaciones establecidas, y no da lugar para la renovación.

de la transmisión de la pandemia. Que las disposiciones adoptadas al ordenar el aislamiento, la abstención de concurrir a los lugares de trabajo y la prohibición de circular implican restricciones sobre una serie de derechos constitucionales y se ha reconocido que si bien tales derechos resultan pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, los mismos están sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública (art. 28, CN)."

La res. ST 1199/2020 prorrogó hasta el 28/02/2021 la suspensión de las elecciones sindicales. Asimismo, amplió por el plazo de 180 días a partir del 28/02/2021, la prórroga de los mandatos de los cuerpos directivos, deliberativos, de fiscalización y representativos de las asociaciones sindicales, federaciones y confederaciones. Esta a su vez, fue prorrogada por la res. ST 133/2021 ampliando la suspensión de los actos electorales hasta el 31 de agosto de 2021, y prorrogando nuevamente los mandatos por 180 días desde esa fecha.

Por lo tanto, las conducciones que debieron revalidar sus mandatos en el marco de la pandemia obtuvieron casi dos años nuevos representando a sus afiliados, no por imperio del voto, sino por consecuencia de una norma administrativa.

Por todo lo expuesto, la suspensión de las elecciones sindicales establecida por la ST 489/20 —y sus sucesivas prorrogas—, debe ser solo una solución temporal, criterio fundamental de toda norma de emergencia.

III. La res. ST 133/2021. Facultad de la DNAS de autorizar actos sindicales

La res. de la Secretaría de Trabajo 133/2021 amplía la suspensión de los actos electorales hasta el 31 de agosto de 2021, prorrogando nuevamente los mandatos por 180 días desde esa fecha. En lo sustancial, replica la estructura normativa de la res. ST 489/20, ya que se trata de una segunda prórroga de esta norma. Sin embargo, introduce una facultad a cargo de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, que no había sido incluida en la res. ST 489/2020, ni en su primera prórroga instrumentada por la res. ST 1199/2020.

El art. 5° de la nueva prórroga establece: *Ins- trúyase a la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, a analizar y autorizar, a petición de las entidades sindicales, la realización de las asambleas, congresos o actos que fueren factibles llevar a cabo, y a coordinar las acciones necesarias a fin de determinar los requisitos y cronogramas que reúnan las mejores condiciones sanitarias y de seguridad, en el marco de la pandemia de COVID-19, prestando especial atención a las razones de salud pública que motivan la presente, la situación de cada jurisdicción y el mantenimiento de la regularidad institucional, administrativa y contable de las entidades.*

Como se observa, la norma mantiene con carácter general, la suspensión de todos los actos sindicales, identificados oportunamente en el art. 1° de la res. ST 489/20, pero habilita como excepción, a petición de las asociaciones sindicales y previa autorización de la DNAS, la realización de los actos orgánicos que “fueren factibles de llevar a cabo” según la situación sanitaria en la jurisdicción respectiva.

Resulta ciertamente atinado posibilitar normativamente, ante una nueva prórroga de la suspensión general de los actos, que puedan realizarse aquellos actos sindicales, que no impliquen una aglomeración masiva de personas, y con los debidos protocolos sanitarios establecidos por las autoridades competentes.

Sin embargo, la estructura normativa regulada por la resolución bajo análisis deja lugar a algunas dudas sobre su implementación. En efecto, no regula supuestos de hecho sobre los cuales la autoridad competente debería autorizar los actos peticionados, dejando al arbitrio discrecional de la DNAS la autorización respectiva para el caso concreto. Ello pues, la norma no establece ningún parámetro o procedimiento concreto que indique u oriente a las asociaciones sindicales si el acto que pretenden realizar podría ser susceptible de aprobación por parte de la autoridad administrativa bajo amparo de esta norma.

Aun así, una interpretación acorde a la letra de la norma parecería indicar que la habilitación de los actos dependerá de la situación sanitaria a nivel jurisdiccional y del tipo de acto sindical que se pretenda autorizar. Ciertamente no será lo mismo la realización de un acto en un sindicato de actuación local y con pocos afiliados, que en uno de carácter nacional.

Para ello, podría ser suficiente tener en cuenta estos parámetros: 1.- que la naturaleza del acto no importe una masiva aglomeración de personas; 2.- que se implemente un protocolo sanitario diseñado para el evento concreto por parte de profesionales competentes en la materia, y, 3.- que las autoridades sanitarias locales de la jurisdicción, en donde se pretenda llevar a cabo el acto, hayan sido notificadas y, en su caso, autoricen su realización con el protocolo específico implementado.

IV. La virtualización de los actos sindicales

La pandemia importó la adaptación de muchos trabajos que tuvieron la posibilidad de efectuarse por medios remotos. Asimismo, motivó la correspondiente adaptación normativa para regular un fenómeno que, si bien ya existía antes de la crisis sanitaria, se masificó al forzar la reconfiguración de la modalidad de prestación de tareas de miles de trabajadores. Así, el Congreso de la Nación dictó la ley 27.555 titulada “Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo”, con la salvedad de que esta comenzó a regir luego finalizado el aislamiento social, preventivo y obligatorio (7).

En el plano institucional sindical, se advierten algunos cambios normativos que posibilitan efectuar ciertos actos internos de forma remota. La res. de la Secretaría de Trabajo 489/2020 dio el primer paso en tal sentido.

Su artículo cuarto establece: “Los actos institucionales emanados de los órganos directivos de las asociaciones sindicales, necesarios para el normal cumplimiento de la organización sindical, podrán materializarse de manera virtual, por cualquiera de las plataformas utilizables a tal efecto, debiendo los intervinientes suscribir los registros correspondientes una vez finalizado el plazo de vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio”.

Luego, con fecha 14/10/2020 la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales (DNAS) dictó la disp. 01/2020. Su primer art. dice: “Durante el período de vigencia de la res. ST 1199/20 o la que lo prorrogue en el futuro y en virtud de lo dispuesto en el art. 4° de esa norma, las entidades sindicales podrán celebrar asambleas o congresos a distancia a efectos de aprobar las memorias y balances de ejercicios vencidos, siempre que se cumplan los recaudos mínimos que se enuncian” (8).

(7) El art. 19 de la ley 27.555 dice: “Art. 19.- Régimen de transitoriedad. La presente ley entrará en vigor luego de noventa días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio”.

(8) Entre los requisitos establecidos para la celebración virtual se destacan los siguientes: 1.- La organización sindical deberá garantizar que el sistema elegido admita la libre accesibilidad a la reunión de todos los afiliados con voz y voto de acuerdo con las normas estatutarias y con

Como toda norma sindical, son los propios trabajadores y representantes —con base en la experiencia en su aplicación y funcionalidad— a los que les corresponde juzgar sobre el valor de esta. Ciertamente se tendrán que recoger las experiencias que se desarrollen a partir de estas nuevas normas, para ponderar sobre su utilidad práctica y sobre su mérito. Sin perjuicio de ello, podemos destacar algunos aspectos que, a mi entender, resultan relevantes para tener en consideración sobre estas normas.

En primer lugar, corresponde aclarar que, al ser dos normas administrativas de emergencia, ellas tienen caracteres temporales. Entre los considerandos de la res. de la Secretaría de Trabajo 489/2020 se da cuenta de la situación sanitaria, describiendo la necesidad de adoptar *“medidas atípicas y extraordinarias para enfrentar la pandemia”*. De ahí al requisito de suscribir las respectivas actas una vez finalizado el periodo de aislamiento social, preventivo y obligatorio. Por su parte, la disp. 01/2020 de la DNAS, solo posibilita efectuar Congresos o Asambleas por medios remotos mientras dure la vigencia de la resolución que suspende la celebración de estos actos en forma presencial.

Con respecto a la celebración de reuniones de Comisión Directiva en forma virtual, me parece adecuado que la res. ST 489/2020 haya establecido dicha posibilidad. Tal como se recordó en el apartado anterior, el rol de los sindicatos es

validación de identidad. 2.- La plataforma virtual deberá permitir la transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras en el transcurso de toda la reunión y la grabación integral (sin cortes ni ediciones) de aquella, con todos los registros de eventos e intervenciones generadas durante la misma y reporte de auditoría. 3.- Se deberá definir cuál será el sistema utilizado para la realización de las votaciones, el mismo deberá contar con la posibilidad de emitir el voto de manera clara y de fácil contabilización ante cada moción. No podrán realizarse Asambleas o Congresos donde sea obligatorio el voto secreto. 4.- En la comunicación de la convocatoria, por la vía legal y estatutaria correspondiente y respetando los plazos establecidos en la normativa, se debe informar de manera clara y sencilla cuál es el canal de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación. Deberá indicarse la página web y el medio electrónico del que disponga la entidad para brindar información institucional a efectos de que los participantes del acto, puedan acreditarse y tengan acceso a la documentación acerca de la cual emitirán su voto.

fundamental en el conflicto estructural entre el capital y trabajo, para proteger al sujeto más débil de esa relación. Por lo tanto, ante la necesidad sanitaria de implementar el aislamiento social obligatorio, que el Estado haya posibilitado al máximo órgano directivo de las asociaciones sindicales efectuar actos necesarios de los órganos directivos de forma virtual, constituye un adecuado recurso normativo para garantizar que estas instituciones continúen cumpliendo con su objeto legal: la defensa de los intereses de los trabajadores.

Sin embargo, el cambio de la modalidad de celebración de las reuniones institucionales internas, impuesto por una norma administrativa, podría dificultar la adecuada sesión de los cuerpos directivos. Habrá que ver si, en el caso concreto, el método virtual utilizado posibilita la plena y normal expresión de las opiniones diferentes de los distintos integrantes, y su correspondiente asiento en el acta respectiva. Por otra parte, cuando se deben debatir ciertas cuestiones que requieren el examen de documentación institucional en formato físico y que se encuentra en la sede sindical, la realización de la reunión virtual podría constituir un pleno obstáculo para dicho fin.

Con respecto a la Disposición que habilita celebrar Congresos o Asambleas en forma virtual solo al efecto de “aprobar las memorias y balances de ejercicios vencidos”, podríamos encontrar cierta objeción con respecto a la conveniencia y oportunidad de la norma.

El tratamiento de la memoria y balance es un acto de trascendental importancia para la vida interna sindical. En tal oportunidad se pone a consideración ante el máximo órgano deliberativo, la valoración del desempeño de los órganos directivos en la aplicación de los recursos que aportan los afiliados, las cuotas de solidaridad de los no afiliados, y otros tipos de aportes que la entidad puede recibir fundados en la normativa vigente. De ahí a que la ley 23.551 establezca que es privativo de las Asambleas o Congresos, la aprobación de tales instrumentos contables.

Con base en esta descripción cabe preguntarse si la habilitación establecida por la res. Secretaría de Trabajo 1199/20, facilita que la consideración sobre la memoria y balance sea tratada con

transparencia y con suficiente transmisión de la información respectiva, para que cada afiliado o delegado congresal, según el caso, tome una decisión fundada. Asimismo, una cosa es celebrar un Congreso de Delegados en forma virtual, y otra muy distinta es celebrar una Asamblea de afiliados, que en algunos casos pueden ser miles de participantes.

En lo conceptual, sin tener en cuenta la emergencia sanitaria, no resulta inadecuado posibilitar normativamente la virtualización de los actos sindicales. Sin embargo, entiendo que deberían ser los propios trabajadores que determinen, en el seno de sus respectivas organizaciones, la incorporación de esta modalidad y condiciones de realización en los Estatutos orgánicos. Ello, con el fin de que no exista una posibilidad discrecional de los cuerpos directivos de turno, de optar repentinamente por la virtualidad del acto que deben realizar o convocar, con el fin de utilizarlos según su conveniencia política y en desmedro de la expresión de voces disidentes.

Tanto los miembros de los cuerpos directivos, para participar en las reuniones respectivas, como los afiliados o delegados congresales que deben participar en las asambleas o congresos deliberativos, deberían contar con las reglas de participación claras previamente establecidas en el estatuto, con el fin de evitar los repentinos cambios de modalidad de realización que podrían afectar la vigencia efectiva del principio de democracia sindical.

A modo de ejemplo se podría incorporar en los estatutos, que tipo de actos pueden ser efectuados en forma virtual —si solo reuniones de cuerpos directivos o también asambleas—, especificar los temas que pueden ser objeto de tratamiento en forma virtual, establecer un quorum o una mayoría especial para la realización de los actos virtuales, determinar claramente la forma de convocatoria y preestablecer el orden de debate en la reunión virtual asignando minutos a cada participante. Ciertamente en las conocidas aplicaciones virtuales, la opción que tiene el “anfitrión” de silenciar a todos los participantes no se coincide en absoluto con la dinámica que tiene una asamblea sindical, más allá de las mociones de orden, que suelen encontrar regulación específica en los estatutos aprobados por los propios afiliados.

Ahora bien, esto no debe ser leído como oposición a la incorporación de la tecnología en la vida sindical interna, sino como una fiel observancia del principio de autonomía sindical: Las diferentes asociaciones sindicales, de distinta tipología, alcance y grado, y que representan a diferentes categorías profesionales, podrían encontrar razones diametralmente opuestas y totalmente válidas para la incorporación o no, de la virtualidad de los distintos actos a realizarse por los cuerpos orgánicos internos.

En tal sentido, entiendo que la virtualización de los actos orgánicos de la vida interna sindical —sobre todo aquellos correspondientes a los máximos órganos deliberativos—, no debería ser impuesto por intermedio de una norma heterónoma. Esta opinión debe ser leída en el contexto actual generacional de adaptación a la tecnología. Probablemente dentro de algunos años, con la renovación de la dirigencia sindical y el surgimiento de nuevos representantes nacidos en el marco de la revolución tecnológica que se ha verificado en los últimos años, el uso de los medios virtuales para realizar actos sindicales sea algo indiscutido en la totalidad del ámbito gremial. Asimismo, no puede negarse las virtudes que los nuevos medios tecnológicos pueden tener para fortalecer a los órganos internos de carácter horizontal, como los plenarios de delegados o plenarios de secretarios generales, en organizaciones de carácter nacional.

En virtud de lo expuesto, considero que la posibilidad de celebrar de forma virtual actos de los cuerpos directivos, resulta adecuada frente al contexto sanitario vigente como forma de garantizar el funcionamiento de las asociaciones sindicales, y siempre que esta modalidad no sea utilizada en la práctica como método para entorpecer el ejercicio democrático interno.

Empero, la posibilidad de efectuar Asambleas o Congresos al solo efecto de aprobar memorias y balances podría considerarse excesiva o innecesaria, en atención a que se cambia la modalidad de realización del máximo órgano deliberativo de las asociaciones sindicales, para un acto de suma trascendencia institucional, y que en sí mismo no resulta estrictamente necesario para garantizar la continuidad de funcionamiento de los entes sindicales en el marco de la emergencia sanitaria. Igualmente, insisto que, corresponderá a los afiliados y representantes sindicales

juzgar sobre el mérito de estas normas, con base en las experiencias verificadas.

V. Criterio de aplicación de la prórroga de mandatos

Tal como mencionamos anteriormente, la res. ST 489/2020 —y sus sucesivas prorrogas—, importó la supresión temporal de un derecho colectivo fundamental por parte del Estado, otorgando a su vez un mecanismo jurídico para garantizar que continúen funcionando los sindicatos.

Su artículo segundo establece: “Prorróganse desde el dictado de la presente y por 180 días a partir del 30/09/2020 los mandatos de los miembros de los cuerpos directivos, deliberativos, de fiscalización y representativos de las asociaciones sindicales, federaciones y confederaciones registradas ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y los mandatos de los delegados de personal, comisiones internas y órganos similares que hubieran vencido a posteriori del 16/03/2020”. La res. ST 1199/20 amplió la prórroga de mandatos por 180 días y a partir del 28/02/2021.

Como se observa, el criterio utilizado por la norma para posibilitar la prórroga de los mandatos es que ellos hayan vencido con posterioridad del 16 de marzo de 2020. En la práctica, el Ministerio de Trabajo, a través de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, otorga nuevos certificados “provisorios”, utilizando como fuente el certificado anterior emitido por la autoridad administrativa.

Sin bien esto puede resultar de utilidad en la práctica administrativa, ocasiona algunos inconvenientes, sobre todo con los sindicatos recientemente inscriptos. Sucede que, a tales sindicatos, al no tener certificado de autoridades previo, el Ministerio de Trabajo no les emite un certificado provisorio.

Al respecto corresponde recordar que el art. 14 bis de la CN, garantiza la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la inscripción en un simple registro especial”. El art. 2° del Convenio 87 de la OIT, reconoce el derecho a los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, sin ninguna distinción ni autorización previa.

Así, el nacimiento de un sindicato no surge en el seno del Ministerio de Trabajo. Surge mediante una reunión o varias reuniones, de un grupo de afiliados agrupados por un interés profesional común, en un proceso que culmina en una llamada asamblea constitutiva. En dicha asamblea se decide la formación de un nuevo sindicato, se aprueba el Estatuto Social que va a regir la vida interna sindical, se eligen las autoridades representativas que la conducirán, y hasta puede ser válidamente determinada la cuota sindical respectiva.

Para Ricardo Cornaglia: “[L]as actas constitutivas, relación circunstanciada de los actos asamblearios cumplidos, con detalle de las autoridades elegidas y el estatuto aprobado, son los documentos claves para la gestión futura de la entidad. La prueba documental de su existencia, los límites reales de su competencia y el instrumento para la registración y control democrático de la entidad” (9).

El sindicato, no “nace” con la resolución administrativa de inscripción, sino que esta importa un mero reconocimiento. Así se ha afirmado: “[E]l acto de reconocimiento de la personería jurídica no constituye una creación por parte de la autoridad estatal, sino que registra una realidad preexistente y cumplimenta una obligación formal de raigambre constitucional impuesta en cabeza de la autoridad administrativa” (10).

Una vez que el Ministerio de Trabajo dicta la resolución de simple inscripción, en ella se suele intimar a la entidad inscripta a “regularizar su situación institucional” convocando a elecciones de los cuerpos orgánicos electivos.

Si bien esta práctica suele ser aceptada, ello no impide su análisis. Algunos sostienen que las autoridades fundacionales, que fueron electas al momento de fundar la asociación, y tienen mandato estatutario vigente al momento de obtener el reconocimiento de inscripción, no deberían convocar nuevamente a elecciones, sino que deben terminar el mandato para el cual fueron electos en el acto fundacional. Con base en dicho criterio, la

(9) Ricardo J., “Derecho sindical. Derecho colectivo del trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 206.

(10) Derecho colectivo del trabajo. Coordinación general de Lucas Caparros; Martín Golcman, dirigido por Juan Pablo Mugnolo, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 265. Capítulo VII, título 5, por Mariela L. Fernández.

autoridad de aplicación debería reconocer el plazo restante del mandato en el certificado respectivo solicitado por la entidad inscripta.

Ahora bien, cuando un sindicato recientemente inscripto no puede convocar válidamente a elecciones y cumplir en consecuencia con el criterio ministerial de “regularizar su situación”, en razón que la propia autoridad administrativa suspendió con carácter general la realización de los comicios por intermedio de una norma de emergencia, nos encontramos ante una situación normativamente difusa, que perjudica el pleno funcionamiento de una asociación sindical.

Ciertamente no es que el sindicato pierde su regularidad, ya que continuará siendo conducido por las autoridades fundacionales que fueron oportunamente electas en el proceso constitutivo de la asociación y que se encuentran debidamente plasmadas en la ya referida acta constitutiva. Los sindicatos, a diferencia de las coaliciones, tienen vocación de permanencia, en defensa de los intereses profesionales de sus representantes. Esta circunstancia no va a mermar por los impedimentos administrativos que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de una norma administrativa de emergencia.

Ante este panorama, resulta evidente que la norma bajo análisis —res. ST 489/2020 prorrogada por la ST 1199/20— se aplica también para los sindicatos recientemente inscriptos y que no tuvieron oportunidad de convocar a elecciones de “regularización” por impedimento expreso de la norma de emergencia, debiéndose otorgar la certificación provisoria a las autoridades fundaciones que surgen electas del acta constitutiva.

Reitero que una norma de emergencia debe garantizar la continuidad de funcionamiento de las instituciones básicas de la democracia. Si para el caso de los sindicatos la solución propiciada fue la prórroga de los mandatos, se debe efectuar una aplicación práctica de la norma que ampare a la totalidad de las instituciones en actividad, y no solo a las que obtuvieron un certificado de autoridades anterior.

En tal sentido, la res. ST 489/2020 no impone como requisito para prorrogar el mandato la existencia de un certificado de autoridades emitido con anterioridad. El presupuesto básico de la nor-

ma es el vencimiento de los mandatos luego del 16/03/2020. Por lo tanto, una interpretación razonable, aplicada a los sindicatos inscriptos en la situación ya descripta, es que el mandato de las autoridades fundacionales se encuentra vencido por la imposibilidad de convocar a elecciones en el plazo establecido en la respectiva resolución de inscripción, debiéndose aplicar el mecanismo de prórroga de la norma de emergencia analizada.

Es una cuestión de interpretación jurídica armónica, teniendo en cuenta la finalidad de la norma (proteger la salud pública), los derechos restringidos (celebrar actos orgánicos institucionales) y la solución propiciada para garantizar el funcionamiento de las asociaciones sindicales (prórroga de mandatos).

Como se recordó, uno de los requisitos de la CS para la norma de emergencia, es no alterar la esencia de los derechos básicos suspendidos (11). La falta de reconocimiento de certificación de autoridades en los casos descriptos importa la virtual paralización de la actividad institucional del sindicato recientemente reconocido y, en consecuencia, la total supresión de la libertad sindical en todos sus aspectos, hecho práctico que tornaría inconstitucional a la norma para el caso concreto.

En virtud de lo hasta aquí analizado, la aplicación del mecanismo de prórroga de mandatos no debería ser efectuada con criterio sumamente restrictivo. Entiendo que se debe atender con suma prudencia al caso concreto y optarse, ante la duda, por un criterio amplio que asegure el pleno funcionamiento de las asociaciones sindicales. La aplicación de la norma analizada no debería importar una actividad discrecional del Ministerio de Trabajo, que coaccione el legítimo ejercicio de los derechos colectivos fundamentales en exceso a los estándares básicos de constitucionalidad de toda normativa de excepción.

(11) CS, “Ruso Ángel y otra c/ C. de Delle Donne E. s/ desalojo”, 15/05/1959, recordó: “La Corte Suprema ha reconocido, en situaciones de emergencia, la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y de otros, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o grandes perturbaciones, de carácter físico, económico o de otra índole.

Desafíos con renovada vigencia para las organizaciones sindicales

Nicolás Oppel (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Un breve acercamiento estadístico.— III. La descentralización productiva, la deslocalización y sus efectos en la negociación colectiva. La incorporación del teletrabajo.— IV. El teletrabajo y su regulación en la actividad sindical.— V. ¿Prioridad o exclusividad? La negociación colectiva la ejerce quien ostenta la personería gremial y no debe eludir su responsabilidad para no dar lugar a la disgregación del sistema.— VI. Algunas reflexiones finales.

I. Introducción

Las asociaciones sindicales que ejercen la representación de los trabajadores en la negociación colectiva se encuentran hoy ante profundos desafíos que deberán necesariamente atravesar para sostener su influencia en el campo de las relaciones de trabajo. No ahondaré aquí en torno a los ya conocidos argumentos que justifican la existencia misma de la participación colectiva de los trabajadores en la negociación, pues existe consenso en su imprescindible rol a través de las diversas funciones que se le reconocen. Ramírez Bosco la califica como un instituto especial del derecho del trabajo a través del cual se le agrega a cada trabajador la capacidad negocial de la que carece por separado (1). De Ferrari al citar a Gaetan Pirou, sostenía que la fijación colectiva de las condiciones de trabajo no cumplía la única función de corregir la desigualdad de fuerza negocial en su forma individual sino también la del establecimiento de reglas uniformes de relación cuya conveniencia es de interés para el propio sector empresarial (2). Tal así, que la OIT la adoptó junto con la libertad de asocia-

ción y la libertad sindical como principios y derechos fundamentales que los Estados Miembro por el solo hecho de serlo deben respetar, promover y hacer realidad de buena fe. Por su parte el maestro y aquí homenajeado Rodríguez Mancini la señalaba como “el vehículo idóneo —por su cercanía con las particularidades de la relación laboral— para radicar formas de discriminación o de cualquier otro desvío del respeto de los Derechos Fundamentales”. Sostenía, con gran criterio, que aun cuando la propia Constitución Nacional en su art. 14 *bis* reconociera el derecho de la negociación colectiva en el párrafo dedicado a los gremios, este no resulta ser sino uno de los recursos o herramientas con que cuenta la asociación sindical para lograr su finalidad esencial, que es la de asegurar y mejorar los derechos y los intereses de los trabajadores a los que representa. Puesto así, proseguía en su argumento, lo colectivo adquiere consistencia propia mediante la legitimación que le otorga el servicio que lo justifica, facilitando a sus representados el desarrollo de los derechos propios y de sus personas. Resumía en una frase con una sencilla fórmula que se expresaba así: “Si el sindicato no sirve, el sindicato no sirve”, aprovechando la doble significancia del verbo servir, en tanto si aquella organización no se encuentra al servicio de la realización de los trabajadores a los que representa, no posee razón de ser (3).

(*) Abogado (UBA), con especialización en Derecho del Trabajo (UCA). Ayudante de segunda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cátedra Maza-Pereira.

(1) RAMÍREZ BOSCO, "Derecho del Trabajo", RODRÍGUEZ MANCINI (dir.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 96.

(2) DE FERRARI, "Derecho del Trabajo" Volumen IV- Las relaciones colectivas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 338.

(3) RODRÍGUEZ MANCINI, "Derechos fundamentales y relaciones laborales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 154.

Y es desde aquella premisa que comenzaré a examinar algunas de las problemáticas que enfrentan actualmente los sujetos representantes en la negociación colectiva. Porque no es casual que, pese a este casi universal reconocimiento de la negociación como mecanismo fundamental de diálogo y consenso social, exista una creciente desconfianza que la sociedad en general y en particular los propios trabajadores y trabajadoras les profieren a los representantes gremiales, a los sindicatos como institución y a la negociación colectiva a través de aquellos. Sino que, por el contrario, obedece a una multiplicidad de factores que se han conjugado y exponen las falencias de un sector que no ha sabido adaptarse y que, bajo el amparo de estructuras conservadoras, se ha petrificado careciendo hoy de la necesaria flexibilidad que sus propios representados le demandan.

Como parte coyuntural de aquella crisis representativa, cabe agregar que ya desde la década del 90' Richard Hyman advertía que el sindicalismo (en realidad la actividad sindical) ingresaría en una crisis en su principal postulado de "solidaridad mecánica" debido a la cada vez mayor heterogeneidad de la clase trabajadora, la globalización y la pulsión hacia la descentralización y desregulación de las relaciones. Estos factores han evolucionado, se han conjugado y entrelazado de diversos modos que examinaremos en aras de lograr dilucidar cuáles son los retos que deberá afrontar el sindicalismo para sostener su funcionalidad y, por tanto, su vigencia de cara al futuro. No resguardado en un reconocimiento normativo, estatal o apoyado en su trayectoria pasada, sino sobre la base de una representación real, que contemple los intereses de los trabajadores de modo concreto y allí encuentre su sustento.

Como parte ineludible de la actualidad que nos trasciende, es preciso evocar la modalidad de teletrabajo que ha irrumpido en forma forzosamente masiva en las relaciones laborales. La íntima y necesaria vinculación que posee con la negociación colectiva, debe ser objeto de análisis. La organización "flexible" del trabajo que demanda su implementación, conlleva un estricto equilibrio que deberán atravesar las asociaciones sindicales, para que su regulación convencional sea lo suficientemente contemplativa de la elasticidad que requiere la modali-

dad en la prestación al tiempo que no claudique en la protección de los trabajadores a los que representa. Observaremos a través de los datos empíricos de qué manera el teletrabajo confluye en una "tormenta perfecta" con los conflictos anteriormente planteados y deja en evidencia algunas de las problemáticas que deberá enfrentar la representación sindical.

II. Un breve acercamiento estadístico

Datos numéricos exponen un primer panorama mundial preocupante: la tasa de sindicación mundial se ha reducido del 36% que ostentaba en 1990 al 18% en el año 2016. Un fenómeno de tal magnitud no puede explicarse desde la sencillez pues obedece a un conjunto de factores que inclusive es variable de acuerdo con la región en que se sitúe. Aun así las primeras argumentaciones sin duda giran en torno a la reorganización que ha padecido la economía mundial y el desplazamiento del llamado "mercado de trabajo" en el que se ha reducido sustancialmente el sector industrial —más proclive a la actividad sindical— y ha crecido el sector de servicios en general —con mayor tendencia al individualismo—; el aumento del trabajo a tiempo parcial; las modalidades de trabajo cambiantes al incorporarse la mujer al lugar de trabajo, el aumento de la negociación descentralizada, y cambios de comportamientos generacionales, con un menor compromiso en la actividad sindical por parte de los jóvenes, entre otros. Esta descripción inicial no me pertenece, sino que ha sido graficada y expuesta por Helle Visser en el Boletín de Investigación Sindical año 2019 publicado por la OIT (4). Por su parte una radiografía de la sindicación en la Argentina realizada por la Universidad Nacional de San Martín expuso un dato llamativo: pese a la baja del promedio mundial en la afiliación, en nuestro país se conserva una tasa del 28%, siendo el segundo país latinoamericano con mejor nivel. Por otra parte, aporta un asterisco a la cuestión y expone que aunque países como Francia y Alemania presenten tasas de afiliación relativamente bajas el alto nivel de protagonismo de los sindicatos en aquellos países deja en evidencia que un dato no es vinculante con el otro, es de-

(4) JELLE VISSER, "El futuro del trabajo. Los sindicatos en transformación", Boletín Internacional de Investigación Sindical de la OIT, 2019, p. 21.

cir las asociaciones sindicales a través de diversos mecanismos pueden continuar ejerciendo su influencia en el campo de las relaciones de trabajo pese a la poca participación de los trabajadores (la aplicación *erga omnes* del contenido de los convenios, el establecimiento de cuotas de solidaridad por parte de no afiliados son algunas de ellas entre muchas otras posibles) (5).

Otro elemento por considerar es la ya mencionada e insoslayable brecha de género: el porcentaje de mujeres que con el transcurrir de las décadas ha comenzado a prestar tareas en relación de dependencia se ha incrementado sustancialmente. Pese a ello, en la Argentina por caso, pero también en otros países la tasa de sindicación femenina es de las más bajas. Cabe considerar que el género femenino es el que más alta participación tiene en los empleos a tiempo parcial debido en parte al contexto socio cultural imperante que las coloca a cargo mayormente de las denominadas “tareas no remuneradas” del hogar. El otro elemento que debe merecer atención es la cuestión generacional: los jóvenes menores de 25 años registran tasas de afiliación extremadamente bajas, pasando de un 21% al 11% de promedio mundial y nuestro país en ese aspecto no ha sido la excepción. Por último y no menos importante se encuentran los trabajadores de la economía informal, cuya participación promedio oscila el 40% a escala mundial y donde la falta de reconocimiento de la relación laboral dependiente en muchos sistemas jurídicos los excluye de todo derecho de agremiación a lo que se suma la lógica inestabilidad que padecen dado lo precario de su contratación. En relación con estos datos, resulta oportuno advertir que según datos oficiales de la Encuesta de Indicadores Laborales más del 90% de los teletrabajadores para el 2017 era menor de 35 años y que en paralelo, la tasa de afiliación sindical de los jóvenes menores de 30 años es de las más bajas, lo que plantea un problema latente, o más bien un desafío para lograr atraer a las nuevas generaciones hacia la defensa colectiva de sus intereses a través del canal sindical.

(5) TOMADA, SCHLESER y MAITO, "Radiografía de la Sindicalización en Argentina", Universidad Nacional de San Martín, octubre de 2018, <http://noticias.unsam.edu.ar/wp-content/uploads/2018/10/sindicalizacion.pdf>

Para concluir esta primera parte expositiva, traigo a colación dos encuestas de carácter masivo. La primera llevada a cabo por Latino-barómetro relevó que los sindicatos representan a nivel continental una institución con un bajo nivel de confianza popular, que para el año 2018 en promedio rondaba el 27% y en nuestro país el 23%, ambos por debajo de los medios de comunicación y las entidades bancarias. La segunda, realizada por la consultora Opinaia a nivel nacional, relevó que 7 de cada 10 argentinos no confían en los sindicatos; basta con dialogar con trabajadores de distintos ámbitos para confirmar aquella tendencia.

Los factores objetivos basados en la organización de la economía, los cambios de carácter sociológicos, o la reestructuración de las relaciones laborales no explican *per se* la crisis de representación que padecen las asociaciones sindicales sino que se le debe complementar la falta de adaptación que ha tenido la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores frente a los cambios de paradigma que se han introducido en la realidad socioeconómica, en parte ante lo que se ha denominado la “cuarta revolución industrial” con la masiva introducción de las tecnologías a las relaciones laborales e interpersonales, lo que ha llevado el fenómeno de la descentralización productiva al extremo de la dispersión geográfica. Esto no puede sino traer aparejadas fuertes consecuencias en las medidas de acción de las asociaciones sindicales, traduciéndose en pérdida del poder de presión reivindicativo y de la fuerza negocial.

III. La descentralización productiva, la deslocalización y sus efectos en la negociación colectiva. La incorporación del teletrabajo

Referirnos a la descentralización productiva como un elemento novedoso del sistema económico sería poco acertado pues en sus diversas variables lo cierto es que este fenómeno ha dado comienzo por lo menos en la década del 70. Aunque sí podría decirse que aún el derecho del trabajo no se ha adaptado a la dinámica propia de esta estrategia empresarial tanto en el campo de lo individual como de lo colectivo. Actualmente este sistema organizacional es parte estructural de la actividad productiva en el que la tradicional gran empresa ha dado lugar a una “red” que subdivide las unidades de pro-

ducción y propicia la subcontratación a través de la externalización o tercerización de actividades, la utilización de empresas proveedoras especializadas y la coordinación de la principal de todos estos componentes con el objeto de mantener el control del proceso. Este mecanismo se lleva a cabo en ocasiones con la contratación de empresas auxiliares que cuentan con personal propio o bien bajo la forma de una prestación de servicios por parte de personal presuntamente autónomo o independiente. Allí la frontera del derecho del trabajo no ha hallado las vías para ingresar de un modo eficaz dada la dificultad que ha tenido, en primer lugar, para calificar algunos de aquellos vínculos bajo un paradigma conceptual anterior a su evolución, en la que le resulta complejo el discernimiento del carácter laboral dependiente o autónomo (máxime teniendo en cuenta que las relaciones han evolucionado hacia vínculos que no transitan por los extremos sino que conjugan elementos de cada uno y confluyen en formas de compleja determinación, a las que someter al análisis de “blanco o negro” resulta cuanto menos inapropiado). Y en segundo lugar debido a la incapacidad para, incluso en aquellos casos en que las relaciones se encuentran reconocidas como laborales, descubrir el entramado empresarial que lo contiene en aras de determinar responsabilidades alrededor de posibles incumplimientos. Aun así, no es la faceta individual la que se pretende examinar aquí sino su repercusión en el campo de lo colectivo.

El panorama en este aspecto tampoco es alentador pues la disgregación del conjunto de trabajadores ha tornado más dificultosa la intervención sindical y su efectividad. Esta, llevada a cabo desde perspectivas basadas en el marco de un paradigma que ya no existe, ha perdido llegada a los trabajadores que intenta representar. En ese marco, resulta lógico y hasta esperable que el nuevo escenario heterogéneo de trabajadores le imparta prejuicios y manifieste su desconfianza abiertamente en circunstancias que tornan cada vez más compleja la determinación de intereses comunes, que en el pasado resultaban más palpables.

A su vez, se da una diferenciación entre los trabajadores pertenecientes a un mismo proceso productivo en el grado de protección gozado en la que unos se encuentran enmarcados por

un convenio colectivo que brinda mayor seguridad o mejores condiciones de trabajo que otros, y en donde se fomenta la competitividad entre unos y otros a través de estas diferencias, lo cual repercute negativamente en la capacidad de influencia sindical. Asimismo, este mecanismo divisor opera como reductor de las dimensiones y plantilla de trabajadores de las empresas lo que genera una menor presencia de la representación sindical y mayor capacidad de control por parte de la empresa empleadora en el desarrollo de la actividad gremial (en nuestro sistema con base en el art. 45 de la LAS).

A este contexto, ha venido a incorporarse el teletrabajo como modalidad organizacional de la prestación con características propias en la que la descentralización se da a través de la deslocalización porque la prestación no es llevada a cabo dentro del establecimiento, lo que no hace sino incrementar estas dificultades planteadas. En primer lugar, debido a que los indicios clásicos para determinar la existencia de un contrato de tipo laboral pueden no resultar del todo orientativos y aportar a la confusión en torno a su determinación y en segundo lugar porque su forma de organización tiende a intensificar la dispersión geográfica en el que muchas veces el trabajo es prestado desde el hogar o un lugar remoto aislado, como así también la atomización. Estos elementos ya estaban presentes en el tradicional trabajo a domicilio, cuya agremiación ha sido dificultosa lo que ha provocado un estado de indefensión sobre las trabajadoras a domicilio tal que su nivel de precariedad ha alcanzado niveles extremos. Sobre la relación de esta modalidad con el teletrabajo podría hacerse un trabajo aparte dada la necesaria mirada que debe tenerse del pasado para poder analizar el futuro sin embargo lamentablemente excede el marco del análisis por lo que limitaremos a sostener que existe entre ambas modalidades un paralelismo que merece la pena atender con el objetivo de corregir las falencias que han tenido las organizaciones sindicales para representar de modo efectivo los intereses de aquellas (el género femenino no es casual sino que obedece a la estadística arrolladora que nos dice que hasta el 85% del personal de trabajo a domicilio eran mujeres, que han desarrollado su labor bajo condiciones de explotación). Aun así, como dice Sellas Bengivut, cabe reconocer que el teletrabajo presenta aspectos

sociológicos distintos al del trabajo a domicilio de antaño dada la insoslayable incorporación de la tecnología y la mayor formación de los teletrabajadores (6).

Por último en el esquema de análisis, el otro elemento presente al que debe colocarse el foco de atención se encuentra en el hecho de que las condiciones de trabajo y salario de las empresas subcontratadas suele ser inferior a las de los trabajadores de la empresa principal contratante que deriva parte de su ciclo en estas actividades como bien señala el Informe Supiot, aunque esta es una circunstancia ya conocida. Esto no es casual, sino que obedece, en parte, a una deliberada intención de “huir” del mayor nivel protectorio que suelen dar los convenios colectivos de las empresas denominadas “principales”.

De modo que frente a estas complejidades que introduce la descentralización de la producción, las principales herramientas o recursos a los que el trabajador puede recurrir en defensa de sus intereses son de carácter colectivo, esto es, a través de la acción sindical y la negociación, por lo que resultará trascendente que los sujetos colectivos hallen recursos o vías para intensificar la defensa del interés de todos los trabajadores. Y es allí donde se presentan los desafíos gremiales dado que como dijera aquella descentralización favorece la disgregación del conjunto de trabajadores reduciendo así el campo de acción y por tanto la efectividad de los acuerdos alcanzados. Si a la mayor atomicidad que introduce la externalización de procesos, se le adiciona la dispersión geográfica que naturalmente posee la modalidad de trabajo a distancia en lo que se ha denominado el “taylorismo digital” dado que las fases del proceso se externalizan hacia lugares muy distantes a través de la utilización de la tecnología, el resultado redundará inevitablemente en un debilitamiento de la representación sindical y por lógica en un empeoramiento de las condiciones de trabajo.

Ante estas circunstancias tan complejas, deberá el sistema de derecho colectivo hallar mecanismos que mantengan vigente el principio protectorio por el que debe bregar. Algunas respuestas dadas por modelos en otros países han

sido desde la constitución de unidades de negociación para grupos de empresa y hasta la existencia de comisiones “intersindicales”, mientras que en otros la respuesta ha ido por la imposición de criterios de igualdad en las condiciones de trabajo de los empleados de las empresas principales respecto de aquellas tercerizadas que desarrollan su labor insertos en aquella “red”. Aun cuando esta última tesitura podría presentar razonables oposiciones, nada obstaría a que dentro del marco de la amplia autonomía colectiva de que se dispone se celebren acuerdos que incluyan a las representaciones sindicales y empresariales tanto de las empresas principales como de las tercerizadas y que establezcan acuerdos mínimos de igualación.

El desafío de la representación sindical se encuentra en la superación del clima “antisindical” que subsiste en las empresas contratistas donde la precariedad y la “esperanza” del trabajador en ser traspasado a la empresa principal donde pueda obtener mejores condiciones, cumplen su objetivo de control de la actividad gremial; para ello debe interiorizarse en las necesidades específicas, de igual modo que ocurre en el caso de los “excluidos” del sistema de relaciones del trabajo dada la contratación de personal autónomo al que por lógica, al no serle reconocida la relación laboral, se lo excluye de todo tipo de defensa colectiva. Allí la acción sindical será determinante para hallar el modo de superar las barreras de dispersión que interpone la modalidad.

La creación de nuevas formas de negociación que se adapten al fenómeno de la descentralización resulta a su vez imprescindible. La transversalidad será un factor determinante, pues si los sindicatos permanecen en posturas conservadoras correrán el riesgo de profundizar la precarización y desigualdad de las relaciones laborales, alimentando así la creciente desconfianza que los propios trabajadores les profieren.

IV. El teletrabajo y su regulación en la actividad sindical

Sabido es que en nuestro país se sancionó recientemente el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo a través de la ley 27.555 y que allí se incluyó numerosas disposiciones que remiten a

(6) SELLAS BENGIVUT, "El régimen jurídico del teletrabajo en España", Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 94.

la negociación colectiva como fuente de regulación específica comenzando por su artículo primero en el que al fijar el objeto efectúa en forma expresa esta remisión. También es dable señalar que en el artículo tercero la norma determina que los convenios colectivos *deben*, acorde a la realidad de cada actividad, prever una combinación entre prestaciones presenciales y por teletrabajo, dejando así una directiva clara en cabeza de los sujetos colectivos que llevan a cabo aquella negociación. Por su parte en el artículo octavo la remisión a la regulación convencional es *total* dado que al delimitar el principio de reversibilidad para aquellos casos que se pauten la modalidad de teletrabajo desde el inicio, se estipula que un eventual cambio hacia lo presencial operará de acuerdo con lo que se establezca en la negociación colectiva. De igual modo se fijó la compensación por el uso de las herramientas de trabajo.

A ello cabe agregar que los arts. 12 y 13 establecieron las bases de aquella negociación. El primero determinó el goce de todos los derechos colectivos a los teletrabajadores quienes deben ser considerados como parte del conjunto de trabajadores que se desempeñan en forma presencial; este primer principio había sido receptado ya en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo celebrado por diversos estamentos gremiales y empresariales Europeos, al que si bien Thibault Aranda le asignó el valor de un “pacto de caballeros”, lo cierto es que sus bases guiaron la regulación de la modalidad no solo en su implementación en los países integrantes de la UE sino también en América, por caso nuestro país donde a través del PROPET se estimuló la celebración de convenios que introduzcan el teletrabajo en la negociación. Para asignar un marco jurídico mínimo fijaron pautas básicas que fueron tomadas de aquel acuerdo marco europeo en donde como dijera, se estableció que los teletrabajadores poseen los mismos derechos colectivos que el resto de los trabajadores de la empresa y aclaró que no debía obstaculizarse la comunicación con los representantes de los trabajadores. La reciente norma española del Real decreto ley 28/20 en su art. 19.3 fue un paso más allá y fijó la obligación para la empresa de suministrar a los representantes sindicales elementos precisos para el desarrollo de su actividad, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas

de uso en la empresa y la implantación del tablero virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación. Este elemento no es menor y cabe señalar que al respecto nuestro régimen legal nada dijo siquiera lo legó a la negociación colectiva en forma expresa, por lo que cabrá esperar si al respecto se expide el decreto reglamentario. La facilitación de la actividad sindical por parte de quien controla la plataforma de trabajo resulta tan importante como permitir el acceso del representante gremial al establecimiento físico y facilitar su labor. En un contexto de dificultad de acceso y dispersión física, no parece desatinado prever en forma expresa una responsabilidad empresarial de facilitar el acercamiento entre un trabajador y su representante gremial. Sin embargo, para ello resultará preciso que los sindicatos en nuestro país den un paso adelante en el manejo de sus comunicaciones y vías de acción adaptando su conducta y análisis al contexto de las nuevas relaciones laborales que demandan se contemple la utilización de tecnologías y adecuación de las herramientas sindicales a los nuevos formatos de prestación de servicios.

Por su parte en otro orden el art. 13 del régimen legal estableció que la representación sindical y por tanto el derecho de negociar colectivamente será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios el teletrabajador. La negociación por rama de actividad reconoce su “generalización” a partir de la década del 40 en nuestro país, y sobre ella fue estructurándose la regulación normativa cuyo repaso excede la capacidad de este trabajo. Este diagrama organizativo está basado en que el conjunto de trabajadores a representar se vincula con la actividad económica en la que se desempeña cada trabajador, la que a su vez depende de la actividad principal a la que está dedicado su empleador. Esto no presentaba mayores dificultades en el esquema tradicional de empresa bajo el modelo “fordista” sin embargo la fragmentación de los procesos productivos y el avance de la subcontratación o tercerización, presenta dificultades dado que la diversificación del proceso de producción genera que en un mismo establecimiento coexistan múltiples actividades, tantos como empleadores formales puedan haber y por tanto distintos encuadramientos sindicales lo que redundará en una diferenciación en las condiciones de labor que

el esquema organizativo de negociación normativo no alcanza a comprender. En ese contexto el teletrabajo se incorpora como una variable de necesaria consideración dado que resulta insoslayable como ya repasara anteriormente que la modalidad es parte integrante de aquel proceso ya mencionado de descentralización y tercerización del proceso productivo. Allí, el sistema de derechos colectivos (dentro del cual se inserta el desarrollo de la negociación) no ha hallado respuesta adecuada para aquella problemática que ha introducido desde la década del 90' en nuestro país mecanismos de precarización en las condiciones de trabajo. Ello ha sido posible en parte a través de la coexistencia ya sea en un mismo establecimiento (en el caso de la tercerización de tipo "interna") o fuera del establecimiento pero como parte del mismo proceso de producción y con control del proceso de trabajo aunque sea en forma indirecta por parte del principal (tercerización "externa"), de un conjunto de trabajadores con distintas condiciones de labor, no con base en su categoría, puesto de trabajo o jerarquía sino en función del modo en que se insertan en el proceso o de la parte del proceso productivo en que se insertan, lo que lleva a que su empleador pertenezca a una rama o actividad o a otra, o bien que su contratación como ya expusiera se pueda dar en el marco de una presunta prestación de servicios excluida del derecho laboral. Pese a que como ya dijera, el conocimiento técnico que requiere el teletrabajo lleva a que sus trabajadores aún gocen de cierto mínimo negocial, la continuidad en el tiempo de las circunstancias desfavorables en el campo de la negociación colectiva llevará indefectiblemente a una precarización de sus derechos.

Aun así, la expresa determinación del art. 13 del Régimen Legal (que más que nada pretende dejar en claro que el teletrabajo no es una actividad o rubro en sí mismo, sino que es una modalidad organizativa de la prestación que puede enmarcarse en distintas actividades o diversos rubros) deja en evidencia cierta preocupación sindical por un éxodo de trabajadores que no sintiéndose incluidos por el modo en que se representan sus intereses, consideren una representación de otro tipo. Como indiqué, la cuestión ha sido expresamente normada por lo que cabrá a las asociaciones sindicales de actividad en nuestro país hacer frente a los obstáculos

que presenta la realidad organizativa hoy, tomar la responsabilidad que les ha sido delegada y atender los intereses particulares de los trabajadores que se desempeñen bajo esta modalidad en función de las complejidades que presenta el universo empresarial.

En cuanto al contenido de aquella negociación el Manual de Buenas Prácticas para el Teletrabajo de la OIT, aconsejaba una serie de pautas básicas para tener en consideración: Voluntariedad y reversibilidad, Remuneración, Compensación adicional, Jornada de trabajo, Formación y capacitación, Evaluación y desarrollo profesional, derecho de información, Comunicación, Instalaciones y equipamiento. Confidencialidad y protección de los datos de la empresa, Protección de la salud, seguridad e higiene, Sistema de control, protección del derecho a la intimidad del teletrabajador y Visitas al domicilio del teletrabajador, sin que estos temas resulten taxativos o excluyentes de otros que puedan surgir. Viviana Díaz (con reconocida trayectoria e influencia en el desarrollo de la modalidad en el país) (7) al respecto sostiene que la representación sindical debe transitar un cambio para lograr el objetivo, lo que necesariamente implica aprovechar las modernas vías de comunicación existentes para acceder a los trabajadores físicamente aislados, atender y representar en forma efectiva las demandas de las nuevas generaciones de trabajadores como así también del marco heterogéneo que representan y generar una interacción constante, permeable al cambio, entre el mundo "digital" y el presencial.

V. ¿Prioridad o exclusividad? La negociación colectiva la ejerce quien ostenta la personería gremial y no debe eludir su responsabilidad para no dar lugar a la disgregación del sistema

En consonancia con la responsabilidad en la negociación de que se ha tratado en el párrafo precedente, resulta dable señalar que de un tiempo a esta parte y reavivado recientemente por la Sentencia dictada por la CS en el caso "Ademus", se ha dado lugar a un debate en torno a la potestad del sindicato con personería gre-

(7) DIAZ, Viviana, nota disponible en: <https://noticias.perfil.com/noticias/costumbres/como-sera-el-telesindicalismo.phtml>

mial para intervenir en las negociaciones colectivas cuestionándose si dicha prerrogativa debe ser exclusiva o bien prioritaria respecto de otras que poseen sindicatos por caso con la simple inscripción. La cuestión adquiere especial relevancia sobre el tema que aquí se trata, en especial dada la ya mencionada directiva que se incluyó en el Régimen Legal de Teletrabajo a través de la cual se instruyó para que determinadas condiciones sean reguladas a través de la negociación colectiva. Esta delegación no es menor ni es del todo novedosa. Al respecto cabe recordar que una situación con algunas aristas similares se dio con la sanción de la ley 24.013 que en su art. 24 estableció la expresa obligación de negociación por parte de las comisiones negociadoras (valga la redundancia) de los convenios colectivos sobre diversas materias, entre ellas, la incorporación de la tecnología, el establecimiento de sistemas de formación que faciliten la polivalencia de los trabajadores, la movilidad funcional y entre otras, la implementación de las distintas modalidades de contratación previstas por la propia ley 24.013. Aunque como bien ha señalado Fernández Campón al comentar el artículo, negociar no es sinónimo de acordar, por lo que la última frase del artículo despeja toda duda al respecto al afirmar que la falta de conclusiones en alguna de las materias no obstará a la homologación del convenio colectivo **(8)**. No es casual la analogía dado el posible paralelismo existente entre los mecanismos de flexibilización en las condiciones de trabajo propiciadas por el Estado otrora en la década del 90' y la conminación dada por la norma precitada para que se negocien aquellas en las comisiones negociadoras, con los requerimientos flexibilizatorios que convoca la modalidad del teletrabajo y nuevamente, este llamado legal a que se acuerde parte de su implementación a través de la negociación colectiva. Lo cierto, dejando prejuicios a un lado, es que relegar ciertos aspectos regulatorios a la negociación colectiva permite llevar a cabo una mejor implementación. Sabido es que la autonomía privada colectiva posee entre sus ventajas, la mayor especificidad por sobre la norma heterónoma. Es decir, tiene la cualidad de poder atender con mayor precisión las particularidades que puede

presentar cada sector en su desarrollo, de modo que la instauración de estas formas de organizar el trabajo se adapte de mejor manera a cada una de las relaciones laborales y respondiendo así con mayor eficacia a las necesidades de todas las partes. Pero retomando la temática planteada, cabe decir que no han sido pocos los especialistas en la materia que han cuestionado el sistema de exclusividad que en forma expresa determina el art. 31, inc. 3° de la ley 23.551 a las asociaciones sindicales con personería gremial para intervenir en las negociaciones colectivas. Como bien ha sido reiteradamente señalado, lo cierto es que tanto el Comité de Libertad Sindical de la OIT como la CEACR, han defendido el reconocimiento de ciertas prerrogativas a las organizaciones con mayor representatividad reconocida y a la vez han sostenido que estas no deben exceder —en lo que nos atiene aquí— a una prioridad en materia de representación en la negociación colectiva (en contraposición a la exclusividad que estipula la ley argentina). Esta doctrina ha sido citada por la CS en reiterados fallos (ATE 1, Rossi, ATE 2, Nueva Organización de Trabajadores Estatales, entre otros) y como cité anteriormente, el fallo emitido en el caso Ademus no ha sido la excepción, aunque en particular el caso adquiere relevancia dado que la postura mayoritaria ha fijado un límite a la desestructuración del modelo sindical argentino. El voto mayoritario, si bien ha sostenido la constitucionalidad del art. 31, inc. c, le ha atribuido una significancia de “prioridad”, en consonancia con los requerimientos de validez invocados por los organismos de la OIT precitados, por sobre lo que el texto de la norma literalmente dice. Por su parte el voto —en disidencia— del Juez Rosatti abre una interrogante sobre la cuestión. Allí planteó la importancia de las tres características que debe tener el modelo sindical para estar acorde con el art. 14 bis de la CN, que son: libertad, democracia y desburocratización. Con base en dicha premisa afirmó que el régimen legal no puede “retacear” tales derechos so pretexto de la mayor representatividad del sindicato con personería gremial dado que esta debe expresarse en la composición cuantitativa de la mesa paritaria sin que ello excluya a los otros sindicatos. Como parte de su tesis aclaró que no es impedimento para su sustento que los órganos de la OIT llamados a interpretar sus disposiciones toleren la priori-

(8) FERNÁNDEZ CAMPÓN, "Régimen Nacional de Empleo", Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 49.

dad en favor de un tipo de sindicato que en la práctica signifique la exclusión de otros dado que la propia constitución de la OIT dice que ningún convenio puede menoscabar norma alguna que garantice condiciones más favorables para los trabajadores y que el propio art. 75, inc. 22 de la CN establece que los tratados y convenios internacionales no pueden ser entendidos como derogatorios de derecho y garantía alguna comprendida en la primera parte de nuestra norma fundamental. Esta postura no es del todo novedosa en el campo doctrinario en el que varios reconocidos juristas han objetado esta postestad, aunque su receptividad en un fallo (por ahora en disidencia) emitido por la CS, pone de relieve nuevamente la inquietud.

La relevancia del debate en torno a la temática aquí tratada es sustancial dado que pone en advertencia a las asociaciones sindicales con personería gremial que bajo la presunta tranquilidad de ostentar aquella unidad negocial ejercen su labor sin una adecuada actualización de contenidos. Datos oficiales publicados por la Dirección de Estudios y Estadísticas de Relaciones de Trabajo (dependiente del Ministerio de Trabajo) dejan en evidencia algunas de estas falencias. El estudio del último cuatrimestre del 2019 expone que, como ha sido una constante en la negociación colectiva de los últimos tiempos, las cláusulas con mayor relevancia han sido las salariales, presentes en el 69% de los acuerdos y convenios. Resulta innegable la trascendencia de la permanente actualización remunerativa en un marco de continua inflación como la que se da en nuestro país, sin embargo, eso no puede hacer a un lado la modernización o actualización del contenido de los acuerdos en un marco muy dinámico como el que impone la realidad social. Los datos publicados han informado que las cláusulas que establecen condiciones de trabajo en el establecimiento (jornadas, licencias, etc.) tuvieron una incidencia del 11%, las cláusulas de equidad de género del 5%. Dentro de las primeras, las relativas a la capacitación del personal rondó apenas el 7%, siendo en un contexto de continua evolución tecnológica imprescindible para los propios trabajadores su continua readecuación. Ramírez Bosco refiere que en los últimos veinte años las negociaciones colectivas no tuvieron casi más contenido que las cláusulas salariales o las vinculadas al financiamiento sindical. De

hecho, prosigue, en el medio nacional, las negociaciones más que nada tuvieron el objeto de corregir los efectos de la inflación monetaria sobre las remuneraciones (9).

Una interrogante posible —sin pretensión de respuesta certera— al voto de Rosatti es si efectivamente una composición más heterogénea en la mesa de negociación redundaría en una condición más favorable para los trabajadores (sustento este último utilizado al citar la Constitución de la OIT para justificar la prevalencia del carácter desburocratizado y libre del modelo comprendido en el art. 14 bis de la CN por sobre las interpretaciones que han hecho las Comisiones de Expertos en torno al Convenio de Libertad Sindical admitiendo como ya se dijera ciertas prerrogativas en la materia). Sin embargo, aun cuando en el presente trabajo se intenta destacar la responsabilidad que cargan los sindicatos con personería gremial y exponer algunas de sus carencias, no puede dejar de repararse que el Convenio 154 OIT sobre negociación colectiva, ratificado por nuestro país, en su art. 3°, inc. 2°, previene que la inclusión de los representantes de los trabajadores en la empresa en las negociaciones no debe ser utilizada en menoscabo de la posición de las organizaciones sindicales. Es decir, se prioriza allí la fortaleza de la postura gremial por sobre la mayor heterogeneidad como eje a tener en consideración pues es en dicha estructura en la que se apoya nuestro modelo sindical para defender los intereses de los trabajadores. Es justamente en el fortalecimiento de la acción colectiva donde se efectiviza la igualación negocial con la contraparte empresarial. Como bien subraya Pablo Topet (10), es la propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT la que en una observación a nuestro país dirigida en 1998 sobre el Convenio 87 refirió que “la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar al movimiento sindical y menoscabar los intereses de los trabajadores” por lo que, sostiene, si acaso debe reformularse el sistema debe siempre realizarse la

(9) RAMÍREZ BOSCO, ob. cit., ps. 100/101.

(10) TOPET, Pablo A., “Consideraciones sobre el caso Ademus y los criterios de la CSJN sobre libertad sindical”, Revista La Causa Laboral disponible en <http://www.lacausalaboral.net.ar/doctrina-2-topet.html>

modificación preservando la unidad de representación del interés colectivo, eje fundamental del sistema y no debe claudicarse en su defensa frente a los argumentos que bajo un halo de liberalidad e igualdad, terminan propiciando la fragmentación y la pérdida de la fuerza de negociación del colectivo de trabajadores.

De tal manera, resultará trascendente que los sujetos representantes de los trabajadores ejerciten la responsabilidad con que fueron dotados por el modelo sindical argentino y no evadan la negociación sobre temas centrales que requieren las relaciones de trabajo hoy, para no dar lugar a cuestionamientos a los que resulta razonable aceptar pero que adquirirán mayor contundencia en la medida en que las organizaciones gremiales con capacidad para llevar a cabo las negociaciones colectivas, no logren reformularse para representar de manera más efectiva a los trabajadores y sus demandas en las que el teletrabajo adquiere hoy una preponderancia inevitable. La adaptación de los Convenios Colectivos de Trabajo a las distintas realidades que operan hoy sobre cada sector y actividad es insoslayable y la omisión de las exigencias de atención sobre la recapitación de trabajadores, adecuación de la jornada en función de situaciones particulares y demás condiciones especiales que precisa la modalidad, no puede sino acarrear consecuencias negativas para cada uno de los actores sociales.

VI. Algunas reflexiones finales

El desarrollo de algunas de las problemáticas actuales que enfrenta el sujeto representante de los trabajadores en la negociación colectiva nos ha dejado ante la evidente conclusión de que el modelo precisa de reformas que se adapten a los profundos cambios que han atravesado las relaciones sociales y como parte integrante de aquellas, las relaciones de trabajo. Sostener una postura conservadora solo puede conducir a retroalimentar la crisis que atraviesa la representación sindical en momentos en que se encuentra en el eje del debate su participación en las relaciones laborales. Los últimos tiempos se han ahondado las grietas del modelo sindical y ha expuesto parte de sus falencias; sin embargo, ello no debe conducir a su despedazamiento en nombre de una pretendida liberalidad e igualdad. Por el contrario, las bases que sus-

tentan su funcionamiento no deben socavarse sino fortalecerse, y allí radica la trascendencia de que las representaciones gremiales asuman la responsabilidad que conllevan a través de las potestades que el Estado les reconoce. Para ello es preciso que los sindicatos elaboren planes de modernización no solo comunicacional, sino también en el desarrollo de sus contenidos a los que deberán adelantar a los días que corren. Para concluir habré de citar al maestro Rodríguez Mancini quien, precursor de los tiempos venideros, enseñaba: “[L]as transformaciones de la sociedad en crisis deben ser acompañadas por la actuación sindical, evitando una posición conservadora que bajo la apariencia de la defensa de las conquistas laborales conduce a oponer obstáculos infranqueables al progreso de la sociedad en la que el sindicato actúa y en la que los trabajadores representados deben obtener los medios para su adecuada realización. Para esto, se requiere una fuerte dosis de modestia y seriedad para atreverse a actualizar las estructuras jurídicas adaptándolas a las exigencias de la sociedad en la que se desarrolla la vida de ese sindicalismo y a la que debe servir, como instrumento de los que la comunidad dispone para el logro del fin propio del hombre” (11). La dinámica propia de las relaciones avanza a pasos que las estructuras sindicales no logran seguir y el derecho del trabajo también posee allí un desafío. El análisis de los paradigmas actuales no puede llevarse a cabo bajo la sola óptica del pasado, sino que debe contemplar el porvenir. En ese sentido, las relaciones de teletrabajo presentan como hemos visto una serie de aristas que no pueden soslayarse. Las demandas sociales se inclinan hacia un reconocimiento de la flexibilización que la modalidad requiere, pero con un sentido del equilibrio que, bajo una pretendida conciliación de la vida personal y profesional, no lleve al aplastamiento de una sobre otra. Nuevamente, el rol de los sindicatos resultará determinante y para ello, es preciso no solo que efectivamente lleven a cabo las directivas de negociación que la ley les ha impartido, sino que logren establecer canales de comunicación con los propios trabajadores a los que ya no tienen fácil acceso en los establecimientos centralizados. Asimismo, el desafío para el mo-

(11) RODRÍGUEZ MANCINI, "La negociación colectiva", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 41.

delo sindical y el derecho del trabajo estará en la adaptación que puedan llevar a cabo sobre la estructural descentralización de la producción. Para lograr tan importante objetivo, será vital que la flexibilización arribe en primer orden a las propias organizaciones sindicales que deberán dejar de lado posturas de auto conservación para dar lugar a una modernidad a la que, quien no se adapta, lo avasalla. El futuro del derecho del trabajo dependerá en parte de ello.

**DOSSIER LIBERTAD SINDICAL -
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**

LIBERTAD SINDICAL

Sindicatos con personería gremial. Constitucionalidad de la facultad exclusiva de intervenir en las negociaciones colectivas. Sentencia que declara inconstitucional el art. 31, inc. a), de la ley 23.551. Norma que no rige el caso. Procedencia del recurso extraordinario. Disidencia.

Con nota de Jorge J. Sappia

1. — Se deja sin efecto la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 31, inc. a), de la ley 23.551, sin advertir que no era esa la norma que regía específicamente el caso y proporcionando fundamentos que exhiben una notoria distorsión de la doctrina constitucional establecida por la Corte Suprema en la materia. En el caso se impugnó la constitucionalidad de una resolución ministerial (2061/14) que homologó el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable al personal de la Municipalidad de Salta (1413/14 “E”), por cuanto en la celebración de este acuerdo no se les dio participación a los sindicatos simplemente inscriptos del sector.
2. — La prerrogativa de los sindicatos con personería gremial para “intervenir en las negociaciones colectivas” no está reglada en el art. 31, inc. a) de la ley 23.551, como afirmó el juez, sino específica y concretamente en el inc. c) de ese artículo. Respecto a este puntual precepto la Cámara no efectuó ninguna objeción; en efecto, en ningún tramo de su pronunciamiento lo examinó, a fin de discernir si resultaba compatible con la Norma Fundamental. En esas condiciones, la línea argumental sobre la que se asienta la conclusión del fallo está claramente desprovista de sustento, pues no ha sido desarrollada en torno al texto legal que rige el caso.
3. — Las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos de consulta de la OIT en las que la Corte Suprema ha asentado su doctrina constitucional dan una inequívoca respuesta a la situación suscitada en el caso. El art. 31, inc. c), de la ley 23.551, que reconoce a los sindicatos más representativos —esto es, los que cuentan con personería gremial— una prioridad en la negociación colectiva no resulta constitucionalmente objetable. La misma regla, contenida en el art. 1º de la ley 14.250 de CCT (texto vigente), mantiene, pues, toda su eficacia como acertadamente ha observado la recurrente en términos que el juez desechó con erróneo fundamento. En consecuencia, la concertación del CCT 1413/14 “E” solo con el sindicato con personería gremial no merece

reproche alguno, por lo que carece de sustento la objeción constitucional formulada por la Cámara respecto de la res. 2061/2014 que lo homologó.

4. — Un modelo sindical libre es, desde la perspectiva del trabajador, aquel que le ofrece la posibilidad de pertenecer a uno, a más de uno o a ningún sindicato, no quedando el derecho a trabajar supeditado a una afiliación gremial; desde la perspectiva institucional es un modelo que desalienta la concentración y el monopolio (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
5. — Un modelo sindical democrático es el que se organiza sobre la base de la representatividad de sus administradores, la activa participación de los afiliados y el pluralismo, lo que involucra la integración de la minoría o las minorías en la toma de decisiones (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
6. — Un modelo sindical desburocratizado es aquel que reconoce los derechos gremiales constitucionales a las organizaciones de trabajadores —en tanto entidades llamadas a coadyuvar en la promoción del bienestar general— “por la simple inscripción en un registro especial” (art. 14 bis, 1er párr.), requisito que se cumple con la registración prevista en la ley 23.551 (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
7. — El régimen legal infraconstitucional no puede retacear tales derechos justificándolo “en la mayor representatividad” del sindicato con personería gremial. En el ámbito de la negociación para celebrar convenios colectivos, la “mayor representatividad” de un sindicato debe expresarse en la composición cuantitativa de la mesa paritaria, sin que ello autorice a excluir a los sindicatos menos representativos. De lo contrario se estaría desvirtuando —ministerio legis— el perfil democrático que la Constitución explicita en el art. 14 bis no solo en referencia a la organización interna de los gremios, sino también a la relación intergremial (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

CS, 03/09/2020. - ADEMUS y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otro s/ amparo sindical.

[Cita on line: AR/JUR/34907/2020]



COSTAS

Por su orden en atención a la índole de las cuestiones debatidas.

FSA 648/2015/CS1

Buenos Aires, septiembre 03 de 2020.

Considerando:

1º) Que la Agremiación de Empleados Municipales de Salta (ADEMUS), con la adhesión de la Asociación de Trabajadores Municipales de la Ciudad de Salta (ATMCS) y el Sindicato de Trabajadores Municipales de Salta (STMS), promovieron una acción de amparo contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) y la Municipalidad de Salta con el objeto de que: a) se declare la inconstitucionalidad de la resolución 2061/14, homologatoria del Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 1413/14 “E” y de este convenio, en especial de su art. 131 en cuanto concede privilegios a las asociaciones con personería gremial; b) se ordene integrar la comisión renegociadora del CCT con ADEMUS; c) se tenga a las demandadas por incursas en “prácticas desleales”; d) se disponga el cese de toda conducta antisindical respecto de ADEMUS. Como medida cautelar, requirieron que el municipio se abstenga de retener a los trabajadores representados por los mencionados sindicatos el “Aporte Solidario” previsto en el art. 131 del CCT 1413/14 (fs. 15/35).

2º) Que el juez de primera instancia hizo lugar al amparo. Entendió que el art. 31 de la ley 23.551 (de asociaciones sindicales), en cuanto otorga derechos exclusivos a los sindicatos con personería gremial para defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores e intervenir en las negociaciones colectivas, es inconstitucional dada su incompatibilidad con los principios de libertad, pluralidad sindical y no exclusión. Asimismo, consideró arbitrario que no se le hubiese permitido a la actora participar en la renegociación del convenio homologado (fs. 185/201).

La Unión de Trabajadores Municipales de Salta (UTMS), único sindicato con personería gremial del sector que suscribió el CCT impugnado, tras solicitar su incorporación como tercero al proceso, apeló esa decisión.

3º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta desestimó el recurso. Para decidir de tal modo consideró que:

a) debía desecharse lo argüido acerca de que el derecho exclusivo de los gremios con personería gremial para negociar colectivamente no nace solo del art. 31 de la ley 23.551, como se entendió en origen, sino también del art. 1º de la ley 14.250 y fundamentalmente del art. 14 bis de la Constitución Nacional; la Comisión de Expertos en la Aplicación de Conve-

nios y Recomendaciones de la OIT consideró que ello era compatible con el Convenio 87. En ese sentido lo resuelto en primera instancia resultaba “conteste con la doctrina asentada por...” esta Corte en “ATE” (Fallos: 331:2499; 2008), reiterada en “Rossi” (Fallos: 332:2715; 2009), “ATE” (Fallos: 336:672; 2013) y, más tarde, en CSJ 143/2012 (48-N)/CS1 “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo” (fallo del 24 de noviembre de 2015);

b) en esos precedentes la Corte declaró inconstitucionales ciertas disposiciones de la ley 23.551 que conceden a los sindicatos con personería gremial privilegios que exceden de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, en detrimento de la actividad de los simplemente inscriptos del mismo ámbito de actuación;

c) específicamente, en “ATE” (de 2013) la Corte “declaró la inconstitucionalidad del art. 31.a de la ley 23.551 en cuanto impidió que la actora (ATE) representara los intereses colectivos invocados por conside(rarlo) un derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial”;

d) “con arreglo a tales precedentes, no cabe sino concluir que, contrariamente a lo que postula el recurrente, con base...(en la normativa constitucional e internacional)...y en las recomendaciones de la...Comisión de Expertos, el art. 31 inc. a) de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, en cuanto establece que es derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, es inconstitucional. Ello, por cuanto tal privilegio excede de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas”;

e) ningún peso tiene el argumento del recurrente en el sentido de que dicha exclusividad también viene dada por el art. 1º de la ley 14.250 (t.o. 2004), pues dicha norma... es anterior a la declarada inconstitucional, por lo que ya no puede ser interpretada de manera aislada;

f) “en cuanto a lo manifestado por el recurrente en el sentido de que el juez de grado no se expidió acerca de la petición de invalidez del art. 131 del CCT, resta añadir que dicha omisión —tal como lo señalara el magistrado— fue consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 2061, lo que trae aparejada la inaplicabilidad del “aporte solidario” previsto en la citada norma, por lo que a la luz de lo

que aquí se resuelve dicha inaplicabilidad también debe ser confirmada”.

4°) Que, contra tal pronunciamiento UTMS interpuso el recurso extraordinario de fs. 301/308, que fue concedido a fs. 339/340 en cuanto cuestiona la validez del art. 31 de la ley 23.551 y de la resolución 2061/14 del MTEySS por ser contrarios al art. 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la OIT.

En lo sustancial, el recurrente plantea que los jueces de la causa se expidieron sobre la constitucionalidad del art. 31, inc. a, de la ley 23.551 “¡pero lamentablemente esa no era la cuestión discutida en autos! ... Es que, efectivamente, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad (de dicha norma)... pero las potestades allí acordadas no son las de celebrar convenciones colectivas de trabajo, puesto que ellas surgen del inc. c) del artículo, y son diametralmente diferentes” (fs. 304).

5°) Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal bastante que habilita su tratamiento por la vía elegida pues el *a quo* consideró violatoria del principio de libertad sindical (art. 14 bis de la Constitución Nacional y Convenio 87 de la OIT) y, por lo tanto, inconstitucional, la resolución 2061/14 que homologó el CCT 1413/14 “E” en virtud de que en la negociación de este fueron excluidos los sindicatos simplemente inscriptos del sector, exclusión que entendió derivada de la aplicación del art. 31, inc. a, de la ley 23.551 norma que también reputó inconstitucional.

A efectos de dilucidar la cuestión traída solo se abordarán los puntos que resulten pertinentes para la resolución de la controversia, pues, como reiteradamente lo ha puntualizado este Tribunal, los magistrados no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes (Fallos: 300:522 y 1163; 301:602; 331:2077).

6°) Que el *a quo* ha ejercido la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia —entendida como la última ratio del orden jurídico—, cual es la de declarar la inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal (Fallos: 328:2567 y 4542; 340:141, entre muchos más), concretamente el art. 31, inc. a, de la ley 23.551, sin advertir que no era esa la norma que regía específicamente el caso y proporcionando fundamentos que exhiben una notoria distorsión de la doctrina constitucional establecida por esta Corte en la materia.

7°) Que, en efecto, mediante la presente acción de amparo se impugnó la constitucionalidad de una resolución ministerial (2061/14) que homologó el CCT aplicable al personal de la Municipalidad de Salta (1413/14 “E”), por cuanto en la celebración de este

acuerdo no se les dio participación a los sindicatos simplemente inscriptos del sector. Se formuló también similar cuestionamiento a ciertas disposiciones de tal convenio que conceden privilegios a las asociaciones con personería gremial. Los jueces de la causa consideraron que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del proceso negociador del convenio colectivo hallaba su origen en la previsión del art. 31, inc. a, de la ley 23.551 que confiere con carácter exclusivo a las asociaciones sindicales con personería gremial el derecho de “defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores”. Sostuvieron que esa norma resultaba inconstitucional a la luz de la doctrina de esta Corte establecida en los precedentes “ATE”, “Rossi”, “ATE” y “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”. Sin embargo, tal razonamiento es manifiestamente falaz.

La prerrogativa de los sindicatos con personería gremial para “intervenir en las negociaciones colectivas” no está reglada en el art. 31, inc. a, de la ley 23.551, como afirma el *a quo*, sino específica y concretamente en el inc. c de dicho artículo... Mas respecto a este puntual precepto —inc. c, valga la reiteración— la cámara no efectuó ninguna objeción; en efecto, en ningún tramo de su pronunciamiento, lo examinó a fin de discernir si resultaba o no compatible con la Norma Fundamental. En esas condiciones, la línea argumental sobre la que se asienta la conclusión del fallo está claramente desprovista de sustento pues no ha sido desarrollada en torno al texto legal que rige el caso.

8°) Que resulta evidente, además, que el *a quo* ha dado a la doctrina constitucional establecida por esta Corte sobre la materia un alcance que no tiene. Ciertamente, en ninguno de los precedentes citados en apoyo de su decisión fue puesta en tela de juicio la potestad conferida a los sindicatos con personería gremial para negociar colectivamente, como lo ha sido en el *sub lite*. En efecto, en la causa “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” (Fallos: 331:2499) se cuestionó la facultad reconocida a ese tipo de sindicatos para convocar la elección de delegados de personal (art. 41, inc. a, de la ley 23.551); en “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina” (Fallos: 332:2715), se impugnó el otorgamiento de protección especial a delegados y representantes gremiales de sindicatos con personería (art. 52 de la citada ley); en “Asociación de Trabajadores del Estado” (Fallos: 336:672) se discutió el derecho conferido a las asociaciones referidas de representar con exclusividad los intereses colectivos de los trabajadores ante el Estado y los empleadores (art. 31, inc. a, íd.) en tanto que en CSJ 143/2012 (48-N)/CS1 “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pen-

sionados s/ amparo” (sentencia del 24 de noviembre de 2015) se objetó la concesión de franquicias y licencias especiales a delegados y dirigentes de sindicatos con personería (arts. 44 y 48 ib.).

9º) Que especial significación reviste el hecho de que, en los casos referidos, la descalificación constitucional de las normas que consagran las potestades exclusivas enunciadas hizo pie fundamentalmente en las observaciones que tanto la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y el Comité de Libertad Sindical formularon sobre la materia. Esas observaciones, lejos de otorgar respaldo a la tesis expuesta por el *a quo* —como este lo subrayó—, la desacredita a la par que le dan al problema planteado una clara respuesta en sentido adverso al que surge del fallo recurrido. Efectivamente, en el primero de los precedentes citados el Tribunal puso de relieve que la Comisión había recordado al Estado argentino “que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales” (Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 —núm. 87—, Argentina —ratificación: 1960—, 2008) [confr. Fallos: 331:2499, considerando 8º; cita que ha sido reproducida textualmente o se ha referenciado en los restantes casos; v. Fallos: 332:2715, considerando 6º, Fallos: 336:672, considerando 3º y 5º del fallo dictado en la causa “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”].

También en la sentencia mencionada esta Corte destacó que en la misma línea de razonamiento de la Comisión, el Comité de Libertad Sindical había expresado que “si bien a la luz de la discusión del proyecto de Convenio N° 87 y de la Constitución de la OIT (art. 5.3), ‘el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable’, es ‘necesario’ que la distinción no tenga como consecuencia ‘conceder a las organizaciones más representativas [...] privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales’” (*Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, OIT, 4ª ed. revisada, 1996, párr. 309) [confr. Fallos: 331:2499, considerando 8º, y los restantes fallos anteriormente referidos].

10) Que las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos de consulta de la OIT en las que esta Corte ha asentado su doctrina constitucional, como se adelantó, dan una inequívoca respuesta a la situación suscitada en el caso. El art. 31, inc. c, de la ley 23.551, que reconoce a los sindicatos más representativos —esto es, en nuestro sistema legal, los que cuentan con personería gremial— una prioridad en la negociación colectiva, no resulta constitucionalmente objetable. La misma regla, contenida en el art. 1º de la ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo (texto vigente), mantiene, pues, toda su eficacia como acertadamente ha observado la recurrente en términos que el *a quo* desechó con erróneo fundamento. En consecuencia, la concertación del CCT 1413/14 “E” solo con el sindicato con personería gremial no merece reproche alguno por lo que carece de sustento la objeción constitucional formulada por la Cámara respecto de la resolución 2061/2014 que lo homologó.

En tales condiciones se impone dejar sin efecto el fallo apelado, pues media en el caso el nexo directo e inmediato entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

Que el juez *Lorenzetti* suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la índole de las cuestiones debatidas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti* (en disidencia).

Disidencia del doctor *Rosatti*

Considerando:

1º) Que la Agrupación de Empleados Municipales de Salta (ADEMUS), con la adhesión de la Asociación de Trabajadores Municipales de la Ciudad de Salta (ATMCS) y del Sindicato de Trabajadores Municipales de Salta (STMS), promovieron una acción de amparo contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) y la Municipalidad de Salta, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 2061/2014, homologatoria del Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 1413/14 “E”, del citado convenio —en especial de su art. 131— y de toda otra norma que conceda privilegios a las asocia-

ciones con personería gremial incompatibles con los arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, y con los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Requisió, además, que se ordenara integrar las comisiones de negociación colectiva en el ámbito municipal con el sindicato actor, se tuviera a las demandadas por incursas en “prácticas desleales” y se dispusiera el cese de toda conducta antisindical respecto de ADEMUS. Como medida cautelar, solicitó que el municipio se abstuviera de retener a los trabajadores representados por ‘los mencionados sindicatos el “Aporte Solidario” previsto en el art. 131 del CCT 1413/14 (fs. 15/35).

Respecto de los aspectos fácticos, el sindicato demandante refirió que, al tomar conocimiento de que la Municipalidad y la asociación sindical Unión de Trabajadores Municipales (UTM) estaban negociando la renovación del CCT 278/96, efectuó presentaciones ante el intendente y el Concejo Deliberante, a fin de ser incorporado al proceso, sin obtener respuesta. Por ello, intimó por cartadocumento a la municipalidad y al Ministerio de Trabajo de la Nación para que cesara la negativa a su respecto de negociar un nuevo convenio. Luego, dijo, remitió nueva comunicación postal solicitando que la autoridad administrativa se abstuviera de homologar el convenio colectivo por haber sido ilegítimamente excluido de las negociaciones y por no haber sido aprobadas estas por el Concejo Deliberante, exigencia obligatoria conforme la Carta Orgánica Municipal (art. 35). Agregó que a fines del año 2014 tomó conocimiento de la resolución homologatoria cuestionada y de la desestimación de sus impugnaciones por carecer ADEMUS de personería gremial y, con ello, de legitimación para intervenir en procedimientos colectivos.

Sobre el convenio colectivo homologado, puntualizó que en su art. 131 establece una retención del 1,5% de los haberes de los trabajadores que no estuvieran afiliados a UTM —“aporte solidario”— consagrando con ello una “afiliación encubierta” violatoria de la libertad sindical de los afectados. Preciso que en el mismo artículo —tercer y cuarto párrafos— se estipula un aporte mensual de la municipalidad al sindicato UTM equivalente al 1% del total de los haberes remunerativos y no remunerativos de los trabajadores municipales alcanzados por el convenio —“contribución solidaria”— cláusula que consideró como una subvención directa a dicha asociación sindical en desmedro de otras que actúan en el mismo ámbito y, por tanto, lesiva de los principios de libertad y pluralidad sindical que rigen en el sector público.

2°) Que el juez de primera instancia hizo lugar al amparo. Entendió que el art. 31 de la ley 23.551 (de asociaciones sindicales), en cuanto otorga derechos exclusivos a los sindicatos con personería gremial

para defender y representar los intereses individuales y colectivos de los trabajadores ante el Estado y los empleadores e intervenir en las negociaciones colectivas, era inconstitucional dada su incompatibilidad con los principios de libertad, pluralidad sindical y no exclusión. Asimismo, decretó la inconstitucionalidad de la resolución 2061/2014 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en cuanto impidió que la reclamante participara en las negociaciones del convenio colectivo representando los intereses de los trabajadores afiliados, vulnerando el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como así también normas internacionales y jurisprudencia que individualizó.

En suma, juzgó arbitrario y carente de sustento que no se le permitiera al sindicato actor participar en la negociación o renegociación del convenio colectivo, y que se desestimara la petición formulada con anterioridad a la homologación en el expediente administrativo iniciado a tales efectos. Sobre esta base, resolvió que el convenio colectivo impugnado era inaplicable respecto de los afiliados de las entidades reclamantes. Sentado ello, consideró inoficioso pronunciarse sobre la validez del art. 131 del CCT 1413/14 “E”.

La Unión de Trabajadores Municipales de Salta (UTMS), único sindicato con personería gremial del sector que suscribió el CCT impugnado, tras solicitar su incorporación como tercero al proceso, apeló esa decisión.

3°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. Para decidir de tal modo, consideró que debían desecharse los planteos de la recurrente en el sentido de que el derecho exclusivo de los sindicatos con personería gremial para negociar colectivamente nacía no solo del art. 31 de la ley 23.551 sino también del art. 1° de la ley 14.250 y —fundamentalmente— del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Entendió que tampoco era de recibo que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT hubiera considerado que ello era compatible con el Convenio 87. En ese sentido, juzgó que lo resuelto en primera instancia era conteste con la doctrina de esta Corte en “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales” (Fallos: 331: 2499); “Rossi, Adriana M. c. Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumárisimo” (Fallos: 332:2715); “Asociación Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” (Fallos: 336:672) y CSJ 143/2012 (48-N)/CS1 “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, fallo del 24 de noviembre de 2015.

El *a quo* recordó que la Corte había considerado inconstitucionales ciertas disposiciones de la ley 23.551 que conceden a los sindicatos con personería gremial privilegios que excedieran i) del reconocimiento de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas; ii) de consulta por parte de las autoridades; y iii) de designación de delegados ante organismos internacionales, en detrimento de la actividad de los simplemente inscriptos del mismo ámbito de actuación. En particular, señaló que en el citado caso “ATE”, de 2013, la Corte había declarado la inconstitucionalidad del inc. a del art. 31 de la ley 23.551 en cuanto impedía que la actora representara los intereses colectivos invocados por considerarlos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial.

Sobre esa base jurisprudencial la alzada concluyó que el art. 31, inc. a, de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, en cuanto establece que es derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial defender y representar ante el Estado y los empleados los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, era inconstitucional. Ello por cuanto tal privilegio excedía de una mera prioridad en materia de negociación colectiva, para constituirse en una exclusividad no autorizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con igual jerarquía, el Convenio 87 de la OIT y en las recomendaciones de la citada Comisión de Expertos. El *a quo* sostuvo, en definitiva, que la doctrina de esta Corte sustituía el término “exclusividad” por el de “prioridad”.

En tales condiciones, el tribunal restó peso al argumento del recurrente en el sentido de que dicha exclusividad también estaba presente en el art. 1° de la ley 14.250 (t.o. 2004), pues dicha norma era anterior a la declarada inconstitucional, por lo que ya no podía ser interpretada de manera aislada, y confirmó la decisión del juez de declarar inconstitucional la resolución 2061/2014 homologatoria del convenio colectivo de trabajo.

Finalmente, descartó que el magistrado hubiera omitido expedirse sobre la invalidez del art. 131 del CCT, pues esto fue consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 2061/2014, que trajo aparejada la inaplicabilidad del “aporte solidario” previsto en la citada norma, medida que también confirmó.

4°) Que, contra tal pronunciamiento la UTMS interpuso el recurso extraordinario de fs. 301/308.

En primer término planteó la existencia de una cuestión federal directa en los términos del art. 14.1 de la ley 48, por cuanto la Cámara confirmó la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad

del art. 31 de la ley 23.551 y, consecuentemente, de la resolución 2061/14 del Ministerio de Trabajo de la Nación que homologó el CCT 1413/14 suscripto por la apelante.

Afirmó que el *a quo* —no obstante el error en la aplicación del derecho que supuso la cita del inc. a del art. 31 de la ley 23.551— compartió los fundamentos de inconstitucionalidad de las normas aplicables expuestos en la sentencia de primera instancia y, con ello, convalidó la inconstitucionalidad del derecho concedido por la ley a los entes con personería gremial como únicos sujetos que, en representación de los trabajadores pueden suscribir convenios colectivos.

A renglón seguido, sostuvo que además de la cuestión constitucional enunciada, existe mérito para la apertura de esta instancia excepcional por haberse fundado la decisión apelada en argumentos falaces, que otorgan al fallo solo una apariencia de formalidad, por lo que no constituye la adecuada resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de la alzada, todo ello en violación del debido proceso y del derecho de defensa.

En concreto, controvierte los alcances dados a la doctrina de esta Corte en los precedentes “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” (Fallos: 331:2499); “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina” (Fallos: 332:2715); “Asociación Trabajadores del Estado” (Fallos: 336:672) y CSJ 143/2012 (48-N)/CS1 “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, sentencia del 24 de noviembre de 2015. Refiere que en los precedentes citados este Tribunal declaró la inconstitucionalidad del inc. a del art. 31 de la ley 23.551, regla que no es aplicable al caso *sub examine* en el que se debate el derecho a suscribir convenciones colectivas de trabajo que la ley concede a la organización sindical con personería gremial en el inc. c del mismo artículo. Más aún, afirma que en los mencionados fallos la Corte dejó expresamente a salvo la constitucionalidad del inciso citado en último término y que tal criterio se mantuvo en la causa “Orellano, Francisco D. c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (Fallos: 339:760, considerando 14).

En otro orden, aduce que lo decidido se aparta de la legalidad impuesta por la ley 23.551 que adoptó el sistema de mayor representatividad a la hora de acordar derechos a las asociaciones sindicales, configurando un caso de gravedad institucional.

5°) Que el recurso extraordinario fue denegado en lo relativo a las invocadas causales de arbitrariedad y

de gravedad institucional, y concedido en cuanto la sentencia apelada interpretó que las normas en juego colisionarían con la Constitución Nacional y el Convenio 87 de la OIT.

Toda vez que no ha sido deducido recurso de hecho por los agravios desestimados, la materia sometida a la decisión de esta Corte se encuentra circunscripta a los términos de la concesión. Por ello, no serán objeto de análisis los planteos relativos a los defectos en la fundamentación de la sentencia —por un supuesto error sobre el inciso que debió abordarse— y a las características del sistema adoptado por la ley de asociaciones profesionales en las que se sustentó la invocación de gravedad institucional.

6°) Que el recurso extraordinario ha sido correctamente concedido, puesto que se ha cuestionado la validez de una ley del Congreso y de una resolución emitida por autoridad federal (art. 31 de la ley 23.551 y la resolución 2061/2014 del MTEySS), bajo la pretensión de ser contrarias a la Constitución Nacional y el fallo definitivo del superior tribunal de la causa ha sido adverso a los derechos invocados por el apelante con sustento en dichas normas (art. 14, inc. 10, ley 48).

Asimismo, cabe recordar que cuando se encuentra en discusión la inteligencia que cabe asignar a una cláusula de la Constitución, la Corte no se halla limitada por los argumentos del *a quo* o las posiciones de las partes, sino que le incumbe formular una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 308:647; 311:2688; 312:2254; 314:529; 323:1491; 329:4628; 330:2416; 331:1369, entre otros).

7°) Que la cuestión federal en juego refiere, directamente, a dos cláusulas de la Constitución Nacional. En primer término, la que consagra el derecho de toda persona a crear o participar en una “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial” (art. 14 bis, primer párrafo). La segunda, y en el contexto de la anterior, la previsión que garantiza a los gremios “concertar convenios colectivos de trabajo” (art. 14 bis, segundo párrafo).

Como ha señalado esta Corte, el primer párrafo del citado artículo de la Constitución Nacional estableció para nuestro país, de manera concluyente, un modelo sindical libre, democrático y desburocratizado (disidencia del juez Rosatti en Fallos: 340:437; “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otro”, Fallos: 342:197, considerando 6°, y “Farfán, Julio Antonio y otros”, Fallos: 342:654).

Un modelo sindical libre es, desde la perspectiva del trabajador, aquel que le ofrece la posibilidad de pertenecer a uno, a más de uno o a ningún sindicato, no quedando el derecho a trabajar supeditado a una afiliación gremial; desde la perspectiva institucional es un modelo que desalienta la concentración y el monopolio.

Un modelo sindical democrático es el que se organiza sobre la base de la representatividad de sus administradores, la activa participación de los afiliados y el pluralismo, lo que involucra la integración de la/ las minoría(s) en la toma de decisiones.

Un modelo sindical desburocratizado es aquel que reconoce los derechos gremiales constitucionales a las organizaciones de trabajadores —en tanto entidades llamadas a coadyuvar en la promoción del bienestar general (Fallos: 331:2499)— “por la simple inscripción en un registro especial” (art. 14 bis, primer párrafo), requisito que se cumple con la registración prevista en la ley 23.551.

El régimen legal infraconstitucional no puede retacear tales derechos justificándolo “en la mayor representatividad” del sindicato con personería gremial. En el ámbito de la negociación para celebrar convenios colectivos, la “mayor representatividad” de un sindicato debe expresarse en la composición cuantitativa de la mesa paritaria, sin que ello autorice a excluir a los sindicatos menos representativos. De lo contrario se estaría desvirtuando —*ministerio legis*— el perfil democrático que la Constitución explicita en el art. 14 bis no solo en referencia a la organización interna de los gremios sino también a la relación intergremial.

8°) Que la télesis del art. 14 bis que antecede no encuentra tensión alguna con los precedentes de esta Corte. En la causa “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” (Fallos: 331:2499) se cuestionó la facultad reconocida a ese tipo de sindicatos para convocar la elección de delegados de personal (art. 41, inc. a, de la ley 23.551); en “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina” (Fallos: 332:2715) se impugnó el otorgamiento de protección especial a delegados y representantes gremiales de sindicatos con personería (art. 52 de la citada ley); en “Asociación de Trabajadores del Estado” (Fallos: 336:672) se discutió el derecho conferido a las asociaciones referidas de representar con exclusividad los intereses colectivos de los trabajadores ante el Estado y los empleadores (art. 31, inc. a, *id.*), en tanto que en CSJ 143/2012 (48-N)/CS1 “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo” (sentencia del 24 de noviembre de 2015) se objetó la concesión de franquicias y licencias especia-

les a delegados y dirigentes de sindicatos con personería (arts. 44 y 48 fb.).

En cuanto al caso “Orellano, Francisco D. c. Correo Oficial de la República Argentina SA” (Fallos: 339:760), referido al ejercicio del derecho de huelga, esta Corte estableció que el “gremio” al que alude el segundo párrafo del art. 14 bis era, precisamente, la organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial. En efecto, sostuvo el Tribunal que “[c]oncretamente, corresponde entender que los ‘gremios’ mencionados en el segundo párrafo del art. 14 bis como titulares del derecho de declarar una huelga no son otra cosa que aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la ‘organización sindical libre y democrática’ reconocido a los trabajadores en el párrafo anterior, es decir, a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su ‘simple inscripción en un registro especial’” (considerando 8°).

Se comparta o no se comparta la doctrina judicial emergente de los precedentes citados en este considerando, lo cierto es que —a diferencia de lo que sostiene el recurrente— han sido interpretados correctamente por el *a quo* y no entran en colisión con la decisión de baja instancia.

9°) Que tampoco se opone a la conclusión expuesta la circunstancia de que pueda entenderse que en el ámbito internacional la doctrina desarrollada por los órganos llamados a interpretar sus disposiciones (vgr. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y Comité de Libertad Sindical) toleren una “prioridad” en favor de un tipo de sindicato (Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 —núm. 87—, Argentina —ratificación: 1960—, 2008) que aparezca, en la prácti-

ca, la exclusión de otros. Por lo demás, la propia Constitución de la Organización Internacional del Trabajo estipula que “[e]n ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación” (art. 19.8).

Es preciso recordar que en el sistema constitucional argentino las cláusulas de la normativa internacional (y lógicamente sus correlativas interpretaciones) no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional. Así lo expresa con claridad el art. 75, inc. 22, de la Norma Fundamental al establecer que aquellas normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En definitiva, el caso *sub examine* revela que postular que el derecho internacional en materia de derechos humanos es siempre más tuitivo que el derecho constitucional en la materia importa consagrar un prejuicio antes que una regla de justicia.

Que el juez *Rosatti* suscribe la presente en la localidad de Santa Fe, Provincia de Santa Fe, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 31 de la ley 23.551. Costas por su orden en atención a la índole de las cuestiones debatidas. Hágase saber y, oportunamente, remítase. — *Horacio Rosatti*.

El sujeto de la negociación colectiva (*)

Jorge J. Sappia (**)

El 3 de septiembre del presente año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó sentencia en el juicio “Asociación de Empleados Municipales de Salta c. Municipalidad de Salta”. Este pronunciamiento ha sido denominado caso “ADEMUS”, por las siglas de la parte actora.

La Corte resolvió una cuestión central en el ámbito del derecho colectivo del trabajo empezando a cerrar el círculo interpretativo del segundo párrafo del art. 14 *bis*, al decidir sobre la titularidad del derecho a negociar colectivamente en vista de celebrar un convenio colectivo de trabajo, desde el sector de los trabajadores. Atribuyó esa facultad al sindicato con personería gremial, cuestión que estaba en términos de entredicho en buena parte de la doctrina.

Paradójicamente esto estaba expresamente mencionado en el art. 1º de la ley 14.250, que en forma clara alude a los sindicatos de personería gremial, sin embargo, el tema había merecido muchas objeciones.

La paradoja está en que el art. 2º de la ley 14.250, no ha resuelto con claridad lo referido a la representación de los empleadores, y, sin embargo, no ofrece tanto material para el debate.

Considero que el tema bajo análisis, ubicado en el segundo párrafo del art. 14 *bis* de la CN, exige que el examen del caso “ADEMUS”, debe vincularse con el caso “Orellano”, relativo a la mención de quien es el titular del derecho de

huelga, ambos relacionados con la postura que se adopte frente a la mencionada norma constitucional. Al final de esta exposición plantearé una cuestión que genera no pocas dudas.

Comienzo por referir el caso “Orellano”. ¿Quiénes son titulares del derecho a la huelga, o cualquier otra medida de acción directa en nuestro país?

Son los sindicatos, entidades formal e institucionalmente constituidos, o las representaciones sindicales en la empresa, es decir, las comisiones internas o los cuerpos de delegados. O aún más, simples colectivos de trabajadores unidos en forma espontánea frente a un estímulo determinado para zanjar una cuestión que motiva reclamos.

Parto en este análisis de la idea que la huelga se convoca para obtener un resultado, sea un conflicto de interés para lograr una nueva regulación o de derecho para hacer cumplir algo pactado desde antes.

No me caben dudas que la solución del conflicto aparece cuando las partes negocian un acuerdo superador del enfrentamiento, es decir, los huelguistas consiguen en todo o en parte el resultado buscado. Si el movimiento de fuerza es realizado por una coalición espontánea de trabajadores, esta carece de personería jurídica para rubricar el acuerdo y, entonces, la solución se convierte en una determinación unilateral de la patronal a la que no podrá denunciarse por incumplimiento de un pacto que no existió.

Señalo que tampoco estaría determinado qué cantidad de huelguistas o cual porcentaje del universo afectado, se requeriría para otorgar representatividad a un nucleamiento espontáneo de trabajadores.

Las objeciones que expongo en orden al ejercicio de la huelga por conglomerados laborales no institucionales, nos llevan a plantear situa-

(*) Exposición en el Panel sobre Derecho Colectivo de Trabajo, en las XIX Jornadas del Centro de la República de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Filial Córdoba, 19/11/2020.

(**) Abogado (UNC). Titular del Estudio Jurídico Sappia y Asociados en Córdoba. Exprofesor adjunto de Derecho del Trabajo, Facultades de Derecho y Ciencias Económicas (UNC). Profesor consulto (UNC). Consultor externo OIT en misiones realizadas en América Latina.

ciones no contempladas en el orden jurídico laboral vigente, y nos obligan a revisar la comprensión que se otorga al segundo párrafo del art. 14 *bis* de nuestra CN. Esa norma no puede ser analizada descontextualizando sus partes constitutivas. La norma garantiza a los gremios, tres derechos: La celebración de convenios colectivos, el recurrir a la conciliación y al arbitraje y el derecho de huelga. Afirmando que no es posible desdoblar la inteligencia de la norma constitucional, entiendo que la alusión a los gremios refiere a un concepto de actividad y no a una organización institucionalmente constituida cuando habla de la huelga, y atribuirle un alcance diferente, alusivo a una facultad inherente a los sindicatos, cuando invoca la posibilidad de celebrar convenios colectivos. O viceversa, es decir, reconocer que cualquiera que no sea el tenedor de la personería gremial puede celebrar convenios si se acepta que la huelga es patrimonio del sindicato más representativo. Es decir, que cuando el art. 14 *bis* evoca a los gremios se está refiriendo a organizaciones formalmente institucionalizadas, a las que concede la condición de titulares de ambos derechos colectivos, hacer la huelga y celebrar convenios colectivos.

No puedo omitir recordar que el sistema de la negociación colectiva implica una delegación de potestades del Estado en las autonomías sectoriales para que estas decidan un marco normativo que regule sus relaciones laborales. Considero que es imposible imaginar una delegación de facultades estatales en una persona difusa carente de institucionalidad propia, como es un conglomerado espontáneo de un grupo de trabajadores.

No obstante, la cuestión a nivel de pronunciamientos judiciales empezó a quedar saldada con el fallo “Orellano” de la Corte Suprema.

Sostuvo nuestro Máximo Tribunal, que el ejercicio de la huelga provoca tensiones en relación con los derechos del empleador y los del conjunto de la sociedad, cuyos miembros están protegidos por la Constitución. Son los derechos a la educación, a la protección de la salud, adquisición de bienes, etc. Esa situación de tensión, para lograr una adecuada armonización entre todos esos derechos exige algunos recaudos, entre ellos que la decisión de ejecutar la huelga sea de una asociación sindical. Citando

el art. 14 *bis* de la CN, la Corte señaló que corresponde entender que la mención a los gremios como titulares del derecho a declarar la huelga en el segundo párrafo de la norma, no puede ser entendida, sino como referida a aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del reconocimiento a los trabajadores del derecho a la “organización sindical libre y democrática” según el primer párrafo del artículo. Se refiere el fallo a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita en el art. 14 *bis* para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su “simple inscripción en un registro especial”.

La Corte con “ADEMUS”, casi que cerró el círculo que había empezado a dibujar con el fallo “Orellano” en cuanto a la definición del sujeto titular de dos de los derechos establecidos en el art. 14 *bis* de la CN. Determinó que solo los sindicatos con personería gremial son quienes están facultados para celebrar convenios colectivos. La Corte hizo mérito del art. 1º de la ley 23.551 que postula que las convenciones colectivas de trabajo “que se celebran entre una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores, y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial, se rigen por las disposiciones de la presente ley”. El texto transcrito —corresponde al primer párrafo del artículo— está marcando *ab initio* quienes son los sujetos signatarios de los convenios en nuestro país. Y por el sector de los trabajadores, la norma refiere a un sindicato con personería gremial, con lo cual se define que solo esos sindicatos pueden ser signatarios de los convenios colectivos en la Argentina, pero no cualquiera, sino aquel que tiene personería gremial.

Esto implica que los sindicatos simplemente inscriptos carecen de esta facultad. No obstante, cito que el Grupo de Expertos —aquel que el entonces ministro de Trabajo Carlos Tomada formó para examinar el orden jurídico laboral en nuestro país— apuntó que los sindicatos minoritarios están en condiciones de celebrar convenios cuando en el ámbito personal correspondiente no existe una organización con personería gremial.

Esta postulación se fundaba, según sus autores, en la idea de que, permitiendo esa negocia-

ción, por ausencia de sindicatos con personería gremial, las nuevas actividades no quedarán privadas de un convenio colectivo.

Julio Simón, uno de sus miembros, había postulado que tratándose de cuestiones puntuales cabe admitir la participación del sindicato simplemente inscripto en la formación del convenio colectivo de trabajo. Sin embargo, viene a cuento recordar: “Los acuerdos suscriptos por entidades sin personería gremial no son convenios colectivos de trabajo.” Así lo planteo la sala VI de la CNTrab.” (1).

De cualquier manera, y en el plano de litigio que nos ocupa, es dable afirmar que la cuestión —al menos por un largo tiempo— ha quedado saldada Corte Suprema mediante. En efecto, el 3 de setiembre de 2020, el Máximo Tribunal Federal resolvió que solo los sindicatos con personería gremial están atribuidos de capacidad legal para celebrar convenios.

Resulta importante desde mi punto de vista señalar que el Tribunal Supremo hizo una interpretación de su fallo en “ATE II”, en tanto afirmó, que en ese precedente no se puso en tela de juicio la potestad conferida a los sindicatos con personería gremial para negociar colectivamente, sino que se discutió el derecho conferido a las asociaciones referidas, de representar con exclusividad los intereses colectivos ante el Estado y los empleadores.

Recuerdo que en “ATE II” la Corte había resuelto que los sindicatos minoritarios podían ejercer los derechos colectivos que el art. 31, inc. a) solo reconocía a los sindicatos con personería gremial, expresión que mereció mi más decidida objeción, pues le atribuí intención de desembarcar en el reconocimiento de la potestad de llegar al convenio colectivo.

Celebré este acotamiento en “ADEMUS”, del sentido de aquel decisorio, pues en su momento lo cuestioné, desde la óptica que ahora escoge el Tribunal Supremo. Esa posibilidad la misma Corte la ha abortado. Así lo expuso Lucas CAPARROZ en “Reflexiones sobre el fallo 'ADEMUS'”, en *Revista Doctrina Digital Rubin Zal-Culzoni*, 10/09/2020.

He sostenido en diferentes ocasiones que admitir la formación de convenios colectivos referidos a un mismo colectivo laboral, producto de diferentes negociaciones colectivas por distintos sindicatos, debería implicar necesariamente resolver previamente algunos problemas, sobre los que no hay respuestas. El primero de ellos determinar a quienes comprende cada convenio, si a los afiliados de cada sindicato, si a los trabajadores que no estando afiliados manifesten su voluntad de someterse a uno de los convenios celebrados. Y también el eventual reclamo de los dependientes de cambiar de ámbito de validez personal del convenio. Temas que evidentemente no están planteados en la agenda de la legislación laboral.

Pero, el asunto más delicado en mi óptica radica en que dos o más convenios colectivos, producto de un sindicato con personería gremial y uno o más sindicatos minoritarios, necesariamente han de expresar diferentes modos de tratamiento de la regulación destinada a definir las condiciones de ejecución del contrato de trabajo. Posibilidad que se incrementará cuando los convenios tengan distintas fechas de vigencia. ¿Cómo se resuelve la necesidad de tratar en igualdad a trabajadores que, exhibiendo iguales condiciones laborales, se encuentran regidos por normas diferentes, que incluso pueden mostrar signos de discriminación? O simplemente de contradicción.

En términos teóricos levantar el derecho de los sindicatos simplemente inscriptos a celebrar convenios colectivos, puede significar una afirmación de fe democrática, pero en términos prácticos seguramente pondrá de manifiesto distinto tratamiento a trabajadores integrantes de un mismo colectivo, con iguales tareas y responsabilidades, generando diferencias irritativas. Es el escenario de muchos países latinoamericanos, donde la puesta en acto del concepto de la pluralidad sindical revela las profundas desigualdades a las que son sometidos los trabajadores merced a la existencia de varios sindicatos, cada uno con su propio convenio.

Cito el caso de Colombia, donde llevando a cabo una misión encargada por la OIT, en enfrenté con el caso de un banco muy importante con 14 mil empleados, donde militaban tres

(1) TSS, 03/11/1993, t. 1994, 82.

sindicatos. Ninguno de los tres superaba los trescientos afiliados por lo que pregunté si formaban convenios colectivos y como respuesta se me informó que cada uno tenía su convenio, el cual comprendía a sus respectivos afiliados. ¿Y el resto de los trabajadores? Para ellos la empresa formaba una comisión de cinco trabajadores y con ellos acordaba un pacto colectivo que regulaba las condiciones laborales de más de trece mil trabajadores.

Estas distorsiones quedan al margen si se reconoce la potestad de ejercer la negociación colectiva al sindicato mayoritario más representativo.

En este punto, podría alguien plantear que debiera impulsarse la formación de una suerte de coalición sindical entre todas las organizaciones, según modelo español. Es lo que propuso el ministro Rossatti en "ADEMUS", una mesa donde se integran todos, los sindicatos con personería gremial y aquellos que son simplemente inscriptos, con representación proporcional, tal como lo determina la ley 24.185 para el sector público.

Advertimos dos situaciones. Una que debería abandonarse el sistema del sindicato más representativo, pues carecería de sentido mantenerlo si se otorga iguales derechos al sindicato minoritario. Otra que la experiencia nacional expone que no existe en el sindicalismo vocación de colaboración entre organizaciones que atañen a un determinado colectivo de trabajadores, sino una pulsión a ejercer el poder en soledad, manifestada en las condiciones de la representatividad, tal como se advierte en las contiendas por el encuadramiento sindical. Por todo ello, coincido con Topet cuando afirma que con "ADEMUS", se afirma la constitucionalidad de un régimen que al reglamentar el art. 14 *bis*, releva las variantes y escoge la opción de unificar en el sujeto la representación del interés colectivo y la de reservar con exclusividad el derecho de participar en negociaciones colectivas de alcance general, a los sindicatos con personería gremial. Y, por primera vez, acude a los criterios de los órganos de control no para descalificar sino para confirmar la constitucionalidad de un artículo de la Ley de Asociaciones Sindicales. La Corte Suprema de Justicia en materia de negociación

colectiva, al reconocer la constitucionalidad del art. 31, pone fin al activismo de los últimos años y considera legítimo un atributo del modelo sindical que no considera descalificar (2).

Además, debo señalar que una cosa es admitir la pluralidad sindical en el sector público, donde existe un único empleador, el Estado, y otra de los convenios de actividad donde los empleadores son varios y diferentes, lo cual puede dar lugar a la interferencia de intereses diferentes sino contrapuestos, que incidan en los términos de la negociación a través de la imbricación de los distintos integrantes de cada representación. En los convenios de empresa la situación se tornaría más compleja, pues es evidente que el simplemente inscripto está ahí para disputar la mayor representatividad al que goza de personería gremial y esa lucha de poder ciertamente ha de conspirar contra el buen resultado, pues es obvio que el sindicato más representativo impondrá en la constitución proporcional su voluntad contra del simplemente inscripto, con lo cual la mesa propuesta por la minoría en la Corte se vuelve quimérica.

En cuanto a la cuestión nodal del litigio bajo análisis, la Corte reivindicó su consid. 8º del decisorio recaído en "ATE I" reiterando: "[L]a mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales". Recordó que ese criterio fue expuesto con cita del Comité de Libertad Sindical de la OIT (3) con idéntico contenido. El Tribunal cimero, concluyó que el art. 31, inc. c) de la ley 23.551 que reconoce a los sindicatos más representativos —que detentan personería gremial— una prioridad en la negociación colectiva no resulta constitucionalmente objetable. Agregó con contundencia: "La misma regla, contenida en el art. 1º de la ley 14.250 mantiene toda su eficacia...."

(2) TSS, 03/11/1993, t. 1994, 82.

(3) TOPET, Pablo, "El derecho a intervenir en las negociaciones colectivas", Revista Doctrina Digital Rubinzal-Culzoni, 3128/2020.

A modo de colofón quiero decir que, sin embargo, existe una incongruencia que la Corte no disipa. Advierto que en “Orellano” atribuyó a los sindicatos minoritarios potestad de ejercer el derecho de huelga. Y, entonces, me interrogo: ¿Cómo puede concebirse que, haciendo la huelga, los simplemente inscriptos lleguen a un acuerdo que puede asumir condición de convenio colectivo, si les está vedado negociar colectivamente? Ya lo dije antes, las huelgas se hacen para obtener un resultado y ese resultado es un acuerdo que se firma y se ejecuta y que, entonces, asume naturaleza de convenio colec-

tivo, sobre todo cuando el Ministerio de Trabajo lo homologa.

Aquí se advierte una contradicción flagrante entre lo resuelto en “ADEMUS” y lo que se había admitido en “Orellano”. ¿Podrá la autoridad de aplicación homologar un acuerdo que ponga fin a una huelga llevada adelante por un sindicato simplemente inscripto? No parece por lo menos fácil, y menos lógico.

Queda pues, desde “ADEMUS”, una cuestión pendiente.

SINDICATOS DE SEGUNDO GRADO

Cuota sindical solidaria inconstitucional. Trabajadores municipales afiliados a un sindicato de primer grado. Ley provincial. Autonomía municipal.

Con nota de Pablo A. Topet

1. — El acuerdo paritario impugnado, en cuanto impone, sin una adecuada justificación, una cuota solidaria a los trabajadores municipales que ya tienen una afiliación al sindicato accionante vulnera su libre elección sindical y el principio de no injerencia estatal; y resulta contrario al art. 14 bis de la Constitución Nacional y a los arts. 3°, inc 2°, y 8°, inc 2°, del Convenio 87 de la OIT (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
2. — El pago obligatorio de la cuota solidaria constituye una interferencia arbitraria ya que no encuentra adecuada justificación en la potestad exclusiva de negociación de convenios colectivos, de alcance provincial, de la federación demandada. No se trata de imponer la cuota solidaria a trabajadores sin afiliación sindical alguna que se benefician con un acuerdo de alcance general, sino de obligar al pago de esa cuota a trabajadores afiliados a una entidad sindical que disputa, precisamente, la exclusividad en la representación, y que, conforme a la normativa nacional debe ser admitida en ese ámbito de negociación colectiva (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).
3. — La exclusividad de representación que dispone la ley 9996 en favor de la demandada para representar a los trabajadores municipales de la Provincia de Santa Fe en la Comisión Paritaria, cuyas resoluciones y acuerdos serán aplicables en todos los municipios de la Provincia, contradice el principio de pluralidad de representación en el sector público (art. 15 de la ley 10.052 de la provincia de Santa Fe, modificado por la ley 12.750, res. 255/2003 del MTE y SS y los arts. 4 y 6 de la ley 24.185); y se opone al art. 35 de la ley 23.551 que establece una preferencia por el sindicato de primer grado para representar los intereses colectivos de los trabajadores por sobre la asociación de segundo grado (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).
4. — La exclusividad que la ley provincial establece en favor de una entidad de segundo grado para representar a los trabajadores municipales de la Provincia de Santa Fe en la unidad de nego-

ciación —cuyas decisiones se aplican a todos los municipios de la provincia—, en términos de la organización federal del país, menoscaba el principio de autonomía municipal establecido por los arts. 5° y 123 de la Carta Magna (del voto de la mayoría al cual no adhieren los Dres. Rosenkranz y Highton de Nolasco).

5. — La falta de adaptación de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, vigente desde 1962, al standard del art. 123 de la Constitución Nacional, importa —entre otras consecuencias— mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la ley de la Provincia de Santa Fe 9996, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía. La conformación de una comisión paritaria para toda la provincia, integrada por 8 representantes de intendentes y comunas e idéntico número de representantes de los trabajadores designados por la federación de actuación provincial (art. 132 bis de la ley provincial 9286, agregado por la ley 9996/1986), conspira contra la posibilidad de que los distintos municipios negocien colectivamente, en su carácter de empleadores, con sus trabajadores, sustrayéndole atribuciones mínimas de gestión y administración de sus asuntos locales (del voto de la mayoría al cual no adhieren los Dres. Rosenkranz y Highton de Nolasco).

CS, 29/10/2020. - Asoc. Pers. Munic. las Colonias c. Fed. Sind. Trab. Munic. Festrám y otros s/ acción de amparo.

[Cita on line: AR/JUR/52900/2020]

CSJ 5299/2014/RH1

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Fe anuló la decisión de la cámara laboral local que había admitido la demanda iniciada por la Asociación del Personal Municipal del Departamento Las Colonias (APM) y del señor Esteban Ríos —en carácter de afiliado—, contra la Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de Santa Fe (FESTRAM) y el Ministerio de Trabajo de esa provincia, con el objeto de que se declare la invalidez constitucional del acta paritaria del 4 de noviembre de 2008 que impuso a los trabajadores afiliados a la actora un aporte solidario en beneficio de dicha federación (fs. 475/483).

Resaltó que la ley provincial 9996 de Paritarias establece la facultad de la Comisión Paritaria para el

personal municipal y comunal integrada por ocho representantes de los municipios y comunas y ocho de la FESTRAM— de negociar convenios colectivos de eficacia general para todo el ámbito provincial, y la actora no cuestionó la validez de esa norma.

Al respecto estimó que esa facultad de negociación colectiva otorgada a una entidad con personería gremial de segundo grado refuerza el criterio de concentración y unificación de sujetos que caracteriza al modelo sindical argentino. Además, señaló que, ante la posibilidad de que se produzca un conflicto laboral que colisione con el interés general o el bien común, la ley 9996, al agregar el artículo 132 bis a la ley 9286 —Estatuto y Escalafón del Personal de Municipalidades y Comunas de la Provincia de Santa Fe—, estableció que la FESTRAM sea la entidad sindical legitimada para representar a los trabajadores en las negociaciones paritarias, por ser la más representativa del sector.

Consideró que no resulta irrazonable imponer una cuota solidaria a los trabajadores no afiliados, en virtud de que la demandada, en el proceso de negociación colectiva, representa, además de los intereses de sus afiliados, los de todos los trabajadores comprendidos en el convenio. En ese sentido, sostuvo que esa posición para negociar acuerdos paritarios con alcance general habilita a la FESTRAM a requerir contribuciones solidarias siempre que se respeten los recaudos de razonabilidad, temporalidad y equivalencia, y que los contribuyentes aprovechen los beneficios y mejoras convencionales obtenidos por la entidad requirente.

Por ello, concluyó que no se encuentra acreditado en autos que el acta paritaria cuestionada vulnere la libertad sindical y, en consecuencia, la decisión de la cámara no resulta una derivación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa.

-II-

Contra esa decisión, la Asociación del Personal Municipal del Departamento Las Colonias interpuso recurso extraordinario federal (fs. 487/502), que fue contestado (fs. 506/512) y rechazado (fs. 524/525), lo que motivó la presente queja (fs. 48/53 del cuaderno respectivo).

Señala que existe cuestión federal que habilita la instancia ya que el acuerdo colectivo cuestionado, que impuso un aporte solidario de pago mensual del 1% a trabajadores no afiliados a la demandada —pero sí a la actora—, vulnera el principio de libertad sindical reconocido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de jerarquía constitucio-

nal. A su vez, sostiene que la ley local 9996, en cuanto otorga la exclusiva potestad de representar los intereses de todos los trabajadores municipales y comunales de la provincia de Santa Fe a FESTRAM, vulnera el principio de no injerencia y es contraria al artículo 35 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, que reconoce preeminencia para representar a trabajadores de determinado ámbito —territorial o de empresa— a la entidad sindical con personería gremial que actuare en primer grado respecto de la federación.

Sobre esa base, resalta que la decisión cuestionada revocó la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de esa norma y, en consecuencia, es contraria al derecho federal invocado.

En ese sentido, considera que la imposición de la cuota solidaria al no afiliado restringe la voluntad de desafiliación de los trabajadores con respecto a FESTRAM. Además, afirma que afecta la libre elección sindical de los trabajadores y viola la neutralidad del ordenamiento jurídico ante las disputas inter-sindicales, ya que, al otorgar ventajas o privilegios, induce a la conveniencia de pertenecer a una asociación determinada y ello implica una injerencia indebida en la vida institucional, tanto del gremio de base como de la federación.

Además, plantea que FESTRAM carece de legitimación activa para reclamar aportes solidarios, pues no afilia trabajadores sino gremios de primer grado, y, por ello, no podría reclamar a los trabajadores, sino a las entidades sindicales.

Agrega que la demandada no logró un beneficio para los trabajadores ya que la APM obtuvo un aumento salarial mayor que ella. Por ello, considera injustificado imponer el cobro de una cuota solidaria a los afiliados a la actora.

Concluye que la decisión se apoya en la autonomía legislativa provincial cuando la regulación del derecho colectivo está reservada al Congreso de la Nación por imperio de la Constitución Nacional (art. 14 bis y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional).

-III-

A mi modo de ver, el remedio federal intentado fue mal denegado por el *a quo* toda vez que media sentencia definitiva y se cuestionó la validez de una ley provincial, y de un acta paritaria celebrada en virtud de ella, bajo la pretensión de ser contrarias a la Constitución Nacional y a otras normas federales, y la decisión del superior tribunal provincial ha sido a favor de su validez (art. 14, inc. 2, de la ley 48).

En efecto, el superior tribunal anuló la decisión de la cámara laboral local que había declarado la inconstitucionalidad de la ley 9996 de la provincia de Santa Fe y del acta paritaria del 4 de noviembre de 2008 por estimarlas contrarias al artículo 14 bis y al Convenio 87 de la OIT.

Por lo expuesto, considero que corresponde realizar una declaratoria sobre el punto efectivamente disputado, puesto que, cuando está en discusión una norma de carácter federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del *a quo* (Fallos: 308:647, 310:2200, 329:3373, entre otros)

-IV-

En cuanto a los agravios que cuestionan la validez del acta paritaria del 4 de noviembre de 2008 por violar el derecho a la libertad sindical opino que le asiste razón a la recurrente.

En mi entender, el acta paritaria cuestionada, al imponer el pago de una cuota solidaria a trabajadores afiliados a la actora, produce una severa interferencia en la actividad sindical que no encuentra adecuada justificación en la potestad exclusiva de la demandada para negociar convenios colectivos de alcance provincial.

En efecto, a fin de ponderar esa interferencia, basta señalar que, como consecuencia del acta paritaria, los afiliados a la actora, deben abonar, además de la cuota sindical a la entidad gremial que eligen, la cuota solidaria a la demandada. Por el contrario, los afiliados a una entidad adherida a la demandada solo abonarán la cuota sindical, pero no la solidaria. Por lo tanto, los trabajadores municipales se ven inducidos a desafiliarse de la entidad actora, y afiliarse a una entidad adherida a la FESTRAM, o bien a no afiliarse a ningún sindicato y abonar solo la cuota solidaria. En conclusión, los afiliados a la APN tendrán una carga económica superior, conforme lo dispuesto por el artículo 1 de la ley 9996 —que agrega el artículo 132 bis a la ley 9286—, en la negociación paritaria, sólo podrán ser representados por la FESTRAM, de modo que obtendrán los mismos beneficios y mejoras laborales que los demás trabajadores municipales.

En este punto, es importante señalar que el derecho a la libertad sindical, en el plano individual, está receptado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que establece el derecho del trabajador a afiliarse en la organización de su elección, desafiliarse o no afiliarse. A su vez, el Convenio 87 de la OIT, de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Fallos: 331:2499, “ATE”), en su artículo 3, inciso 2, reconoce el derecho de los trabajadores a sindicalizarse sin realizar distinción alguna respecto al tipo o grado de la asociación y establece la obligación

de las autoridades públicas de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Además, el artículo 8, inciso 2, sostiene que “La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”. Esta prohibición se complementa con la obligación estipulada en el artículo 11 de ese instrumento de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para preservar el ejercicio del derecho de sindicación.

Con respecto a ello, la Corte sostuvo en el caso “ATE” (Fallos: 331:2499) que la afiliación libre y consiente no puede verse herida con supuestas razones de interés sindical y bien común (Considerando 7). En ese precedente señaló que quienes están bajo la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, sino que, además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad (Considerando 6).

Además, al reproducir lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical, puntualizó que “de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización” (Considerando 8).

En este marco normativo, cabe destacar que, en el *sub lite*, el acuerdo paritario otorga una ventaja económica que favorece a la demandada y, en paralelo, impone una desventaja que perjudica a la actora, condicionando la libre elección de los trabajadores municipales de la provincia respecto de su afiliación sindical. Todo ello produce una grave injerencia en la vida sindical que contradice el principio de neutralidad estatal en esta materia.

A su vez, el pago obligatorio de la cuota solidaria constituye una interferencia arbitraria ya que no encuentra adecuada justificación en la potestad exclusi-

va de negociación de convenios colectivos, de alcance provincial, de la federación demandada. A diferencia de lo que sostiene el *a quo*, no se trata de imponer la cuota solidaria a trabajadores sin afiliación sindical alguna que se beneficiarían con un acuerdo de alcance general, sino de obligar al pago de esa cuota a trabajadores afiliados a una entidad sindical que disputa, precisamente, la exclusividad en la representación, y que, conforme a la normativa nacional debe ser admitida en ese ámbito de negociación colectiva. En efecto, la asociación actora es un sindicato de primer grado con personería gremial preexistente (fs. 13/17) que actúa en el mismo ámbito de representación que la federación demandada, tiene capacidad de constituir patrimonio (art. 37 de la ley 23.551) y recobró sus facultades para negociar colectivamente (art. 31 de la ley 23.551) en virtud de su desafinación a ella (fs. 9/12).

Sobre esa base, la exclusividad de representación que dispone la ley 9996 en favor de la demandada para representar a los trabajadores municipales de la Provincia de Santa Fe en la Comisión Paritaria, cuyas resoluciones y acuerdos serán aplicables en todos los municipios de la Provincia, contradice el principio de pluralidad de representación en el sector público (art. 15 de la ley 10.052 de la provincia de Santa Fe, modificado por la ley 12.750, Resolución 255/2003 del MTE y SS y los arts. 4 y 6 de la ley 24.185). Además, se opone al artículo 35 de la ley 23.551 que establece una preferencia por el sindicato de primer grado para representar los intereses colectivos de los trabajadores por sobre la asociación de segundo grado.

En suma, estimo que el acuerdo paritario del 4 de noviembre de 2008, en cuanto impone, sin una adecuada justificación, una cuota solidaria a los trabajadores municipales del departamento de Las Colonias afiliados al sindicato accionante, vulnera su libre elección sindical y el principio de no injerencia estatal. Por tal motivo, resulta contrario al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y a los artículos 3, inciso 2, y 8, inciso 2, del Convenio 87 de la OIT.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 4 de noviembre de 2016. — *Victor Abramovich*.

CSJ 5299/2014/RH1

Buenos Aires, octubre 29 de 2020.

Considerando:

Que la cuestión propuesta por la apelante encuentra respuesta en el dictamen del señor Procurador Fis-

cal a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Que, por lo demás y en cuanto permite esclarecer los alcances de la solución que se propone, cabe advertir que la exclusividad que la ley provincial establece en favor de una entidad de segundo grado para representar a los trabajadores municipales de la Provincia de Santa Fe en la unidad de negociación —cuyas decisiones se aplican a todos los municipios de la provincia— se encuentra en tensión con dos cláusulas constitucionales. Por un lado, afecta la unidad normativa reglada por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional al oponerse a la prioridad que el art. 35 de la ley nacional 23.551 otorga al sindicato de primer grado (art. 35); por otro, y esto es relevante en términos de la organización federal del país, menoscaba el principio de autonomía municipal establecido por los arts. 5° y 123 de la Carta Magna.

Es preciso recordar que la reforma de 1994 reconoció expresamente a los municipios de provincia (art. 123) y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129) el carácter de sujetos inexorables del régimen federal argentino, agregándose al Estado Nacional y a las provincias. En lo atinente a los municipios, estableció el standard de autonomía para todos ellos, derivando a cada provincia la especificación del contenido y los alcances de esa específica capacidad de derecho público “en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”. La magna asamblea constituyente aclaró que “no puede haber municipio autónomo verdadero si no le reconocemos explícitamente entidad política o le retaceamos la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o lo privamos del sustento económico-financiero indispensable para que preste aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o le impedimos ejercer su autonomía institucional (Convención Constituyente Nacional, sesión del 8 de agosto de 1994, intervención del Convencional Merlo)” (Fallos: 337:1263).

La falta de adaptación de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, vigente desde 1962, al standard del art. 123 de la Constitución Nacional, importa —entre otras consecuencias— mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la que es materia de análisis en la causa, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía. En efecto, la conformación de una comisión paritaria para toda la provincia, integrada por 8 representantes de intendentes y comunas e idéntico número de representantes de los trabajadores designados por la federación de actuación provincial (art. 132 bis de la ley provincial 9286, agregado por la ley 9996/1986), conspira contra la posibilidad

de que los distintos municipios negocien colectivamente, en su carácter de empleadores, con sus trabajadores, sustrayéndole atribuciones mínimas de gestión y administración de sus asuntos locales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se resuelve: 1) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. 2) Exhortar a las autoridades provinciales a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del art. 123 de la Constitución Nacional. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco* (por su voto). — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio D. Rosatti*.

Votos de los doctores *Rosenkrantz* y *Highton de Nolasco*

Considerando:

Que la cuestión propuesta por el apelante encuentra suficiente respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos y conclusiones, con excepción de los párrafos penúltimo y antepenúltimo, cabe remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Elena I. Highton de Nolasco*.

Contribuciones de solidaridad: ¿se pueden imponer a personas afiliadas a otra organización con personería gremial?

Pablo A. Topet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los antecedentes.— III. Las características particulares del caso en examen.— IV. La libertad sindical individual.— V. Comentarios finales.

I. Introducción

El caso sobre el que se indaga introduce en el debate jurídico un aspecto novedoso respecto de las llamadas “contribuciones de solidaridad”, es que la cláusula que motivó las actuaciones

impone la carga económica a un trabajador “afiliado a una asociación con personería gremial con representación colectiva en el ámbito en el que se desempeña”, a diferencia de los casos registrados en los repertorios en los que la situación se vincula con trabajadores o trabajadoras “no afiliados a ninguna organización”, o en su caso “con afiliación a una organización con simple inscripción sin el derecho reconocido para

(*) Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Buenos Aires.

intervenir en negociaciones colectivas". La decisión de la Corte Suprema de Justicia incorpora como criterio la descalificación constitucional del primer supuesto.

II. Los antecedentes

En la provincia de Santa Fe, la ley 9996, prevé un procedimiento de negociación colectiva para canalizar en una única instancia los acuerdos de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores y las trabajadoras que prestan tareas en los municipios y comunas de toda la provincia. El esquema lo establecen las leyes 9286 y 9996 (que incorporó el art. 132 *bis* al texto de la primera y es el que establece la conformación de la unidad de negociación) para ser aplicado a quienes se encuentran encuadrados en el Estatuto Escalafón del Personal de Municipalidades y Comunas ley 9286. El marco contempla una unidad de negociación que por el sector estatal (los municipios y comunas) incluye 8 representantes y para la representación sindical la participación exclusiva de la Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de Santa Fe (FESTRAM) que agrupa a los sindicatos locales de cada municipio (1).

Hay que observar, que la entidad individualizada en el marco legislativo, no agrupa a la totalidad de entidades de primer grado, como se desprende del dictamen del Procurador Fiscal, puesto que uno de los actores del amparo es la Asociación del Personal Municipal del Departamento Las Colonias (APM) entidad de primer grado que obtuvo la personería gremial en el año 1975, bajo el número 1431, y que en 2008 de federó en la Federación de Sindicatos Municipales de Santa Fe (FESIM), otra entidad de se-

gundo grado con simple inscripción y ámbito de actuación territorial en la provincia de Santa Fe.

Sin embargo, como se adelantara, el marco adjetivo instituido prevé una única unidad de negociación "que abarca en el ámbito de aplicación personal al conjunto de personas que se desempeñan en municipalidades o comunas sin distinciones", este se adoptó antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y puede objetarse, como lo hacen dos miembros del Alto Tribunal, que horadan el principio de las autonomías municipales, aunque ello puede ser objeto de un debate más robusto.

Con este andamiaje normativo e institucional en el año 2008, se suscribe un acta acuerdo, con la firma de las representaciones indicadas en la ley mencionada. En una de las cláusulas se acordó un aporte mensual del uno por ciento (1%) de la remuneración percibida por todo concepto para los trabajadores y las trabajadoras que se beneficiaran del acuerdo colectivo y *no estuvieran afiliados o afiliadas a una organización de primer grado federada*.

La Asociación del Personal Municipal del Departamento Las Colonias (APM), *se había desfederado* de FESTRAM, según esta misma reconoce en las actuaciones, por esta razón, por derecho propio y con un trabajador presentan una acción de amparo en el que solicitan la declaración de inconstitucionalidad del acuerdo y del acto administrativo que lo homologa, al entender que la imposición de una cuota violentaba derechos y garantías constitucionales (2).

(1) "Se establece la formación de la Comisión Paritaria para el personal Municipal y Comunal comprendidos en la ley 9286, que estará integrada por ocho [8] representantes de los intendentes y presidentes Comunes, por una parte, y por la otra ocho [8] representantes de la Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de la Provincia de Santa Fe (FESTRAM). Las resoluciones, acuerdos y convenios que fije esta Comisión serán de aplicación en todas las Municipalidades y Comunas de la Provincia. Dicha Comisión será coordinada por el Secretario de Acción Comunal o representante que este designe, teniendo voz en el seno de esta, pero careciendo de voto en lo que respecta a las decisiones de la paritaria". Este artículo fue incorporado al texto legal por medio de la ley 9996 sancionada el 29/12/1986.

(2) En el voto del Dr. Sebastian Copolletta, integrante de la Cámara Laboral de Santa Fe, en los autos en que se pronunció la Corte Suprema se indicó que: "La Asociación del Personal Municipal del Departamento Las Colonias es una entidad (Expte. N° 59 - Año 2012) sindical de primer grado con personería gremial (N° 1431) y ámbito de actuación territorial en el departamento Las Colonias desde el día 11/12/1975 (conf. Resol. M.T. N° 401 y 379, fs. 14/17 y fs. 220/221). La Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de la Provincia de Santa Fe (FESTRAM) es una entidad sindical de segundo grado con personería gremial (N° 1363) y ámbito de actuación territorial en todo el territorio de la Provincia de Santa Fe desde el día 17 de mayo de 1973 (conf. Resol. M.T. N° 253, fs. 191/192). La Federación de Sindicatos Municipales de Santa Fe (FESIM) es una entidad sindical de segundo grado con simple inscripción registral desde el día 11 de marzo de 2008 (Conf. Resol. M.T. N° 190, fs. 218/224)."

El caso transita las instancias provinciales, el juez de primera instancia acoge el amparo, la Cámara laboral de Rosario confirma la decisión por el voto de dos de sus integrantes y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Fe, la revoca y rechaza el recurso extraordinario interpuesto. El caso llega a la Corte Suprema de Justicia por un recurso de queja ante la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

El Alto Tribunal resuelve hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. En la sentencia recoge los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal al que remiten sin aditamentos los vocales Rosenkrantz y Highton de Nolasco y los miembros Rosatti, Maqueda y Lorenzetti, agregan en tres párrafos consideraciones que consideran oportunas para esclarecer los alcances de la solución que proponen, sobre el régimen de autonomía municipal y el nuevo texto constitucional (3).

III. Las características particulares del caso en examen

El caso tiene aristas particulares porque involucra a dos asociaciones con personería gremial con ámbitos de representación que “ante una primera aproximación” se autorizaría a sostener que en el ámbito de la Municipalidad de La Esperanza “ambas tenían representación colectiva reconocida” aunque sin confluir en una unidad de negociación como sucede en el ám-

bito de la administración pública nacional. Ello por el particular marco institucional que adoptó la provincia que, como se explicitara “excluye” a las asociaciones de primer grado en la representación paritaria al reconocer la “exclusividad” de la asociación de segundo grado como representación del colectivo de “todos los municipios y las comunas”.

En un esquema en el que se podría conjeturar, no contempló la hipótesis de una federación que *no reuniera a la totalidad de las asociaciones* que, en caso de haberse conformado, agotarían el universo de representación posible de quienes se desempeñaran en los municipios y comunas de la provincia. Pero esta no era la situación, al momento de presentar la acción de amparo, puesto que por lo menos *una asociación* (la actora) se había *desfederado* y *contaba con personería gremial* y se había *federado a otra asociación de segundo grado con simple inscripción gremial* (4).

(4) Sobre la noción de representatividad y la representación de las federaciones sostiene Héctor Omar García “En estos casos, la autoridad de aplicación ha interpretado —acertadamente a mi juicio— que el sindicato de primer grado con personería gremial que se ha desafiliado de la federación que integraba, no se desprende de su propia personería gremial sino que continúa portándola —en tanto constituye un atributo inescindible de su condición jurídico institucional— e ingresa con ella a los nuevos entes de segundo o de tercer grado a los cuales se incorpore o constituya. grado se refleja en la federación o —descripto, en otros términos— la personería del primero irradia de manera ascendente hacia la segunda, de modo tal que la declaración administrativa emitida a favor de la personería gremial solicitada por la nueva federación —siempre acotada a los ámbitos en que los sindicatos que la integran aportan sus respectivas personerías— tiene, en puridad, el carácter de un reconocimiento más que el de un otorgamiento. En otras palabras, el acto administrativo dictado por el Ministro de Trabajo, que resuelve a favor la petición de personería gremial para el nuevo ente federativo, tendría efecto declarativo, no constitutivo, como se considera que ocurre en la generalidad de los demás supuestos de otorgamiento de personería” con citas del texto de RIAL, Noemí y SIMÓN, Julio César, “Problemas Actuales en la Negociación Colectiva”, DT, 2006 (junio), 801. Negociación colectiva y representación sindical ¿necesidad de cambios? Tercer seminario: Puntos de tensión en la negociación actual, presentación El encuadramiento sindical, un conflicto intersindical por la representación de los trabajadores en la empresa. Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 2013, ps. 115 y ss. Sobre la posibilidad de constituir más de

(3) En particular: “La falta de adaptación de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, vigente desde 1962, al standard del art. 123 de la CN, importa —entre otras consecuencias— mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la que es materia de análisis en la causa, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía. En efecto, la conformación de una comisión paritaria para toda la provincia, integrada por 8 representantes de intendentes y comunas e idéntico número de representantes de los trabajadores designados por la federación de actuación provincial (art. 132 bis de la ley provincial 9286, agregado por la ley 9996/1986), conspira contra la posibilidad de que los distintos municipios negocien colectivamente, en su carácter de empleadores, con sus trabajadores, sustrayéndole atribuciones mínimas de gestión y administración de sus asuntos locales”.

Quizá si el caso se hubiera planteado desde esta perspectiva la solución no aparecería con aspectos controversiales puesto que no hay en la actualidad debate acerca del derecho primario de las asociaciones sindicales de primer grado a concertar convenios colectivos de trabajo, facultad exclusiva, de acuerdo con el art. 31, inc. c), pero “delegable” en instancias superiores por expresa previsión normativa del art. 34 de la ley 23.551 (5).

Así, la inexistencia de vínculo asociativo entre la asociación sindical y la federación (ambas con personería gremial), imposibilitaría pactar un acuerdo en el que se exigiera el pago de una cuota solidaria a quienes no se podrían “considerar comprendidos en el ámbito de representación” en el caso de la federación; además el mismo texto del convenio, “lo presupone” al indicar que la carga se aplicaría a quienes “no estuvieran afiliados o afiliadas a una organización de primer grado federada”.

Pero, como por imperio de la ley provincial, la inexistencia de vínculo asociativo entre entidades de diverso grado aparecería como una exigencia irrelevante a los efectos integrar la unidad de negociación en la que se desarrolla la negociación colectiva, las actuaciones se abocaron en determinar la licitud de las cláusulas, objeto del reproche por afectar “libertad sindical individual”. De todos parece incontestable que no debería haberse considerado representado en las negociaciones el universo “representado por la entidad de primer grado desfederada” y por ello inaplicable el convenio colectivo que impuso las contribuciones de solidaridad. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que el convenio no era inválido, aunque un de sus cláusulas.

una federación en un ámbito de representación de una categoría profesional semejante y la “representación efectiva” de cada una en el sistema de la ley 23.551 véase, TOPET Pablo Arnaldo, “Las organizaciones sindicales”, en el Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, GOLDIN, Adrián (dir.) y ALIMENTI, Jorgelina F. (coord.), La Ley, 2012, p. 745.

(5) Art. 34 “Las federaciones con personería gremial podrán ejercer los derechos que la presente ley acuerda a las asociaciones de primer grado con personería gremial, con las limitaciones que en relación con los respectivos sindicatos y federaciones establezcan los estatutos de las mismas. [...]”.

IV. La libertad sindical individual

Efectuadas las aclaraciones, repasemos los argumentos del tema que en definitiva se examinó: la libertad sindical individual.

El primer argumento del dictamen, que el Máximo Tribunal hace suyo, se vincula a la recepción en la Constitución Nacional de la libertad sindical en el art. 14 *bis*, al afirmar que en ella están reconocidos los derechos a afiliarse, desafiliarse y no afiliarse. Ahora bien, es plausible interpretar que el alcance del texto tiene esos alcances, al individualizar como derecho “del trabajador” el de ser representado por una “organización libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”, por lo que se garantiza su derecho a fundarla o integrarse a una preexistente de modo consistente con el Convenio 87 sobre libertad sindical y derecho de asociación (1948) (6).

El Convenio 87 es considerado como una norma de jerarquía constitucional, aunque no esté incorporado en la enumeración de la Constitución Nacional, si lo están el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y ambos lo incluyen en su articulado, el primero en el art. 8.3 y el segundo en el art. 22. (7). Aunque, no debe soslayarse que dicho convenio, no reconoce la libertad negativa a texto expreso, al igual que el Pacto que lo incorpora, ello obedece a un conjunto de razones axiológicas y políticas. Y por cierto, puede objetarse que de la “propia Constitución Nacional” surjan los derechos de no afiliarse o desafiliarse, pero no hay que acudir a ninguna exégesis para ubicar su garantía en la ley de asociaciones sindicales que si los contempla en el art. 4º, inc. b), con las aperturas que contemplan restricciones (sin habilitar su desconocimiento) que la propia ley efectúa al considerar las fuentes del patrimonio en el art. 37, inc.a) y las que también contempla la ley 14.250 en el art. 8 *in fine*.

(6) Ratificado por la ley 14.932, el 29/12/1959.

(7) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, “Derecho Constitucional y Derecho Colectivo”, en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, SIMÓN, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), Tomo 1, Ed. La Ley, 2012, p. 74.

Luego, una, siempre en la línea de evaluar el “respeto o la violación de la libertad sindical individual” se referencia al Considerando 7, de la causa “ATE1”, en el que se afirmó:

“Así puso una precisa y definitiva impronta: ‘organización sindical libre y democrática’. La libertad, en el plano individual, enunciada a fin de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, desafilarse o no afiliarse y, de ser lo primero, en la organización que escoja” y luego otro párrafo del Considerando 6 en el que se sostuvo: “Que todo el *corpus iuris* de los derechos humanos pone de resalto el contenido del derecho de asociación sindical las dos inseparables dimensiones de este: individual y social. Según lo juzgó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del art. 16.1 de la Convención Americana establecen “literalmente” que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo”, sino que, “además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones ni intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad” (“Caso Huilca Tecse vs. Perú”, cit. párr. 69 y su cita).”

Por último, el marco normativo bajo el que se encuadra el caso, culmina con otra referencia al antecedente citado, en esta ocasión al Considerando 8, y una cita del Comité de Libertad del Consejo de Administración de la OIT “de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja para una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubiera llevado a afiliarse a otra organización”.

Luego, concluye que de este modo el “acuerdo impugnado” reconoce una ventaja económica (cuota solidaria) que favorece a la demandada y desfavorece a la actora, en forma indirecta al “desestimular” la afiliación a su organización; al operar de esta manera el resultado es el producto de la inexistencia de “neutralidad estatal” que “prefiere” a una organización a la que individualiza “a texto expreso en la ley” y luego al convalidar el resultado de un proceso de negociación que culmina con un acuerdo como el que se reprocha, todo ello constituye una “grave injerencia”. Se observa cierta confusión sobre la llamada doble imposición, no se trata de obligar a pagar doble cuota de afiliación a quienes están afiliados a la asociación no federada, no es asimilable “la cuota de solidaridad” con la “cotizaciones ordinarias” de quienes son parte de la membresía; aunque, como en general “se exime” del pago de aquellas a quienes “se encuentran afiliados a la organización que suscribe el convenio” en términos prácticos, si el monto es igual o semejante (nunca mayor) podría asimilarse desde el resultado (8).

De manera que se consideran violentados dos principios que están protegidos tanto por la Constitución Nacional en el 14 *bis* de la CN, como en el Convenio 87 de la OIT (incorporado con idéntica jerarquía en el art. 75, inc. 22, por lo previsto en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 8° y Civiles y Políticos, art. 22, en los art. 3°, inc. 2°, y 8°, inc. 2°: *el de no injerencia estatal y el de libre elección sindical*.

Al enhebrar estos fundamentos y *aunque no se la expícite*, se incorpora una distinción que merece destacarse, cual la de considerar que no es idéntica la situación de “los trabajadores y trabajadores afiliados y afiliadas una organización sindical con personería gremial en ejercicio del derecho de negociación colectiva (art. 31, inc. c)”, de la “quienes están en la misma condición,

(8) Justo López, al respecto señala “En nuestra ley no se trata de contribuciones que solo deban pagar los no afiliados, sino de contribuciones que precisamente deben pagar los afiliados aparte de su cuota sindical; o sea que, los afiliados tienen que pagar su cuota como afiliados y además la contribución que impone el convenio a todos los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación” en “Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo”, dirigido por Julio C. Simón y coordinado por Leonardo Ambesi, Ed. La Ley, 2012, t. I, p. 229.

pero el vínculo asociativo es con una asociación con simple inscripción (que carece del estatus que la ley exige para intervenir en negociaciones colectivas)".

Sobre el derecho a intervenir en negociaciones colectivas la propia Corte en la causa "Ade-mus", ratificó la constitucionalidad del régimen vigente que limita el derecho a quienes tienen la personería gremial (9). Ahora bien, este criterio puede ser soslayado por las autonomías provinciales y municipales (10), como lo confirma la experiencia en materia de negociación colectiva en la provincia de Buenos Aires.

Si se comparte esta interpretación, no se habría alterado la señera doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia respecto de la constitucionalidad de las llamadas *cláusulas de solidaridad*, en el régimen de la ley 14.250, que en 1972 se estableció en los autos "Potenze, Pablo Luciano c. Federación de Empleados de Comercio" (11), al sostener en aval de la legitimidad de su incorporación al texto de un convenio colectivo "Sólo cuadra entenderla, pues, en relación con la circunstancias concretas del caso, y en la medida en que dicha norma funde la obligatoriedad —aun para quienes no están afiliados a las entidades profesionales— de las contribuciones que, como en el *sub lite*, han sido establecidas en ejecución de un régimen convencional homologado, que contempla solidariamente el interés de todos los trabajadores del gremio, y al que se ajustan, sin excepción, las contrataciones individuales de estos últimos, pertenezcan o no a la entidad promotora".

(9) Aunque hay un supuesto que está contemplado en la ley de asociaciones sindicales que lo autoriza, en efecto, en el art. 23, inc. b), se reconoce el derecho de las simplemente inscriptas a intervenir en negociaciones colectiva en los casos de inexistencia de una asociación con personería gremial con ámbito de representación reconocido. Sobre el punto son de consulta las observaciones de RIAL, Noemí y SIMÓN, Julio César, "Problemas Actuales en la Negociación Colectiva", DT, 2006 (junio), 801.

(10) El régimen para la negociación colectiva de los municipios de la provincia de Buenos Aires, instituido por la ley 14.656, es un ejemplo de negociaciones que incluyen en algunos casos, en la mesa de negociación a asociaciones con simple inscripción.

(11) Fallos 251.258

El estándar solo hacía referencia a trabajadores "beneficiados" *por el resultado del instrumento (al que se consideraba como sinalagmático)* (12) que no estaban afiliados a alguna asociación sindical con personería gremial o simple inscripción.

El nuevo estándar distingue la situación de *alguien beneficiado* por un convenio colectivo, que está *afiliado a una asociación con personería gremial que afirme su derecho a participar en la negociación colectiva* que comprenda en el ámbito de aplicación su relación de trabajo. Como se advierte, el caso no incluye la hipótesis abordada en "Potenze" y parece dejar por fuera del alcance del criterio la situación de quienes están "afiliados a una asociación con simple inscripción". Es el parecer que sostuvo con claridad en su voto el integrante de la Cámara Laboral de Rosario, Daniel Machado:

"En síntesis, entiendo que los trabajadores que han decidido incorporarse a asociaciones sindicales distintas de la que celebró el convenio colectivo de trabajo en el que se fijaron contribuciones solidarias en su favor, abonando por ende la cuota del sindicato de su libre elección, no deben ser alcanzados por aquella imposición, al menos cuando, como en este caso, el sindicato al que adhirió cuenta con aptitud de representación negocial colectiva derivada de su personería gremial" (13).

Los criterios de los órganos de control de la OIT, respecto de las *injerencias estatales*, son concluyentes en cuanto la inadmisibilidad de favoritismos o discriminaciones que afecten el derecho de afiliación (14). Pero ello admite al-

(12) "4º) Que, como se destaca en el mismo dictamen, el apelante no alega ni demuestra que la contribución de que se trata se haya establecido autónomamente, con independencia de otras previsiones sinalagmáticas de interés común que rigen en la actividad [...] de cuyo juego armónico resulta el mérito y la eficacia total y final del convenio colectivo que determina las condiciones de trabajo" Cit. 7.

(13) "Asoc. Pers. Munic. Las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. FESTRAM y otros s/ apelación" (Expte. 59 - Fo. 101 - Año 2012).

(14) El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración sostiene "517. Al favorecer o desfavorecer a determinada organización frente a las demás, los gobiernos podrían influir en el ánimo de los trabajadores

guna matización cuando se trata de la negociación colectiva, en cuyo caso se habilita acudir al criterio del sindicato más representativo, siempre ajustando la selección a pautas objetivas y preestablecidas, *para identificar al sujeto habilitado para integrar la mesa de negociación*. Y, en estas hipótesis, no se estima contrario a los convenios de la libertad sindical, el establecer una “cuota de solidaridad”, con salvaguarda de ciertos parámetros bien prefijados, en razón de sostener la fortaleza de la entidad que negocia o del beneficio de la actividad sindical para quienes se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación personal del convenio colectivo. Claro está que, como la libertad negativa no ha sido reconocida en el Convenio 87, las restricciones no pueden ser de fuente legal y solo el reenvío a la autonomía colectiva se constituye en la única vía posible para el desconocimiento o las restricciones de aquella. Respecto del derecho de negociación colectiva, no debe desconocerse que en el sistema interamericano sólo se encuentra mencionado en la Carta de la OEA, quizá ello explique la falta de desarrollo de los estándares en el ámbito regional.

El propio Comité de Libertad Sindical lo aclara:

“559. En relación con un caso en que la ley autoriza al sindicato, en forma unilateral, a fijar y a percibir de los trabajadores no asociados

o los empleadores cuando eligen la organización a que piensan afiliarse. Un gobierno que obrase así de manera deliberada infringiría además el principio contenido en el Convenio núm. 87, de que las autoridades públicas deben abstenerse de toda intervención que tienda a limitar los derechos otorgados por este instrumento o a entorpecer su ejercicio legal, y también, aunque más indirectamente, el principio que prevé que la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el Convenio. Si el gobierno desea dar ciertas facilidades a las organizaciones sindicales o de empleadores, convendría que las trate a este respecto en pie de igualdad. (Véanse Recopilación de 2006, párrafo 340; 342º informe, Caso núm. 2317, párrafo 863; 343º informe, Caso núm. 2426, párrafo 283; 348º informe, Caso núm. 2254, párrafo 1316; 350º informe, Caso núm. 2254, párrafo 1668; 351º informe, Caso núm. 2618, párrafo 1305; 359º informe, Caso núm. 2254, párrafo 1289; 362º informe, Caso núm. 2842, párrafo 419; 367º informe, Caso núm. 2911, párrafo 1099; y 370º informe, Caso núm. 2951, párrafo 190 y Caso núm. 2961, párrafo 490.) Repertorio de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Ginebra, Edición. 2018.

el monto de la cuota extraordinaria establecida para miembros, por concepto de solidaridad y por motivo de los beneficios obtenidos en una convención colectiva, el Comité *concluyó que para ajustarse a los principios de la libertad sindical, sería conveniente que la ley estableciera la posibilidad de que las partes de común acuerdo —y no el sindicato unilateralmente— pacten en los convenios colectivos la posibilidad del cobro a los no asociados, en virtud de los beneficios que estos hubieren percibido* (Véase 290 informe, Caso núm. 1612, párr. 27). Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, OIT, Ginebra, Edición 2018.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, sostiene en idéntica interpretación del Convenio 87:

“A juicio de la Comisión y de conformidad con los trabajos preparatorios del Convenio, el art. 2º deja a la práctica y a la reglamentación de cada Estado la tarea de decidir si conviene garantizar a los trabajadores el derecho de no adherirse a una organización profesional o, al contrario, de autorizar y, en su caso, regular el uso de cláusulas y prácticas de seguridad sindical. La Comisión considera que estas cláusulas son compatibles con el Convenio, a condición de que sean el resultado de negociaciones libres entre las organizaciones de trabajadores y empleadores, incluidos los empleados públicos” (15).

En el régimen nacional aplicable a las relaciones privadas, la propia ley 14.250, prevé la posibilidad en el art. 8º: “... Las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participante, serán válidas no sólo para los afiliados comprendidos en el ámbito de la convención”. Criterio que es recogido en la ley de asociaciones sindicales 23.551, al contemplar en el art. 37, inc. a) como origen del patrimonio “...y las contribuciones de solidaridad que se pacten en los términos de la ley de conven-

(15) Estudio General, Dar un rostro humano a la globalización, Estudio sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. 39.

ciones colectivas". Sin embargo, este marco no es aplicable integralmente a los supuestos de negociación en el sector público provincial; en estos el régimen se encuentra dentro las facultades no delegadas y podría no habilitar cláusulas de solidaridad (16). En el caso en estudio, este tipo de cláusulas se encontraban permitidas por la norma provincial. Pero con la distinción incorporada en la sentencia en estudio, estas cláusulas no podrían ser impuestas a una asociación que también tiene personería gremial y que no ha delegado su derecho a intervenir en la negociación colectiva (17).

(16) Lucas Caparrós, reseña las leyes que la posibilidad de convenirlas: "La ley 14.250 no es, sin embargo, la única ley de convenciones colectivas de trabajo. La ley 23.929 de "negociación colectiva para los trabajadores docentes" y la ley 24.185 de "convenciones colectivas para la Administración Pública Nacional", establecen en sus arts. 14 y 13, respectivamente, que las cláusulas de los acuerdos por las que se establezcan "cuotas de solidaridad" a cargo de los trabajadores y a favor de las asociaciones sindicales participantes en la negociación, podrán tener validez para todos los trabajadores afiliados o los no afiliados, comprendidos en la convención...", en *Derecho Colectivo del Trabajo*, dirigido por Juan Pablo Mugnolo y coordinado por Martín Golcman y Lucas Caparrós, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 253.

(17) En el ámbito de la administración pública nacional se introdujo el procedimiento de la negociación colectiva en la ley 24.185 y la Resolución del Ministerio de Trabajo 255, habilitó el otorgamiento de personerías gremiales a más de una asociación con idéntico o con superposición parcial de representación en dicho ámbito. El pluralismo en la representación encontró reconocimiento estatal y por "las unidades de negociación incluyen sujetos plurales en la representación de los trabadores y trabajadoras".

V. Comentarios finales

¿Se ha modificado el criterio de interpretación constitucional de la legitimidad de establecer contribuciones de solidaridad? No con carácter general, aunque se introduce una distinción inexistente en los registros de los repertorios de doctrina y jurisprudencia. Si bien no se pone en entredicho la posibilidad de pactar en los convenios colectivos normas que incluyan "contribuciones de solidaridad", siempre ajustadas a ciertas pautas (cuantía y extensión en el tiempo), incorpora como una excepción la de aquellas hipótesis (menos probables en nuestro sistema de relaciones colectivas) en las que dos asociaciones sindicales concurren con vocación de representar en ejercicio de su capacidad no delegada de intervenir en negociaciones colectivas (18). En estos casos las contribuciones de solidaridad serían inválidas, por afectar disposiciones constitucionales (art. 14 *bis*) y convencionales de jerarquía constitucional (CIT 87).

(18) Luis Ramírez Bosco, anota la solución de un caso de aristas similares durante la vigencia de la ley 14.455: "El problema con la superposición es que, si en condiciones normales la personería gremial conllevaba el monopolio de representación convencional, el sistema no podía funcionar habiendo dos sindicatos con pretensiones de monopolio. En esta circunstancia se debía dar la representación para negociar las convenciones colectivas a ambos en conjunto o bien se elegía al mayoritario. La jurisprudencia, en el único caso registrado, optó por la solución de la unidad a favor del mayoritario, sobre la base de que la ley 14.455 atribuía la capacidad convencional no a la asociación con personería gremial, sin a la asociación "más representativa", calificación que solo cabía a la mayoritaria.", en *Convenciones Colectivas de Trabajo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1985, p. 67.

ASOCIACIONES DE TRABAJADORES SIMPLEMENTE INSCRIPTAS

Distinción irrazonable en la retención de cuotas sindicales que excluye a las asociaciones simplemente inscriptas. Inconstitucionalidad del el art. 38 de la ley 23.551.

Con nota de Juan Pablo Mugnolo

1. — El art. 38 de la ley 23.551, en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados, lesiona la libertad sindical, en su faz individual y colectiva, por lo que resulta inconstitucional (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
2. — La extensión de los supuestos de retención de la cuota sindical a las asociaciones de trabajadores simplemente inscriptas no afecta a los empleadores ni les impone una carga excesiva, pues el procedimiento para implementarla respecto de los trabajadores afiliados a los sindicatos simplemente inscriptos es el mismo que utilizan para los trabajadores afiliados al sindicato con personería gremial (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
3. — El sistema de retención de cuotas sindicales del art. 38 de la ley 23.551 constituye un privilegio para las asociaciones con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas, que produce una disparidad de trato irrazonable entre los dos tipos de organizaciones (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
4. — El régimen de retención de cuotas sindicales, tal como está regulado en el art. 38 de la ley 23.551, menoscaba la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, pues, al encontrarse con mayores obstáculos para el ingreso de las cuotas, ven limitadas su sostenibilidad y capacidad de acción y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
5. — La exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en el art. 38 de la ley 23.551 configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fo-

mento y protección de intereses legítimos de orden gremial (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

6. — El recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja, es inadmisibile (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.) (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

CS, 04/03/2021. - Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c. Autopistas del Sol S.A. s/ acción de amparo.

[Cita on line: AR/JUR/1204/2021]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 38 de la ley 23.551.

CNT 083140/2016/1/RH001

Dictamen del Procurador Fiscal:

-I-

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo deducido por el sindicato Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura (APSAI), y había declarado la inconstitucionalidad del artículo 38 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, por ser contrario al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En consecuencia, ordenó a Autopistas del Sol S.A. que, en forma inmediata, proceda a retener la cuota sindical por planilla salarial respecto de los afiliados de APSAI y cese en toda obstaculización al accionar gremial de la actora (fs. 232/235).

La Cámara compartió los argumentos del juez de primera instancia referidos a la supralegalidad del mencionado Convenio 87 de la OIT y al carácter vinculante de las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de dicha organización. En ese sentido, recordó que los órganos de control y aplicación de la OIT han efectuado reiteradas observaciones al artículo 38 de la ley 23.551 —que impone obligaciones en materia de retención de aportes sindicales—, señalando que establece privilegios discriminatorios en favor de las asociaciones con personería gremial. Además, citó precedentes propios en los cuales ya había sostenido que lo dispuesto en el referido artículo 38 implica un cercenamiento de la libertad sindical y del libre ejercicio de los derechos de los trabajadores, quienes expresamente decidieron optar por determinada entidad, permitiendo sus aportes

el desarrollo de las actividades necesarias de la organización gremial.

-II-

Contra esa resolución, Autopistas del Sol S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 237/246), cuya denegatoria (fs. 253/254) dio origen a la presente queja (fs. 29/33 del cuaderno correspondiente).

Para sustentarlo, invoca la doctrina de la arbitrariedad, por entender que el fallo no es una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa y del derecho vigente.

Sostiene, en lo sustancial, que el artículo 38 de la ley 23.551 resulta muy claro al imponer la obligación a los empleadores de retener aportes únicamente respecto de asociaciones sindicales con personería gremial. Al respecto, afirma que la sentencia se aparta de la aplicación de dicha norma -y, en consecuencia, del derecho vigente- limitándose a declararla inconstitucional, sin tener en cuenta que la parte actora no habría demostrado un perjuicio real. En ese sentido, argumenta que el hecho de no actuar como agente de retención no vulnera ningún derecho de APSAI ni le provoca ningún impedimento a sus afiliados, sino a lo sumo la “incomodidad” de tener que arbitrar los medios para pagar la cuota sindical en persona.

Alega también que la Cámara omitió tener en cuenta lo dispuesto por el decreto 467/88, reglamentario de la ley 23.551. Refiere que para que la obligación de retener les resulte exigible, la asociación sindical debe tener personería gremial, mediar resolución del Ministerio de Trabajo disponiendo la retención, y comunicar al empleador la resolución de la autoridad de aplicación con una antelación no menor a diez días al pago.

Expresa que en nada afecta al *sub lite* lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo si Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499), puesto que se trató de un caso de aristas fácticas diferentes, en que el máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad exclusivamente del artículo 41 de la ley 23.551, no del resto de las disposiciones de esa ley.

-III-

Considero que los agravios suscitan una cuestión federal suficiente pues se ha cuestionado la validez constitucional de una ley del Congreso (ley 23.551), y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, ley 48).

-IV-

La cuestión federal radica en determinar si el artículo 38 de la ley 23.551, al establecer que los em-

pleadores están obligados a actuar como agente de retención de las cuotas sindicales únicamente respecto de trabajadores afiliados a sindicatos con personería gremial, vulnera la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas.

A fin de abordar este asunto corresponde señalar que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo, en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (art. 14 bis, primer párrafo, en sentido concordante Convención Americana sobre Derechos Humanos, arto 16.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 22.1 y 22.3 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.8).

Por su parte, el Convenio 87 de la OIT, denominado “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” (aprobado por ley 14.932 y ratificado el 18 de enero de 1960), de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones (art. 2). Estipula que estas organizaciones tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción, e impone a las autoridades públicas el deber de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar estos derechos o a entorpecer su ejercicio legal (art. 3). Además, el artículo 8, inciso 2, sostiene que “La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio” y el artículo 11 dispone el deber de los Estados de “adoptar las medidas necesarias y apropiadas para preservar el ejercicio del derecho de sindicación”.

En materia de libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, la Corte Suprema fijó doctrina, entre otros, en los precedentes “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499), “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina s/ Sumarísimo” (Fallos: 332:2715) y “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” (Fallos: 336:672). Estos precedentes, aun cuando versaron sobre la validez de otras disposiciones de la ley 23.551 -las condiciones exigidas para ser designado delegado del personal (Fallos: 331:2499), la tutela sindical (Fallos: 332:2715) y la legitimación procesal de una asociación simplemente inscripta

(Fallos: 336:672)- establecieron principios constitucionales que resultan aplicables al *sub lite*.

En el caso “ATE” (Fallos: 331:2499) la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que quienes están bajo la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen no solo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, sino que, además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad (considerando 6°), y señaló que “la afiliación libre y consciente no puede verse herida con supuestas razones de interés sindical y bien común”. Expresó también que la libertad sindical “tiene el propósito de que los sindicatos puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias, esto es, la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial” (considerando 7°).

Al reproducir lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical puntualizó: “de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización” (considerando 8°, en sentido análogo “Rossi”, considerando 5°, y dictamen de esta Procuración General de la Nación en CSJ, 5399/20141RH1 “Asoc. Pers. Municipal Las Colonias c. Fed. Sind. Trab. Munic. FESTRAM y otros s/acción de amparo, del 4 de noviembre de 2016).

Con cita de ese órgano sostuvo, asimismo, que, si bien la legislación nacional puede establecer una distinción entre las asociaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones, esa diferenciación no puede privar a las organizaciones sin personería gremial “de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad”. Y remarcó que “esa distinción no puede tener como consecuencia conceder a las asociaciones con mayor representatividad privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las nego-

ciaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales” (Fallos: 331: 2499, considerando 8°, en igual sentido se pronunció al resolver *in re* “Nueva Organización de Trabajadores Estatales el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo”, N. 143. XLVIII. RHE, sentencia del 24 de noviembre de 2015).

A la luz de estos principios constitucionales, entendiendo que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en el artículo 38 de la ley 23.551, configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de intereses legítimos de orden gremial.

En efecto, los aportes de los afiliados a una organización sindical, que integran su patrimonio (art. 37 de ley 23.551), “son un medio esencial para la defensa de sus intereses profesionales”, en tanto resulta la fuente de financiamiento que contribuye a sostener en el plano económico las actividades del sindicato. En tal sentido se ha expresado: “La autonomía e independencia financiera de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, al igual que la protección de sus fondos y bienes, constituyen elementos esenciales del derecho a organizar libremente su administración” (OIT, “Dar un rostro humano a la globalización”, 101 a Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, 2012, ILC.101/III/101B, párr. 109).

Cabe remarcar que, para los sindicatos de reciente fundación, las cuotas sociales aportadas por los afiliados son casi siempre su fuente principal de ingresos. En este orden de ideas, la adecuada canalización de los aportes resulta determinante para que las organizaciones de trabajadores desplieguen regularmente su gestión y su actividad gremial, y por ello el derecho colectivo del trabajo instrumenta formas promocionales o preferenciales de recaudación, tendientes a asegurar su puntual y efectiva percepción, evitando que la concreción de los pagos quede librada exclusivamente a la iniciativa de los asociados.

Al mismo tiempo, el ágil acceso a los recursos presupuestarios fortalece la autonomía del sindicato frente al Estado y al sector empresario. De allí que resulte inocuo proclamar la autonomía de las entidades gremiales para fijar su programa de acción y su estrategia con miras al cumplimiento de sus fines, si no se les asegura al mismo tiempo la disponibilidad de los medios económicos indispensables para su funcionamiento y su actividad externa.

Bajo este prisma, el régimen de retención de cuotas sindicales, tal como está regulado en el cuestionado

artículo 38, menoscaba la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas pues al encontrarse con mayores obstáculos para el ingreso de las cuotas, ven limitadas su sostenibilidad y capacidad de acción y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial.

Además, desde otra perspectiva, este régimen de retención de cuotas puede influir de forma indebida en la decisión de los trabajadores de afiliarse a una determinada asociación sindical, pues la facilidad que brinda el descuento automático de los aportes favorece la opción en favor de aquellas asociaciones que cuentan con esa prerrogativa, más allá de su ideario político y gremial. Es decir, el mecanismo de cobro fijado en la ley puede operar en la práctica como un incentivo o desincentivo para la afiliación, que afecta la libre elección por el trabajador del sindicato al que desee asociarse.

A su vez, el sistema de retención de cuotas sindicales del artículo 38 constituye un privilegio para las asociaciones con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas, que produce una disparidad de trato irrazonable entre los dos tipos de organizaciones.

En primer lugar, no se logró acreditar la existencia de un interés público imperioso que resulte necesario resguardar y justifique, en consecuencia, la exclusión de las asociaciones simplemente inscriptas de un medio esencial para la defensa de sus intereses gremiales.

En segundo lugar, el privilegio legal no es de aquellos que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas en tanto no se vincula con su prioridad de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades o en la designación de delegados ante organismos internacionales, únicas prerrogativas admitidas en el Convenio 87 de la OIT, según lo ha sostenido esa Corte Suprema.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR) -cuyos criterios han sido tenidos en cuenta por el máximo tribunal federal para interpretar el alcance de los convenios vigentes en nuestro país- (Fallos: 331:2499, considerando 8°; Fallos: 332:2715, considerando 6°; Fallos: 336:672, considerando 4°) se ha pronunciado ya sobre la materia puesta en tela de juicio en las presentes actuaciones. En particular, manifestó que el artículo 38 de la ley 23.551, que solo permite a las asociaciones con personería gremial la retención en nómina de las cuotas sindicales, otorga un privilegio que perjudica y discrimina indebidamente a las organizaciones simplemente inscriptas (observación “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI el Autopistas del Sol S.A. si amparo” adoptada en 2010, Publicación:

100° reunión CIT (2011); observación adoptada en 2011, Publicación: 101° reunión CIT (2012); observación adoptada en 2012, Publicación: 102° reunión CIT (2013), entre otras, en sentido similar CLS, Caso 2878 (El Salvador), Informe definitivo 365, 2012, Caso 3095 (Túnez), Informe provisional 378, Junio 2016).

Por último, estimo que la extensión de los supuestos de retención de la cuota sindical que se deriva de la postura que aquí propicio, no afecta a los empleadores ni les impone una carga excesiva, pues el procedimiento para implementarla respecto de los trabajadores afiliados a los sindicatos simplemente inscriptos es el mismo que utilizan para los trabajadores afiliados al sindicato con personería gremial.

En consecuencia, a mi entender el artículo 38 de la ley 23.551, en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados, lesiona la libertad sindical, en su faz individual y colectiva, por lo que resulta inconstitucional.

-V-

Con el alcance expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia recurrida. Buenos Aires, agosto de 2019. – *Víctor Abramovich*

Buenos Aires, 4 de marzo de 2021

Considerando:

Que la cuestión planteada en el *sub lite* encuentra adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, y lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 1 bis. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – *Carlos F. Rosenkrantz*. – *Elena I. Highton de Nolasco*. – *Juan Carlos Maqueda*. – *Horacio Rosatti*. – *Ricardo L. Lorenzetti* (en disidencia).

Disidencia del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 1 bis. Notifíquese y, oportunamente, archívese. – *Ricardo L. Lorenzetti*

La invariable direccionalidad deconstructiva sobre el modelo sindical y la obligada revisión sistémica de las relaciones colectivas de trabajo en clave de libertad sindical

Juan Pablo Mugnolo (*)

Sumario: I. Respecto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el dictamen de la Procuración.— II. La deconstrucción del modelo sindical y el rol del legislador: esta vez, sobre sus alcances.

I. Respecto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el dictamen de la Procuración

Un nuevo y reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol SA s/ acción de amparo”, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 38 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales.

En la sentencia bajo estudio la Corte Suprema de Justicia de la Nación se limita a hacer suyo el dictamen de la Procuración. El dictamen de la Procuración se limita a hacer suyos los argumentos sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los sucesivos fallos *ATE I*, *Rossi* y *ATE II* (1). En dichas sentencias la Corte a su

vez hizo suyos los principios emitidos por los órganos de control de la OIT, los cuales la llevaron a concluir en una impugnación a la constitucionalidad del singular régimen legal sindical de la Argentina (2).

La jurisprudencia del máximo tribunal en materia de libertad sindical ha tenido como centro del debate la cuestión relativa a la representación del sujeto sindical y las eventuales alternativas de representación colectiva de los gremios, sindicatos simplemente inscriptos y sindicatos con personería gremial en el marco delimitado por la regulación legal sindical en la argentina. Todo ello,

CS, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, 18/06/2013, AR/JUR/22557/2013.

(2) Vid. GOLDIN, Adrián O., “El sindicato único en la Argentina: un modelo agotado”, DT 1992-A, 395; Vid. GOLDIN, Adrián O., “El trabajo y los mercados”, Eudeba, Buenos Aires, 1997; Vid. GARCÍA, Héctor O., “La libertad sindical en las condiciones de su vigencia”, DT 2008 (diciembre), 1084; Vid. MEGUIRA, H., “El “Fallo Rossi” y la estabilidad de todos los representantes de los trabajadores”, DT 2010 (febrero), 209; Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, “El Aleph de la Corte”, RDLSS diciembre de 2008, N° 23; Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, “Orellano...allí donde no huelgan las palabras”, Revista Trabajo y Seguridad Social, agosto 2016, Nro 8.

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Profesor e investigador, Facultad de Derecho de la UBA y Universidad de San Andrés.

(1) CS, “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, 11/11/2008, AR/JUR/10649/2008; CS, “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”, 09/12/2009, AR/JUR/45472/2009;

a la luz de lo establecido en el artículo 14 *bis* de la CN y el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, el cual ostenta jerarquía constitucional (3).

Ante la cuestión de fondo, no tengo otra opción que reiterarme y señalar que la representatividad del sujeto sindical en la Argentina ha sido construida desde la norma infraconstitucional y anti-constitucional, tributaria de la preferencia estatal por asignar la representación al sujeto sindical *más* representativo al cual, en tal virtud, se le otorga un cúmulo de prerrogativas exclusivas (4) que definitivamente lo consagran en el único actor colectivo con capacidad suficiente para el ejercicio de defensa de los intereses de clase, re-signando así al sindicato menos representativo (no por ello “no” representativo) a un rol “pseudosindical” (5).

Mediante la dotación estatal de dichas prerrogativas exclusivas, se configura en la Argentina un régimen legal de sindicato único impuesto por ley y habilitado por el Estado (6). Y es dicha acción de imposición la que justamente genera controversias, pues, más allá de las valoraciones respecto a un régimen de unidad o pluralidad sindical, el cuestionamiento recae sobre la imposición por

parte de la ley estatal de un tipo organizacional exclusivo y excluyente que coarte la libertad de elección de alternativas organizacionales diferentes por parte de los trabajadores (7). Tal libertad de elección encuentra sustento en la garantía constitucional contemplada en el art. 14 *bis* (“organización sindical libre y democrática”) (8), norma que ostenta una notable ausencia de referencias a la unidad sindical como principio, lo cual inhabilita a equipararlo como tal con la noción de libertad sindical (9). En otras palabras, la libertad sindical es condición primera y garantía fundamental a efectos de posibilitar que los trabajadores se organicen en sindicatos únicos, si así lo estimaran conveniente.

Es en dicha línea que discurre el análisis de la Procuración, ya a estas alturas reiterativo, por cierto, y por ello confirmatorio de la inconsistencia que ostenta el régimen legal sindical frente al programa constitucional proyectado desde el art. 14 *bis* y ratificado tras la reforma constitucional del año 1994 mediante la incorporación del convenio 87 de la OIT con jerarquía constitucional y en las condiciones de su vigencia.

No cabe duda de que el art. 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS), tal como sostiene la Corte, encuadra en los supuestos de afectación a la libertad sindical tras configurarse el derecho a imponer obligaciones en materia de retención de aportes sindicales solo en favor de las asociaciones con personería gremial. Tan claro e indiscutible resulta el tema que, más allá o, mejor dicho, en virtud de los constantes señalamientos efectuados por los Órganos de Control de la OIT, el propio Estado Argentino, junto a las centrales sindicales y empresarios, reconociéndolo, ha-

(3) Cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, “El Convenio 87 en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, LexisNexis, noviembre de 2004, N° 22, p. 1659 y ss.

(4) Dichas facultades exclusivas implican el derecho a negociar colectivamente, a ejercer el derecho de huelga, a contar con protección especial para los representantes de los trabajadores a él afiliados, el cobro de las cuotas sindicales por descuento en la planilla de sueldos, exenciones impositivas.

(5) Dichos sindicatos menos representativos son condenados a los mandatos marginantes de la norma legal; es que la ley los “habilita” tan solo a peticionar y representar a solicitud de parte los intereses individuales de sus afiliados (o los intereses colectivos “solo” ante la inexistencia de sindicato con mayor representatividad en la actividad o categoría) y a otras acciones menores que nada agregan a la actividad sindical, tales como promover la formación de sociedades cooperativas y mutuales, el perfeccionamiento de la legislación laboral y de la seguridad social, imponer cotizaciones a sus afiliados y realizar reuniones o asambleas sin “necesidad de autorización previa”.

(6) Cfr. GOLDIN, Adrián, “El Trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina”, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 54.

(7) Cfr. GOLDIN Adrián, “La representación en la empresa y la tutela sindical. A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DT 2011 (febrero), 219.

(8) Vid. MUGNOLO Juan Pablo, “Tratado de los derechos constitucionales”, RIVERA, Julio C. - GROSSMAN, Elías y LEGARDE (dirs.), “Análisis crítico sobre el tratamiento constitucional del derecho colectivo del trabajo”; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 121-173.

(9) En sentido contrario Vid. RECALDE, Mariano, “El sistema sindical argentino y la libertad sindical”, DT 2004 (agosto), 1030; VALDOVINOS, Oscar “La libertad sindical, la negociación colectiva y los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, DT 2004 (diciembre), 1595.

bían logrado un acuerdo sobre la necesaria modificación legal del art. 38, la cual se proyectó allá por el año 2000, a partir de la conformación y acción de una comisión tripartita “reformista”, en una norma que finalmente no fue **(10)**.

Ahora bien, más allá de la remisiones y reiteraciones vertidas en el dictamen de la Procuración que la Corte hace suyos, se detecta una particular focalización sobre un tema paradigmático del sistema de relaciones colectivas del trabajo en la Argentina. Me refiero a los medios de financiación con que cuentan los sindicatos, siendo ellos habilitados desde el Estado y contenidos en la normativa legal.

Señala la Procuración: “... [E]l ágil acceso a los recursos presupuestarios fortalece la autonomía del sindicato frente al Estado y al sector empresario. De allí que resulte inocuo proclamar la autonomía de las entidades gremiales para fijar su programa de acción y su estrategia con miras al cumplimiento de sus fines, si no se les asegura al mismo tiempo la disponibilidad de los medios económicos indispensables para su funcionamiento y su actividad externa” **(11)**. Sobre cómo se les debería asegurar a los sindicatos —en el sector privado **(12)**— los medios económicos

indispensables para su funcionamiento caben preguntarse aquí si todos los instrumentos que a tales efectos contemplan las normas legales en nuestro país, se condicen efectivamente con el objetivo de asegurar la indispensable autonomía sindical frente al Estado y los empresarios.

Dicha cuestión fundamental, traída por el dictamen de la Procuración, sienta una posición (jurisprudencialmente novedosa) sobre cuestiones conflictivas en lo hace que al funcionamiento del sistema de relaciones colectivas de trabajo en la Argentina. Y es que, ciertamente, como plantea el dictamen de la Procuración que el máximo tribunal hace suyo, las ventajas económicas que la ley garantice a los sindicatos con personería gremial potencia la *sostenibilidad y capacidad de acción y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial*, pudiendo por tal motivo influir en la decisión de los trabajadores de afiliarse a una determinada asociación sindical más allá de su ideario político y gremial **(13)**.

Siguiendo la misma lógica interpretativa sostenida por la Corte Suprema al hacer suyo el dictamen de la Procuración cabe agregar que dicho análisis involucraría además de las cuotas de afiliación sindical referidas en el impugnado art. 38 LAS, a los aportes que los trabajadores a afiliados y no afiliados realizan con destino del sindicato firmante del Convenio Colectivo que se les aplique. Me refiero a las conocidas cuotas de solidaridad (art. 37.a., ley 23.551; art. 9º, ley 14.250; ley 23.929, art. 14; ley 24.185, art. 13) **(14)**. Del

(10) Recuérdese la visita al país —en mayo del 2000— de expertos internacionales como Jean Claude Javillier (director del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo); Bernard Gernigon (jefe del Servicio de Libertad Sindical); Horacio Guido (funcionario de aquel departamento), y Guillermo Pérez, del equipo técnico multidisciplinario, que interactuaron junto con la Comisión Tripartita Mixta (creada en el marco de la gestión del Ministerio de Trabajo de la Nación) a fin de adecuar la normativa nacional en clave de libertad sindical regulada en los instrumentos internacionales.

(11) Del dictamen de la Procuración suscrito por Víctor Abramovich en autos “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI el Autopistas del Sol S.A. s/ amparo” (p. 7, párr. 2º).

(12) Como mencionara en mi “Análisis crítico sobre la configuración técnico-jurídica de las cuotas de solidaridad en la experiencia argentina”, en Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Ed. Errepar, noviembre 2019, p. 1033, nota aparte requieren las mal llamadas cuotas de solidaridad en el régimen de negociación colectiva de la Administración Pública Nacional (ley 24.185, art. 13) y que su dec. regl. 447/93 establece que se trata de “aporte que el empleador específicamente otorgue ... a los sindicatos signatarios” excluyendo a aquellos sindicatos “que aun constituyendo la Comisión Negociadora no suscriban

el convenio respectivo”. No se trata pues de cuotas de solidaridad, sino que son realmente aportes de la patronal (el Estado empleador) a los sindicatos lo cual afecta claramente su autonomía y, por si fuera poco, se realizan bajo la coerción de suscribir el convenio colectivo para recibir del Estado la suma correspondiente.

(13) Del Dictamen de la Procuración suscrito por Víctor Abramovich en autos “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI el Autopistas del Sol S.A. s/ amparo” (p. 7 párr. 3º).

(14) Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, “Análisis crítico sobre la configuración técnico-jurídica de las cuotas de solidaridad en la experiencia argentina”, Ponencia presentada en el XI Congreso Regional Americano y XXI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 4-6 de septiembre de 2019, Provincia de

mismo modo, correspondería una valoración crítica a la luz de la Constitución de los llamados aportes patronales con destino a las organizaciones sindicales (art. 9º, ley 23.551) (15).

Así, pues, lo novedoso y destacable del fallo de la Corte Suprema es que pone en el centro del debate la ponderación sobre la constitucionalidad del instrumental habilitado legalmente a los sindicatos con el fin de solventar su actividad y desenvolvimiento. Dicha habilitación estatal, en el marco del sistema de relaciones colectivas del trabajo en la Argentina teñido por un intervencionismo intenso podría entenderse como una concesión por parte del Estado, a fin de garantizar(se) la gestión privada del conflicto sociolaboral de manera eficaz. Cabe sin embargo preguntarse si en tales casos —y apelando a palabras de la propia Procuración— operaría algún grado de vulneración de *la autonomía de las entidades gremiales, para fijar su programa de acción y su estrategia con miras al cumplimiento de sus fines*.

II. La deconstrucción del modelo sindical y el rol del legislador: esta vez, sobre sus alcances

Tras el avance deconstructivo sobre el régimen legal sindical argentino que, como consecuencia del control de constitucionalidad (16), han ini-

Córdoba. Publicado en Temas de Derecho Laboral / noviembre 2019, Errepar; Vid. CAPARRÓS, Lucas, “El valor de la personería gremial en las sentencias de la CSJN: reflexiones sobre el fallo ADEMUS”, Boletín Diario, Rubinzal Culzoni, 09/09/2020.

(15) Cfr. CAPARRÓS, Lucas, “Derecho Colectivo del Trabajo”, MUGNOLO, Juan Pablo (dir.); GOLCMAN, Martín - CAPARRÓS, Lucas (coords.), Capítulo VII, El sistema legal de asociaciones sindicales de trabajadores, acápite 4.5 “Los restantes conceptos patrimoniales. Aportes patronales”, Ediar, 2019, p. 262 y ss. Véase la intervención del Prof. Emérito por la Universidad de Buenos, GOLDIN, Adrián, en su disertación en el Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la jornada “Diálogo Social. Presente y Futuro de la Negociación Colectiva en Argentina” - 29 de marzo de 2005. http://www.derecho.uba.ar/institucional/moreno/actividades_dialogo_social05.php

(16) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, 2000, 3ª ed., t. I, p. 333 y ss.; Cfr. SAGÜES, Néstor P., “Elementos de Dcho. Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, 3ª ed., t. I, p. 278; Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo - LOIANNI, Adelina, “El Control de la Constitucionalidad de las leyes. Iniciativa. Medios y alcances”, LA LEY, 1985-E, 808; Vid. QUIROGA

ciado la Corte Suprema y los tribunales inferiores (17), se hace a estas alturas indispensable recibir una respuesta activa por parte del Poder Legislativo a fin de adecuar la normativa sindical vigente. Dicha deconstrucción del modelo sindical argentino, que oportunamente he analizado, descripto y en cierto modo propugnado (18), corre el riesgo hoy de quedar atrapada en un corsé delimitado exclusivamente mediante el hilvanado de aquellas observaciones que los órganos de control de la OIT hayan vertido estrictamente en referencia a algunos artículos específicos de la ley 23.551 expresamente observados.

Sin embargo, debe destacarse que, en los inicios de esta acción deconstructiva sobre el modelo sindical, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el ya mencionado fallo *ATE I* (19), dio señales de rompimiento del mentado corsé limitante al momento que el Máximo Tribunal en dicha sentencia declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la ley de Asociones Sindicales (art. 41.a) que al momento del fallo no contaba con observación alguna por parte de los órganos de control de la OIT (20). Un antecedente más que interesante.

LAVIÉ, Humberto, “Constitución Argentina Comentada”, Zavalla, 1997, 2ª ed. actualizada, p. 687 y ss.

(17) Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, “Deconstrucción del monopolio sindical”, DT2012 (enero), 3477.

(18) Ibidem.

(19) CS, “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, 11/11/2008.

(20) Como bien señala TOPET, Pablo, la CSJN identifica los criterios elaborados por aquellos respecto de “sindicato más representativo” en forma general; e inmediatamente para contribuir a sustentar el criterio en el que basa su decisión identifica una “mención” al régimen nacional sobre el art. 41 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del año 1989, luego mencionada en el informe junto a una respuesta gubernamental en el año 1991. Cerca de cumplir los 20 años el hipotético reproche —sobre la norma mencionada— que fue objeto de una “solicitud directa individual” al Gobierno. Este no volvió a reiterarse jamás: 18 años en las observaciones que —reiteradamente— se hicieron sobre algunos artículos de la ley de asociaciones sindicales (28, 21 del dec. regl. 467/88, 29, 30, 31 a), 38, 39, 48 y 52). Cfr. TOPET, Pablo, “Modelos de libertad sindical en el río de la plata”, XVI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social República Oriental del Uruguay, Colonia del Sacramento, 25 y 26 de abril de 2009 Organizadas por

Continuando la lógica analítica, de tipo más bien sistémico, cabe, pues, a estas alturas redireccionar el devenir deconstructivo hacia aquellos andariveles que lo revitalicen y amplíen. Ello implicará un ejercicio crítico completo que, tras una revisión meticulosa de todas las normas que configuran el derecho de las relaciones colectivas de trabajo, se logre alinear su contenido con el programa constitucional, definitivamente en clave de libertad sindical.

El análisis no taxativo que se propone obliga a revisar la normativa heterónoma principal en lo que a regulación de la actividad sindical respecta. Me refiero obviamente a la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales.

En la línea “revisionista” que propongo, incorporo al análisis expansionista, el contenido del artículo 6º de la Ley de Asociaciones Sindicales que establece que los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones y toda persona física o jurídica, deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales, “más allá de lo establecido en la legislación vigente” (el entrecomillado me pertenece). El artículo en cuestión pareciera establecer como “género la inconstitucionalidad general” para luego convertir a muchos otros artículos teñidos de “inconstitucionalidades específicas” como “la especie” dentro del género. Es decir, la ley en el art. 6º vela por la plena vigencia de la libertad sindical del ante eventuales avances por parte del Estado y /o de los empleadores, aunque, y hete aquí lo paradójico salvo que la propia ley —contradiciéndose— autorice; algo que, va de suyo, nunca debería suceder, aunque sin embargo sucede. Redunda señalar que la corroboración de que sucede remite cuanto menos a los artículos observados por los Órganos de Control de OIT (21).

En la misma línea de análisis, cabe mencionar el artículo 10 de la Ley de Asociaciones Sindicales toda vez que dicha norma impone una tipología de organización sindical, lo cual resulta de dudosa constitucionalidad. O siendo más exacto, lo sería si se interpreta la norma como una enun-

ciación taxativa —que de no serlo prácticamente no se explica su funcionalidad— pues estaría vulnerando el contenido del artículo 2 del convenio 87 de la OIT que hace expresa mención al derecho a constituir organizaciones “que estimen convenientes”.

Con un carácter definitivamente restrictivo, el art. 1º del dec. 467/1988 resulta también de dudosa constitucionalidad toda vez que condiciona el derecho de sindicalización exclusivamente a trabajadores en relación de dependencia. Dicha norma también vulnera el contenido del art. 2º del convenio 87 de la OIT que hace expresa mención al derecho a constituir organizaciones “sin ninguna distinción” (22). Pero es que además de inconstitucional, resulta ineficaz que dado el devenir de las relaciones laborales se excluya a aquellos trabajadores que no sean “típicamente” dependientes. Y más paradójico aún que, encontrándose ese colectivo no-dependiente/semindependiente en reconocida situación de mayor vulnerabilidad, la respuesta tutelar sea la inhabilitación del recurso a la acción colectiva siendo esta uno de los instrumentos más eficaces superar dicha instancia de menor protección, incluso en pos de la obtención de estándares de “mayor laboralidad”.

Definitivamente resulta inconstitucional el art. 18, inc. c) de la Ley de Asociaciones Sindicales. Al momento que plantea que *el setenta y cinco por ciento (75%) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos/as argentinos, el/la titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos/as argentinos*, lejos de constituir un tributo a la manda constitucional

(22) Cfr. La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. 330. El criterio para determinar las personas cubiertas por el derecho sindical no se funda en el vínculo laboral con un empleador. Los trabajadores que no tengan contrato de trabajo puedan constituir las organizaciones que estimen convenientes si así lo desean, p. 62 (Véanse 349º informe, Caso núm. 2498, párr. 735; 353º informe, Caso núm. 2498, párr. 557; y 354º informe, Caso núm. 2560, párr. 439.) 389. Es contrario al Convenio núm. 87 impedir los sindicatos de trabajadores independientes que no trabajan bajo subordinación o dependencia. (Véase 363º informe, Caso núm. 2868, párr. 1005). P.71

la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(21) Citar artículos observados por OIT.

parece más bien un homenaje a la Ley de Residencia de 1902 (23).

Párrafo aparte merece el art. 31, inc. f) al momento que pone en cabeza del sindicato con personería gremial el derecho de *administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo*. La trascendencia de dicha prerrogativa exclusiva del sindicato con personería gremial nos remite a la Sentencia de Corte analizada en el presente trabajo puesto que se conjugan las prerrogativas exclusivas impuestas por ley a las asociaciones sindicales más representativas y la trascendencia económica que muchas de ellas ostentan. En cualquier caso, se sostiene que atentaría contra la libertad sindical, tal como señala Guisado, toda vez que desalienta la afiliación de trabajadores a asociaciones que carecen de la personería gremial o la formación de otras asociaciones (24).

Debo reiterar en este trabajo la referencia al art. 9º de la Ley de Asociaciones Sindicales pues al no encontrarse entre las normas observadas por los Órganos de Control de OIT no puede soslayarse, como señala García, la vulneración al principio

(23) Cfr. La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. 322. El derecho de los trabajadores, sin distinción alguna, de constituir organizaciones de su elección y afiliarse a ellas implica que cualquier persona que resida legalmente en el país goza de derechos sindicales, incluido el derecho de voto, independientemente de su nacionalidad. (Véanse 371º informe, Caso núm. 2988, párr. 842; y 378º informe, Caso núm. 2952, párr. 69.) p.60; 325. En lo que respecta a la concesión de derechos sindicales a los extranjeros, el requisito de reciprocidad no es aceptable según el artículo 2 del Convenio núm. 87. (Véase Recopilación de 2006, párr. 215.) p. 61; 623. Debería conferirse mayor flexibilidad a las legislaciones a fin de permitir que las organizaciones ejerzan sin trabas la libre elección de sus dirigentes y a los trabajadores extranjeros tener acceso a las funciones sindicales, por lo menos una vez pasado un período razonable de residencia en el país de acogida. (Véanse Recopilación de 2006, párrafo 420; 355º informe, Caso núm. 2620, párr. 704; 377º informe, Caso núm. 3136, párr. 326; y 378º informe, Caso núm. 2952, párr. 69.) p. 118.

(24) Cfr. GUIADO, Héctor, en Reunión Académica “El sistema de representación sindical en la ley 23.551” Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 28/08/2013, p. 1. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/el-sistema-de-representacion-sindical-en-la-ley-23551.pdf>

de pureza sindical exigido por el Convenio 98 de la OIT y, en definitiva, a la autonomía y libertad sindical (25).

En idéntico sentido, cabe preguntarse sobre la constitucionalidad de las cuotas de cuotas de solidaridad (art. 37.a., ley 23.551; art. 9º, ley 14.250; ley 23.929, art. 14; ley 24.185, art. 13). A tales efectos, remito a la indagación académica oportunamente por mí efectuada, en la cual doy por sentado el necesario financiamiento de la actividad sindical (26) aunque, por tal motivo, efectúo un llamado de atención sobre la llamativa endeblez jurídica sobre el cual se sostiene la pervivencia de las cuotas de solidaridad en nuestro país. Dicho análisis lo he complementado tiempo después con un ejercicio teórico de ponderación de derechos constitucionales, ya más acorde con la problemática que podrían plantear las cuotas de solidaridad, frente al programa constitucional en clave de libertad sindical, pero también, ponderándose respecto de los derechos políticos garantizados en nuestra Carta Magna (27).

En materia de negociación colectiva, cabe referir al art. 2º de la ley 14.250 (t.o. 2004) el cual establece que *en caso que hubiese dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención colectiva o que la existente no pudiese ser calificada de suficientemente representativa o que no hubiere ninguna, la autoridad de aplicación, siguiendo las pautas que deberán fijarse en la reglamentación, atribuirá la representación del sector empleador a un grupo de aquellos con relación a los cuales deberá operar la convención o tener como representantes de todos ellos a quien o a quienes puedan ser considerados legitimados para asumir el carácter de parte en las negociaciones*. Dicha norma plantea una situación que desde mi punto de vista ameritarían una revisión crítica a luz del convenio 87 y 98; me refiero a la facultad de la autoridad administrativa para dotar de legitimidad a una or-

(25) Ibidem, p. 2.

(26) Vid. “Las cuotas de solidaridad ante el necesario financiamiento de las organizaciones sindicales”, Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, febrero de 2005, Nº 3.

(27) Vid. “Análisis crítico sobre la configuración técnico-jurídica de las cuotas de solidaridad en la experiencia argentina”, en Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Ed. Errepar, noviembre 2019.

ganización empresaria, supeditando los parámetros a tales efectos a lo contenido por un decreto, norma de menor jerarquía que no dota por cierto de suficiente seguridad jurídica al sistema (28). Sin embargo, la situación empeora tras constatar que habiendo pasado ya 16 años de aprobada la ley por el parlamento, la autoridad administrativa, haciendo ostentación de la mentada inseguridad jurídica, no ha dictado decreto alguno que establezca parámetros objetivos que expliquen su accionar al momento de dotar de representatividad al sector empresario (29). Esa intervención administrativa habilitada a definir la representatividad y la representación del sector empresario, sin márgenes legales que delimiten su accionar, pone en peligro la autonomía de las partes frente a la discusión y concreción del negocio colectivo, agregándole además una fuerte dosis de imprevisibilidad jurídica que, a la larga, desgastará la eficiencia del sistema de negociación colectiva (30).

También en materia de negociación colectiva, cabe traer bajo análisis el art. 4º de la ley 14.250

(28) Cfr. La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. 634. Una intervención de las autoridades públicas en las elecciones sindicales o de las organizaciones de empleadores corre el riesgo de parecer arbitraria y de constituir una injerencia en el funcionamiento de dichas organizaciones, incompatible con el artículo 3 del Convenio núm. 87 que les reconoce el derecho de elegir libremente sus dirigentes. (Véase 358º informe, Caso núm. 2740, párr. 657.); 31. Los «sindicatos de empleadores» no deben verse limitados en virtud de disposiciones demasiado detalladas que desalienten la posibilidad de constituirse, lo que es contrario al artículo 2 del Convenio núm. 87 que dispone que los empleadores, al igual que los trabajadores, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, sin autorización previa. (Véase Recopilación de 2006, párr. 281.)

(29) He analizado la problemática relativa a la representación empresaria en la experiencia argentina en MUGNOLO, Juan Pablo, “La representación empresaria en la negociación colectiva”, rev. Trabajo y Seguridad Social, N° 6, junio de 2011, p. 420.

(30) Cfr. La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. 399. Las prescripciones demasiado estrictas en cuestiones tales como la representación de las partes en el proceso de negociación colectiva pueden menoscabar su eficacia. Se trata de una cuestión que debería ser determinada por las partes mismas. (Véase Recopilación de 2006, párr. 985).

(t.o. 2004) en tanto plantea que *las normas originadas en las convenciones colectivas que sean homologadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación, regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro del ámbito a que estas convenciones se refieran*. La decisión de política jurídica de poner en cabeza de la autoridad administrativa del trabajo la homologación, con la consecuente entrada en vigencia con eficacia general, no pareciera cuajar del todo con la posición de los Órganos de Control de la OIT en tanto no sería esa instancia estatal suficientemente independiente (31). Además de ello, el mismo art. 2º establece que *será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general*. La conceptualización, la definición, aquello que se entienda por interés general, podría abrir un campo de acción propicio para la acción discrecional de la autoridad administrativa del trabajo que, posibilitando o vedando la entrada en vigencia de un convenio colectivo de trabajo, definitivamente atentaría contra la plena vigencia de la autonomía colectiva (32).

(31) Cfr. La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. 1438. Subordinar la entrada en vigor de los convenios colectivos suscritos por las partes a su homologación por las autoridades es contrario a los principios de la negociación colectiva y del Convenio núm. 98. (Véanse Recopilación de 2006, párr. 1012; 344º informe, Caso núm. 2365, párr. 1447; y 367º informe, Caso núm. 2952, párr. 879.); 1442. La necesidad de una aprobación previa del gobierno para dar validez a un convenio colectivo podría implicar una medida contraria al fomento de los procedimientos de negociación colectiva entre empleadores y trabajadores para establecer las condiciones de empleo. Aun cuando la negativa de aprobación administrativa pueda ser objeto de un recurso judicial, el sistema mismo de la aprobación administrativa previa es contrario a todo el sistema de negociaciones voluntarias. (Véase Recopilación de 2006, párrafo 1015). Cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, “La impugnación del acto homológico de un convenio colectivo de trabajo. El medio jurídico más idóneo”, rev. Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, junio 2004 - N° 12.

(32) Cfr. La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018. 1440. El Gobierno debe asegurarse de que en el trámite de registro y publicación de convenios colectivos solo se realice el control de cumplimiento de los mínimos legales y de cuestiones de forma, como por ejemplo la determinación de las par-

Finalmente, concluyendo esta enunciación no taxativa de aquellas normas legales que, más allá de aquellas observadas específicamente por los Órganos de Control de la OIT, resultan de dudosa constitucionalidad por irrespetar el principio de libertad sindical, realizaré un último comentario sobre la regulación del conflicto colectivo en el marco del sistema de relaciones colectivas de la Argentina.

Puntualmente, invito a reflexionar críticamente sobre el contenido del dec. 272/2006, que reglamenta el art. 24 de la ley 24.877 que crea la Comisión de Garantías que interviene en tratamientos de la huelga en los servicios esenciales. Tomando como referencia la experiencia italiana, la ley tuvo la mira puesta en la exclusión del Ministerio de Trabajo como gestor del conflicto en situaciones particularmente delicadas. Sin embargo, su creación no fue más que un espejismo que se difuminó ante el intervencionismo histórico, espasmo estatalista que mediante el dec. 272/2006 reinsertó el tratamiento de los conflictos colectivos en los servicios esenciales bajo la órbita del Ministerio de Trabajo de la Nación. Como bien señala Tribuzio, el gobierno se aparta así de la recomendación expresa efectuada por la Comisión de Expertos de OIT en 2003 al analizar la memoria enviada por el Gobierno argentino el año anterior, tendiente a que "... la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga, si las partes no llegan a un acuerdo, no corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente" (OIT, Informe III, parte 1ª,

tes y destinatarios del convenio con suficiente precisión y la duración del mismo. (Véase 356º informe, Caso núm. 2699, párr. 1389.).

Ginebra, 2003 - 1B. DOC, p. 239) **(33)**. Además de ello, el claro exceso reglamentario en que incurre el PEN complementaría, como señala Tribuzio, la configuración de inconstitucionalidad atento lo dispuesto en los arts. 28 y 31 de la CN **(34)**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol SA s/ acción de amparo", no hace más que reiterar la direccionalidad deconstructiva respecto del modelo sindical argentino. Dentro de dicha direccionalidad, corresponde esperar un accionar deconstructivo por parte del Poder Legislativo Nacional que avance hacia una reforma legal. Llegada la oportunidad de la reforma legal, la comprensión global del sistema de relaciones colectivas de trabajo argentino resultará indispensable para una reconstrucción sofisticada, sólida, y que en su completitud tribute al programa constitucional establecido en el art. 14 *bis* y consolidado tras la incorporación del convenio 87 de la OIT con la reforma constitucional de 1994.

(33) Cfr. TRIBUZIO José, en "Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales", DT 2006 (mayo), 707.

(34) "La supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escala en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto, que llamamos 'inconstitucionalidad' o 'anticonstitucionalidad'" (BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", Ediar, 1998, t. I, p. 334) citado por TRIBUZIO, José, en "Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales", DT 2006 (mayo), 707 cita al pie núm. 15.

DERECHO DE HUELGA

Titularidad del derecho. Sindicato. Asociaciones de trabajadores con personería y simplemente inscriptas. Interpretación del art. 14 bis de la CN.

Con nota de Oscar A. Bruno

1. — La titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes —los “gremios”—, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores, ello desde una perspectiva de examen integral del texto del art. 14 bis de la Constitución Nacional, donde ese derecho se inserta en el segundo bloque que contiene el catálogo de los derechos reconocidos a las entidades gremiales, y que lo hace inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores.
2. — La alocución “gremios” del art. 14 bis de la CN no resulta comprensiva de cualquier grupo informal de trabajadores; la norma garantiza que las asociaciones profesionales destinadas a representar a los trabajadores en el ámbito de las relaciones colectivas se organicen con arreglo a los principios de libertad sindical y de democracia interna y, a tal efecto, les ha impuesto el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales directivas, y, por lo tanto, no resulta lógico admitir que se otorgue de modo indistinto la titularidad de los derechos más relevantes del ámbito de las relaciones colectivas tanto a las organizaciones que cumplen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.
3. — En lo que atañe al derecho de adoptar medidas de acción directa, los sindicatos no pueden ser discriminados en razón de su grado de representatividad, en virtud de los precedentes “Asociación Trabajadores del Estado” —Fallos: 331:2499— y “Rossi” —Fallos: 332:2715—; pero no cabe invocar esta doctrina para sustentar en ella el reconocimiento de tal derecho a los grupos informales de trabajadores.
4. — Dado que la base jurídica de la doctrina elaborada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT reside en las normas del Convenio 87, que refiere a los derechos y objetivos de las organizaciones sindicales, de ello solo se sigue el reconocimiento de la atribución de disponer medidas de fuerza para estas organizaciones.
5. — En virtud del Convenio 87 de la OIT, el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y 26 y 45 inc. c de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado argentino tiene el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación.
6. — La importancia de la calificación legal de la huelga constituye un requisito ineludible para decidir sobre sus consecuencias, pues las medidas de acción directa —huelga, “paros intermitentes”, “trabajo a reglamento”, “trabajo a desgano”— implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertos reclamos, y al obstaculizar el normal desarrollo de la producción de bienes o de prestación de servicios, no solo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los consumidores o usuarios, provocando una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del primero (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (transitar, enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.).
7. — La huelga debe considerarse como un acto colectivo en la deliberación que lleva a una agrupación de trabajadores a declararla para tutelar sus intereses; celebrado el acuerdo, corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla, de modo que la proclamación de la huelga es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo.
8. — El ejercicio del derecho de huelga exhibe dos facetas: una individual que se identifica con el derecho del trabajador singular de adherirse o no a una huelga declarada y otra indudablemente colectiva, pues fijar reivindicaciones, declarar o poner fin a la huelga, como también negociar la solución del conflicto son atribuciones que necesariamente se ejercen a través de una agrupación de trabajadores.
9. — El ejercicio del derecho colectivo de declarar una huelga condiciona el ejercicio del derecho individual de adherirse o no a ella en un sentido material y en un sentido formal; material,

porque no es posible adherirse a una huelga no convocada; formal porque el ejercicio individual será legítimo si legítima fuese la convocatoria de la huelga.

10. — La actitud del empleador al reinstalar al trabajador en cumplimiento de la intimación ordenada por la justicia, bajo apercibimiento de sanción conminatoria, por no ser un acto voluntario, no puede interpretarse como una intención de abdicar de la vía recursiva que impugna esa decisión, pues no se verifica una hipótesis de renuncia o desistimiento tácito por incompatibilidad entre los actos en cuestión.

CS, 07/06/2016. - Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/30900/2016]

COSTAS

Por su orden en atención a como se decide.

Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante:

A mi modo de ver, las cuestiones que se debaten en el *sub-lite* resultan sustancialmente análogas a las examinadas en el dictamen de esta Procuración del día de la fecha, *in re* C. 990, L. XLIX, “Conte, Maximiliano c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. sí juicio sumarísimo”, por lo que corresponde remitir a los fundamentos allí expuestos.

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde declarar parcialmente procedente a la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia recurrida. — Buenos Aires, 27 de mayo de 2015. — *Irma A. García Netto*.

Buenos Aires, junio 7 de 2016.

Considerando:

1º) Que se desprende de las constancias de esta causa que la empresa postal demandada despidió al actor imputándole haber participado en la convocatoria y realización de medidas de fuerza que, a criterio de la empleadora, debían considerarse ilegítimas porque no contaron con el aval de los sindicatos que representaban al personal. En la comunicación del despido la compañía aclaró que esas medidas consistieron en la celebración, en un lapso de dos semanas, de sucesivas “reuniones...en el lugar de trabajo y durante la jornada habitual” que afectaron gravemente el desarrollo normal de la labor en su centro operativo de Monte Grande, lo cual se tradujo “en demora,

retardo y retención en las imposiciones postales de todo tipo confiadas por nuestros clientes”; y también indicó que con ello llegó a comprometerse la entrega de aproximadamente 6.000.000 de piezas (cfr. fs. 6/7 y 44/45 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá en este considerando y en los dos sucesivos).

Con fundamento en la ley 23.592, el actor en su demanda solicitó que se declarara la invalidez del despido dispuesto por la empleadora en los términos precitados calificando de discriminatoria la medida (fs. 4/16).

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 398/399), al confirmar la sentencia dictada en primera instancia (fs. 347/356), admitió el reclamo de invalidación del despido y condenó a la demandada a reinstalar al actor en su puesto de trabajo y a pagarle tanto los salarios caídos desde el cese hasta la efectiva reincorporación como también un resarcimiento por daño moral de \$10.000.

Para así decidir, la cámara sostuvo que los elementos de juicio reunidos avalaban la afirmación del trabajador de haber sido víctima de un trato discriminatorio adoptado por la empresa como represalia por su participación en medidas legítimas de acción gremial. Señaló que ello era así pues lo que la empleadora le reprochó al despedirlo no fue otra cosa que su activa intervención en la convocatoria y celebración de reuniones en el lugar de trabajo. Además —añadió— la circunstancia de que “las referidas reuniones se hallaban dirigidas a la obtención de mejoras de salarios y contaban con la presencia de un número importante de personal” permitía vislumbrar la existencia de un “hecho colectivo encuadrable en...el art. 14 bis de la C.N. y en el convenio N° 87 de la O.I.T. que debe ser interpretado con amplitud a la luz de la doctrina sentada...en los fallos ATE y ROSSI”.

En cuanto a esto último, el tribunal de alzada descartó que las medidas de fuerza en cuestión pudieran juzgarse ilegítimas por no haber sido promovidas por una asociación sindical. Al respecto, puntualizó que la titularidad del derecho de huelga reconocido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional concierne al “gremio” entendido como grupo de trabajadores de la misma actividad u oficio unidos por una causa. Y, frente al “interrogante de si el grupo colectivo debe estar formalizado como asociación sindical o si basta la pluralidad concertada”, se inclinó por la segunda alternativa haciendo suya la opinión reflejada en el dictamen del Fiscal General (fs. 389/395) de que sería “erróneo todo intento de limitar el ejercicio del derecho de huelga a la decisión de un sindicato orgánico”. Postura que, según lo dictaminado, reconoce sustento en “la denominada ‘libertad sindical negativa’ que se basa en el derecho a no afiliarse y a la cual parece-

ría hacer una referencia muy concreta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo 'ATE c. Estado Nacional', ya que "el Alto Tribunal considera inadmisibles la necesidad de una afiliación a una asociación sindical con personería gremial para poder ejercer la representación de los trabajadores, y esta interpretación se proyecta de una manera clara sobre el sujeto del derecho de huelga porque el grupo colectivo estaría obligado a afiliarse a un sindicato para poder ejercer el medio de presión que cuenta con la consagración constitucional".

3°) Que contra esa decisión de la cámara la demandada dedujo el recurso extraordinario (fs. 404/417) cuya denegación dio origen a la queja en examen.

Entre otras cuestiones, la recurrente plantea que las referidas reuniones en el lugar de trabajo que afectaron el normal desarrollo de la labor operativa de uno de sus establecimientos no pudieron ser consideradas como medidas de acción directa legítimas porque no había ningún sindicato impulsándolas. Y que, por ende, el despido motivado por la conducta mencionada en el fallo en modo alguno habría implicado una discriminación por el ejercicio de derechos gremiales.

4°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a la audiencia pública de carácter informativo la que tuvo lugar el 10 de septiembre de 2015. En tal acto, tras las exposiciones efectuadas por diversos amigos del tribunal, los representantes letrados de cada una de las partes formularon sus informes y fueron interrogados sobre diversos aspectos de la controversia conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente (fs. 176/213 de la queja).

5°) Que, tras la convocatoria a la audiencia, la parte actora efectuó una presentación en la que alegó la falta de subsistencia del interés recursivo de la demandada en razón de que, según sus propias manifestaciones, el 11 de julio de 2013 había reincorporado al actor a su puesto de trabajo, dando con ello cumplimiento a la sentencia apelada. Solicitó, en consecuencia, que se aplique la doctrina del "pago voluntario sin reserva" como equivalente al desistimiento tácito de la queja. Corrido el traslado pertinente, el planteo fue replicado y se lo tuvo presente para su oportuna consideración por el Tribunal (cfr. fs. 150/153, 154, 163/167 y 168 de la presentación directa).

La petición no es admisible pues, de conformidad con las constancias de la causa, la reincorporación del actor no constituyó un acto voluntario y espontáneo de la demandada sino que obedeció a una intimación ordenada bajo apercibimiento de aplicarse una sanción conminatoria de \$ 500 por cada día de demora (resolución del 2 de julio de 2012; fs. 444 de los autos

principales). Además, la condena decretada involucró no solo la obligación de reincorporación sino también el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios sin que existan elementos en el expediente que demuestren que estas últimas hayan sido satisfechas. En esas condiciones, es indiferente que, como se arguye, no hubiese existido reserva expresa de continuar con el trámite de la queja, pues la actitud asumida por la enjuiciada al reinstalar al actor no puede interpretarse como una intención de abdicar de la vía recursiva. No se verifica, por tanto, una hipótesis de renuncia o desistimiento tácito por incompatibilidad entre los actos en cuestión y, por consiguiente, resulta inaplicable al caso la doctrina de esta Corte sobre la materia que invoca el demandante, la cual presupone que el cumplimiento de la condena sea voluntario y no consecuencia de una ejecución forzada (Fallos: 311:1435; 320:1495; 331:2765; 332:2625, entre muchos más).

6°) Que en lo que respecta a los agravios expresados en el recurso extraordinario es menester precisar que se atenderá exclusivamente a los que aluden a la titularidad del derecho a promover una huelga pues ponen en tela de juicio la interpretación que hizo el *a quo* de normas de indudable carácter federal, y se trata de una cuestión cuyo esclarecimiento resulta fundamental para una adecuada solución del caso.

Cabe recordar que esta Corte —según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos— en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666; 331:1815, entre muchos).

7°) Que, de modo previo al examen de las reglas jurídicas referidas a la huelga, es conveniente efectuar algunas precisiones sobre las características de este derecho.

La huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella —v.gr.: "paros intermitentes", "trabajo a reglamento", "trabajo a desgano", etc.— implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas. Al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no solo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios. Es así que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del emplea-

dor (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional.

Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos que configuran su marco de legalidad. De ahí la importancia de la calificación legal de la huelga que, como lo ha puesto de relieve reiteradamente esta Corte, constituye un requisito ineludible para decidir sobre sus consecuencias (Fallos: 251:472; 254:58 y 65; 256:307 y 562; 265:293; 266: 191, entre varios más).

Por otra parte, también es conveniente aclarar que la huelga debe considerarse como un acto colectivo en la deliberación que lleva a una agrupación de trabajadores a declararla para tutelar sus intereses. Celebrado el acuerdo sobre la huelga, corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla, de modo que la proclamación de la huelga es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo (cfr. Santoro Passarelli, Francesco, *Nociones de Derecho del Trabajo, Estudios de Trabajo y Previsión*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, págs. 49/50).

Vale decir, que el ejercicio del derecho de huelga exhibe dos facetas. Una individual que se identifica con el derecho del trabajador singular de adherirse o no a una huelga declarada; y otra indudablemente colectiva, pues fijar reivindicaciones, declarar o poner fin a la huelga, o negociar la solución del conflicto son atribuciones que necesariamente se ejercen a través de una agrupación de trabajadores. Es evidente que el ejercicio de este derecho colectivo de declarar una huelga condiciona el ejercicio del derecho individual de adherirse o no a ella en un sentido material y en un sentido formal. En un sentido material, porque no es posible adherirse a una huelga no convocada. Y en un sentido formal, porque el ejercicio individual será legítimo si legítima fuese la convocatoria de la huelga (cfr. Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 456).

8°) Que el derecho de huelga ingresó de modo expreso al texto de la Constitución Nacional en ocasión de la reforma de 1957 que, mediante la incorporación del art. 14 bis, consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo

XX por vía de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos Estados (Fallos: 331:1815).

La referida disposición constitucional contiene tres mandas diferenciadas en cuanto al sujeto al que se procura tutelar a través de la ley y de la acción estatal. En primer lugar, la norma centra su atención en el “trabajador” disponiendo que la ley debe asegurarle una serie de derechos, entre ellos, “la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. En segundo lugar, el precepto establece que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”. Y, en tercer lugar, el objetivo de la regulación es la protección de los beneficiarios de la seguridad social, a quienes se les reconocen diversos derechos y garantías.

Dentro de este diseño normativo no puede dejar de advertirse que el derecho de huelga se inserta en el segundo bloque que contiene el catálogo de los derechos reconocidos a las entidades gremiales, y que lo hace inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores.

A partir del encuadre descripto y desde una perspectiva de análisis que hace pie en el examen integral del texto de la norma constitucional es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores. Concretamente, corresponde entender que los “gremios” mencionados en el segundo párrafo del art. 14 bis como titulares del derecho de declarar una huelga no son otra cosa que aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la “organización sindical libre y democrática” reconocido a los trabajadores en el párrafo anterior, es decir, a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su “simple inscripción en un registro especial”.

La formulación constitucional no permite conferir al término “gremios”, utilizado por el precepto, un alcance mayor al indicado. La alocución no resulta comprensiva de cualquier grupo informal de trabajadores. Ciertamente, el art. 14 bis ha puesto especial énfasis en garantizar que las asociaciones profesionales destinadas a representar a los trabajadores en el ámbito de las relaciones colectivas se organicen con arreglo a los principios de libertad sindical y de democracia interna y, a tal efecto, les ha impuesto el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales direc-

tivas. No resulta lógico admitir, por lo tanto que, a renglón seguido, la misma norma otorgue de modo indistinto la titularidad de los derechos más relevantes del ámbito de las relaciones colectivas (negociar convenios colectivos, acudir a la conciliación y al arbitraje cuando las negociaciones directas fracasan, y, en su caso, adoptar medidas de acción directa) tanto a las organizaciones que cumplen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Se añade a lo expresado la circunstancia de que el aludido segundo párrafo del artículo examinado, inmediatamente después de indicar qué derechos garantiza la Constitución a los “gremios”, establece que los representantes “gremiales” gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión “sindical”. Dado que los representantes gremiales a los que se alude son aquellos que desarrollan una gestión sindical, es claro que la norma se refiere a quienes ocupan cargos en sindicatos. Y esto no hace más que reforzar la conclusión de que en el art. 14 bis el término “gremios” ha sido empleado como exclusivamente alusivo a las asociaciones sindicales.

9º) Que la conclusión precedentemente expuesta encuentra apoyo en varias expresiones vertidas en la Convención Constituyente de 1957.

En su seno se abrió un arduo debate a raíz de las disímiles posturas que aparecían reflejadas en los numerosos proyectos presentados sobre el tema. Algunos propiciaban que el derecho de huelga se reconociera en cabeza de todos los habitantes de la Nación, otros conferirían genéricamente su titularidad a los trabajadores, en tanto que otros lo atribuían exclusivamente a “los gremios”. Tras una amplia discusión, la votación aprobó esta última postura (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Año 1957, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, T. II, pág. 1462).

De las exposiciones que respaldaron dicha propuesta, cabe mencionar la del convencional Jaureguierry quien señaló que “la huelga no es el simple derecho de no trabajar... así como el trabajo está contemplado en la parte del artículo 14 que estatuye el ‘derecho a trabajar’, no debe confundirse ese derecho individual con este derecho del trabajo que tiene un alcance social. Si no se lo entiende así, la huelga sería nada más que la facultad de holgar”. En otro tramo de su alocución, el referido convencional subrayó “que es derecho porque es una facultad, una facultad que debe pertenecer al gremio, y no a los trabajadores individualmente considerados” (ídem, pág. 1457) y enfatizó, además, que “la huelga no es un derecho individual de los trabajadores, sino un derecho colectivo que damos a quien representa esos intereses co-

lectivos, que a juicio de la comisión no es otro que el gremio” (pág. 1461).

A su turno, el convencional Acuña, refiriéndose a la propuesta de reconocer el derecho de huelga “a los trabajadores”, afirmó que tal amplitud “puede llevar a la anarquía de la clase trabajadora en la postulación de sus reivindicaciones fundamentales; y también puede significar que la falta del aval responsable del sindicato permita adoptar resoluciones de fuerza que muchas veces no estarán gestionando aquellas reivindicaciones fundamentales que se persiguen a través del último recurso de la clase trabajadora” (ídem, pág. 1457).

En un similar orden de consideraciones el convencional Corona Martínez expresó que “los que decretan una huelga son los trabajadores organizados en un gremio y no los trabajadores anárquicos”, e inmediatamente recordó: “[a]cabamos de reconocer a los trabajadores el derecho de organizarse libre y democráticamente, con la sola inclusión en un registro”; y, por ello, consideró que debía aprobarse el texto que reconocía el derecho de huelga a los gremios “con esta aclaración: que donde dice gremio se interprete ‘trabajadores organizados’; que se entienda que son los trabajadores organizados en gremios” (ídem, pág. 1458/1459).

Asimismo, el convencional Colombo dijo que “[l]a huelga es la caja de resonancia de problemas obreros”, “[p]ero es el gremio quien debe declararla”. Al respecto, señaló que “[q]uieremos a este país asociado en todas sus expresiones vinculadas a la lucha colectiva por sus intereses; así como vemos a los empresarios en lucha para justificar la defensa de sus intereses, así queremos a la clase trabajadora aglutinada en torno a los gremios, a los sindicatos, para que desde allí se haga posible la realización de sus grandes conquistas”. Y añadió que “[a]nunciar por vía constitucional la posibilidad del derecho anárquico de un trabajador de declarar la huelga es caer en la enormidad jurídica de confundir paro con huelga y en el desconocimiento social de lo que significa el gremio, el gran instrumento que tenemos que empujar para que allí se concreten las grandes posibilidades de realización de los trabajadores” (ídem, pág. 1459).

Cabe citar, finalmente, la posición del convencional Ponferrada quien de modo claro sostuvo que “[d]esde luego, el derecho de huelga...es el derecho de los sindicatos, de los obreros organizados en gremios”. Añadió que “las huelgas pueden ser declaradas ilegítimas, y el derecho laboral circumscribe el derecho al gremio para que haya una entidad responsable”; que “[e]l gremio el que debe responder, porque el derecho se confiere a los trabajadores organizados; de otro modo sería inoperante”; y que, “[p]or otra par-

te, al formalizarse los contratos de trabajo colectivo, es lógico que éstos deben celebrarse con el gremio, y no con los trabajadores tomados individualmente” (ídem, pág. 1459).

10) Que el Tribunal no deja de advertir que, así como en el debate mencionado los convencionales Acuña, Corona Martínez, Colombo y Ponferrada de modo claro le asignaron a la expresión gremios el significado de organización formal de trabajadores, es decir, “sindicato”, otros convencionales, en cambio, le atribuyeron un significado distinto o, si se quiere, más amplio.

En especial, el convencional Bravo sostuvo que “[p]ertenecer al gremio es una situación de hecho”, “[s]e pertenece al gremio en razón del oficio, de la profesión que se ejerce..., pero no en razón del sindicato, cosa muy diferente: para pertenecer al sindicato hay un acto de voluntad del trabajador que se afilia a ese sindicato”; y añadió que, “[c]uando tomamos la palabra ‘gremio’ referida a la huelga, lo hicimos refiriéndola a una situación de hecho que hacía a los trabajadores, a los que correspondía ir a la huelga, estuvieran o no afiliados: es un derecho de pluralidad de trabajadores” (Diario de Sesiones, T. II, pág. 1457). También dijo que “Ellas palabras ‘gremio’ y ‘sindicato’ no son sinónimos”; y, ante la observación del convencional González Bergéz de que “[e]l sindicato es la organización del gremio”, Bravo sostuvo que “[e]l sindicato puede ser una especie dentro del gremio”, y que “[l]a huelga se la concedemos a los gremios, a los trabajadores, a los hombres que tienen ocupación determinada..., con la aclaración de que no necesita la huelga declarada por los trabajadores ser homologada por los sindicatos” (ídem, pág. 1460).

Esta disparidad de opiniones permite afirmar que el debate exhibió una indecisión en lo que hace a la fijación de los conceptos, y que, en realidad, solo dejó bien en claro que el derecho a declarar una huelga es de carácter gremial y no individual.

En suma, no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto en discusión en esta causa. Lo que refuerza la pertinencia del criterio interpretativo expuesto en el considerando 8° de este pronunciamiento que se apoya en una lectura integral del texto del art. 14 bis —tal como en definitiva quedó redactado— y relaciona su segundo párrafo con lo dispuesto al final del primero.

11) Que la normativa proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) que se menciona en el fallo apelado tampoco permite sustentar la conclusión a la que arribó la cámara acerca de la titularidad del derecho a declarar una medida de fuerza.

Al respecto, cabe señalar que el Convenio 87 —sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación—, aunque no menciona expresamente el derecho de huelga, sí consagra el derecho de las “organizaciones de trabajadores” y de empleadores “de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (art. 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores” (art. 10). Con apoyo en estas disposiciones, dos órganos instituidos para el control de la aplicación de las normas de la O.I.T., el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones han dado un amplio reconocimiento a este derecho considerándolo como un corolario indisociable de la libertad de sindicación (cfr. Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, Principios de la O.I.T. sobre el derecho de huelga, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Edición 2000, pág. 8).

El Comité de Libertad Sindical, ya en su segunda reunión celebrada en 1952, destacó enfáticamente que el derecho de huelga “es uno de los ‘elementos esenciales del derecho sindical’” y, poco tiempo después, refirió que “en la mayor parte de los países se reconocía que el derecho de huelga constituye un derecho legítimo al que pueden recurrir los sindicatos para defender los intereses de sus miembros” (cfr. Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81.a reunión 1994, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, primera edición, 1994, § 146, pág. 69). Y en el mismo sentido se pronunció la Comisión de Expertos a partir de 1959 precisando, con fundamento en los citados arts. 3 y 10 del Convenio 87, que la prohibición de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades (ídem, § 147 y 148, págs. 69/70).

En suma, dado que la base jurídica de la doctrina elaborada por los citados órganos de contralor de la O.I.T. reside básicamente en las normas del Convenio 87 que se refieren a los derechos y objetivos de las organizaciones sindicales, es evidente que de dicha doctrina solo se sigue el reconocimiento de la atribución de disponer medidas de fuerza para estas organizaciones, y así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical (Lee Swepston, Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la O.I.T., Revista Internacional del Trabajo, vol. 117, 1998, núm. 2, pág. 208).

En tal sentido, el Comité ha dicho que “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87” (La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición revisada, Ginebra, 2006, § 524, pág. 116).

12) Que el examen de la normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional o *supra* legal arroja un resultado similar. El Estado argentino, como se verá, asumió el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación.

Así, el art. 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, después de enumerar los derechos que los Estados partes se comprometen a garantizar en relación con la fundación, la organización y la actividad de las asociaciones sindicales, consagra expresamente “el derecho de huelga” (inc. d). Y al referirse a esta disposición, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del Pacto en el plano internacional (Fallos: 335:452), ha encuadrado a la huelga dentro de los derechos sindicales.

En efecto, el Comité ha dicho que consideraba preocupante que el ejercicio de los derechos sindicales como el derecho de huelga siga siendo objeto de restricciones excesivas en la legislación y en la práctica, y ha instado a los Estados partes a que armonicen su legislación sobre ese derecho sindical con el art. 8° del Pacto, teniendo en cuenta la normativa del Convenio 87 de la O.I.T. (cfr. Observación Final del Informe Burundi, del 16 de octubre de 2015, párr. 31 y 32, E/C.12/BDI/CO/1; Observación Final del Informe de Kazajstán, 7 de junio de 2010, párr. 22 E/C.12/KAZ/CO/1).

Asimismo, mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado argentino asumió el compromiso de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas sociales contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 26); y en el art. 45, inc. c, de la referida Carta se indica que “los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”. Como

se puede observar, el reconocimiento del derecho de huelga se encuadra en una norma claramente alusiva a la libertad de asociarse para la defensa y promoción de los intereses profesionales.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— contiene una disposición de idéntico tenor a la precedentemente referida en su art. 8° titulado “Derechos Sindicales”.

13) Que no bastan para dar sustento a una conclusión distinta ciertas expresiones como las de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales adoptada en Bogotá en 1948 (Declaración de los derechos sociales del trabajador) que inmediatamente después de referirse al derecho de sindicación señalan, sin aclaración alguna, que “los trabajadores tienen derecho a la huelga” (cfr. arts. 26 y 27).

Este instrumento internacional alude genéricamente a la huelga sin diferenciar los aspectos individuales y colectivos del ejercicio de tal derecho que anteriormente han sido puntualizados (cfr. considerando 7°). Con lo cual solo es posible concluir que sus disposiciones indudablemente garantizan el derecho de los trabajadores de adherirse a una huelga declarada (art. 27), y el de las organizaciones sindicales de disponerla o declararla como lógico corolario del derecho de sindicación (reconocido en el art. 26). La imprecisión apuntada impide otorgarles un alcance más amplio en lo que atañe al aspecto colectivo de la cuestión, o sea, a la atribución de adoptar medidas de acción directa.

14) Que en los precedentes “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi” esta Corte estableció que el principio constitucional de la libertad sindical consagra la libertad para todos los sindicatos con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial. Sobre tal base, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de preceptos legales que concedían a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos —mediante el otorgamiento de la personería gremial— privilegios que excedían de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta con las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual iba en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aquellos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación (cfr. Fallos: 331:2499, considerando 8° y 9°, y Fallos: 332:2715, considerando 3° a

7°, respectivamente; asimismo, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, considerando 3°, Fallos: 336:672).

Es evidente que la doctrina constitucional enuncia da implica que, en lo que atañe al derecho de adoptar medidas de acción directa, los sindicatos no pueden ser discriminados en razón de su grado de representatividad. Pero no lo es menos que dicha doctrina únicamente se refiere a las asociaciones sindicales; de modo que no cabe invocarla, como lo hizo la cámara, para sustentar en ella el reconocimiento de tal derecho a los grupos informales de trabajadores.

15) Que de todo lo expuesto se sigue que la normativa federal examinada solamente confiere el derecho de declarar una huelga a las asociaciones profesionales.

Por lo tanto, dado que —como ha sido expresado en el considerando 8° de la presente— el único requisito al que el art. 14 bis de la Constitución Nacional supedita el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones de trabajadores es el de su

simple inscripción en un registro especial, cabe concluir que el legítimo ejercicio del derecho de huelga está subordinado a que el sujeto que la dispone haya cumplido con tal recaudo de inscripción.

En consecuencia, corresponde revocar el fallo apelado.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal subrogante: 1) se desestima la petición articulada a fs. 150/153 de esta presentación directa; y 2) se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia, con el alcance indicado. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Asimismo, reintégrese el depósito de fs. 3. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*.

El caso “Orellano” y la teoría realista del derecho

Oscar A. Bruno^(*)

Sumario: I. Introducción. Marco teórico. La teoría de que el derecho es lo que los jueces dicen que es.— II. La discusión en el caso Orellano.— III. La palabra “gremio”. Vaguedad y ambigüedad.— IV. Qué es “gremio” a partir de la sentencia de la Corte. Crítica.— V. El dictado del fallo tiene consecuencias.— VI. Reflexiones finales.— VII. Bibliografía.

I. Introducción. Marco teórico. La teoría de que el derecho es lo que los jueces dicen que es

Sería una falacia de petición de principio si, al pretender demostrar alguna afirmación, desde el presupuesto del que partiese, tomara como

indiscutible aquello que, precisamente, deseo demostrar o comprobar. Por ello, no podría definir o resolver qué es “derecho” y concluir que, en efecto, el derecho es lo que los jueces dicen que es, si pretendiese resolver la cuestión sin utilizar elementos externos a aquella afirmación, o sin tomar en cuenta lo que otras teorías refieren y critiquen al respecto.

La discusión, en lo que a mí respecta, se encuentra abierta. El propósito de este trabajo

(*) Abogado. Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil UBA. Maestrando en Derecho del Trabajo (UBA). Doctorando en Derecho Laboral (UBA).

será, por lo tanto, aportar algunas ideas en torno a la posición realista de la teoría del derecho y tomaré como caso de análisis al fallo Orellano.

Si a modo de una muy apretada síntesis podemos decir que el derecho es algo distinto para uno y otra para otros y, en este sentido, para los positivistas el derecho es aquellas normas dictadas según un procedimiento preestablecido, y para los iusnaturalistas, en cambio, es derecho aquello que es justo, para la teoría realista, en cambio, será derecho aquello que un juez al sentenciar decida que es obligatorio. En este último sentido, el juez Holmes, en *La senda del derecho*, señala: "... [P]ero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales" (1).

En relación con esta última teoría, Nino señala que de esa corriente aparece "una elogiable actitud cautelosa frente a las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes (...) Si buscamos hechos, ¿qué más podemos encontrar que constituya el derecho que las decisiones judiciales?" (2).

Para finalizar con la referencia a Holmes, este señalaba que cuando se estudia derecho se lo realiza a fin de asesorar a otras personas "acerca del proceder más adecuado para evitar enredos judiciales" (3). ¿Por qué? Porque lo importante, para esta corriente es —más allá de que lo que digan las normas o de los principios o supuestos principios que legitimasen a aquellas— lo que sí es obligatorio como derecho vigente, que es lo que un juez ordene en un caso.

Esta teoría no busca su fundamento en un deber ser, ni metafísico ni terrenal, pero sí se legitima en la situación de hecho de que es el Juez

quien dirá concretamente cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes.

Como esbocé al principio, no pretendo ni mucho menos agotar o abordar aquí de manera amplia y concluyente las virtudes y defectos de las tres teorías antes señaladas, pero sí resaltaré algunas cuestiones importantes relacionadas con la teoría realista a partir de las consecuencias del dictado de la sentencia en la causa Orellano.

II. La discusión en el caso Orellano

En lo central, la discusión en el caso se dio en razón de determinar qué engloba el concepto de "gremio", quién puede legítimamente convocar a una huelga, y lo dispuesto a su respecto, en el art. 14 *bis* de la CN. La parte pertinente de este artículo dispone: "[Q]ueda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga".

En dichos autos el conflicto se suscitó por la discusión acerca de la legalidad o no de la medida de fuerza decretada en el marco de un conflicto de trabajo, a partir del sujeto convocante. Mientras que la parte actora sostuvo que el gremio que cuenta con la protección constitucional antes señalada significa, quiere decir, o alude, al colectivo de trabajadores de una misma empresa o especialidad, la parte demandada argumentaba que la titularidad del derecho constitucional la detentaba la persona jurídica representante, o sea el sindicato.

En la sentencia del 07/06/2016 la Corte dispuso: "[E]s indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados (...) corresponde entender que los gremios mencionados en el segundo párrafo del art. 14 *bis* como titulares del derecho de declarar una huelga no son otra cosa que aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la organización sindical libre y democrática reconocido a los trabajadores en el párrafo anterior, es decir, a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfa-

(1) HOLMES, Wendell Oliver, "La senda del derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, ps. 20 y 21.

(2) NINO, Carlos Santiago, "Introducción al Análisis del Derecho", Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 46.

(3) HOLMES, Wendell Oliver, ob. cit., p. 13.

cen el requisito de su <simple inscripción en un registro especial>“ (4).

La Corte ha rechazado, entonces, la acepción intentada por la parte actora para el concepto de “gremio”.

En un sistema republicano como el nuestro, de la división de poderes se sigue que quien legisla no administra ni juzga, quien administra no juzga ni legisla, y quien juzga no legisla ni administra. Si bien esta separación no es pura ya que cada uno de los tres poderes también realizan, aunque de manera residual, como lo sostiene Gordillo (5) tareas que, en principio, son de esfera de los otros dos, centralmente cada poder del Estado se ocupa de una de las tres funciones estatales.

A fin de vivir en sociedad y con los beneficios que dicha decisión conlleva (progreso colectivo, derecho a la historia (6), seguridad, compañía, etc.), le hemos dejado al Estado el poder de organizar la vida en sociedad, el cual realiza mediante las tres funciones antedichas. Ahora bien, en principio, si tenemos designado a quien decida en los casos de controversias, no podríamos luego cuestionar la decisión imponiéndole que dicte una resolución diferente de la adoptada, ya que ello pervierte el sistema. Las apelaciones existentes ante los tribunales de alzada sirven a la garantía de la doble instancia y a fin de evitar la acumulación desmedida de poder sobre un solo órgano. No son, por consiguiente, institutos que se riñan con lo afirmado precedentemente respecto a lo positivo de otorgar imperio a las decisiones adoptadas por el órgano competente. Para decirlo de otro modo: si vamos a jugar

un juego donde hay dos equipos que compiten entre sí y hemos decidido con base en cuáles reglas se llevará a cabo y quién será el encargado de verificar el cumplimiento de dichas reglas, no podremos decidir, cuando una decisión no nos conviene, que no se quiere jugar con un árbitro o que este debe resolver con reglas distintas que las imperantes. ¿Para qué digo todo esto? Para señalar que es el Juez quien, en nuestro sistema, resuelve las controversias. Esa es su función, y el sistema se sostiene con base en la eficacia del desarrollo de las labores realizadas y por la confianza de sus participantes.

En el caso Orellano se le dio un determinado y particular alcance a la palabra “gremio” escrita en la Constitución. Como este es un trabajo doctrinario, realizado dentro de un ámbito académico, en el que debe favorecerse la discusión de ideas, encuentro por demás adecuado que se pueda cuestionar, de la manera que aquí lo intentaré, la solución adoptada por la Corte.

Antes de pasar al análisis de la controversia, no quiero dejar de señalar una cuestión: soy respetuoso de la actividad jurisdiccional y no voy a criticar infundada o dogmáticamente a una decisión judicial solo porque no coincida con lo que yo pienso. No, al menos, de manera voluntaria. No estoy aquí para defender a una parte (aunque incluso si ese fuese el caso, soy también de la opinión de que ello no equivaldría a defender cualquier postura y a cualquier precio) sino para colaborar con la discusión de las ideas y del progreso.

III. La palabra “gremio”. Vaguedad y ambigüedad

Como lo he señalado en el punto anterior, la discusión en el caso se centró en dilucidar qué quedaba comprendido en la palabra inserta en el texto constitucional.

Al respecto y siguiéndolo a Carrió, las normas jurídicas están compuestas por palabras que tienen las características propias de las lenguas naturales en que aquellas son dictadas. Y como deben ser comprendidas por el mayor número de personas, el derecho no solo

(4) Considerando “8” del fallo indicado.

(5) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, t. I — Parte General, p. 9.

(6) La expresión no es sencilla, y por eso se la aclara en esta nota: al vivir en sociedad, y educación mediante, podemos hacer uso de los beneficios de aprender acerca de aquello que, para las personas individual y socialmente, ha funcionado, a fin de repetirlo y mejorarlo, y desechar aquellos actos que no fueron beneficiosos (aunque también podría discutirse acerca de cuándo algo es realmente beneficioso o no lo es, y también en este caso se debería abordar la respuesta en función de los beneficiados y perjudicados).

se vale del lenguaje natural, sino que también debe hacerlo (7).

El lenguaje jurídico tiene, entonces, las mismas características que las lenguas naturales. De esta afirmación se desprenden o derivan varias consecuencias. Así, y como lo señala Nino, "por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, solo puede atenuar la vaguedad de estas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad" (8).

Russo agrega que no solo las palabras presentan unas constantes vaguedad y ambigüedad, sino que también las reglas de formación de expresiones y las reglas sintácticas, son también imprecisas. En ese sentido pone como ejemplo, entre otros, que la conjunción "y" a veces sugiere una sucesión temporal entre los términos que vincula ("adquirió y enajenó el inmueble"), pero en otras ocasiones no ("adquirió inmuebles y muebles") (9).

En relación con la palabra que fue objeto de controversia en el caso Orellano, las dos preguntas que creo procedente realizar a los fines que me estoy proponiendo, son si el concepto "gremio" habilitaba la discusión que se dio entre las partes en torno a qué quedaba comprendido en dicha palabra, y si la solución adoptada por la Corte tenía más fundamento que carencia de ello. Intentaré dar respuesta a ambos interrogantes, haciendo la salvedad de que, en última instancia, lo que aquí escriba no tiene la pretensión de ser definitivo de las dudas planteadas, sino ser solamente mi opinión fundada sobre la cuestión. Y mi opinión es todo lo que válidamente puedo aquí aportar y realizar.

(7) CARRIÓ, Genaro R., "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 37.

(8) NINO, Carlos Santiago, ob. cit., p. 45.

(9) RUSSO, Eduardo Ángel, "Teoría General del Derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 220.

A la última pregunta la contestaré en el siguiente punto. A la primera, entonces, respecto a si el concepto de "gremio" habilitaba la disparidad de caracterizaciones intentadas por las partes, habrá que razonarla en función de si hay, en efecto, más de una posición válidamente posible en relación con este concepto.

En este sentido, puede intentarse una interpretación literal de la norma (aunque esto no supera el problema de que, incluso así, existirán palabras e interpretaciones que no son "autoevidentes" sino que exigen decisiones interpretativas previas), o una teleológica, o una histórica, además de otros métodos de interpretación posibles.

Tampoco resuelve la cuestión el meramente acudir a un diccionario, ya que en ese caso válidamente se puede uno interrogar y cuestionar en el sentido de quién, en qué medida, y por qué se le ha dado autoridad a aquella persona que escribió dicho libro (10) para que realice una definición.

La Corte, en el fallo analizado, cita diversas posturas de los convencionales constituyentes respecto a quién o a quiénes se les debía dar la protección constitucional. Si bien las discusiones parlamentarias pueden, a veces, ser de utilidad para entender los sentidos de las palabras de los términos empleados, lo cierto es que la palabra que está inserta en el texto constitucional es la que, en lo concreto, allí se encuentra, y no tiene la misma validez los debates que en razón de ella se hayan dado, incluso la de las posiciones a favor de lo que en definitiva se haya terminado adoptando.

Dichas todas estas aclaraciones, sí creo adecuado que se haya dado la discusión de desentrañar qué es lo que "gremio" significa: si la organización formal de trabajadores, o también los colectivos o grupos de estos. Digo que sí resulta adecuado haber dado la discusión ya que, si la fórmula constitucional hubiese sido "sindicato", o "sindicato con personería gremial", tales organismos se encuentran legal y formalmente delimitados. Supone y supuso otra dificultad, en cambio, dilucidar qué debía entenderse

(10) Al respecto desarrolla más ampliamente RUSSO, Eduardo Ángel, ob. cit., p. 19.

por “gremio”, que es quien contaba con la tutela constitucional.

IV. Qué es “gremio” a partir de la sentencia de la Corte. Crítica

Como adelanté, la solución adoptada por el Tribunal ha sido la de resolver que la protección constitucional la detentaba únicamente el sindicato: ya sea el que tenga simple inscripción o el que cuente con personería gremial, pero solo el sindicato formalmente organizado es quien cuenta con ese nivel de tutela.

Si bien la interpretación literal no es la única manera posible de dilucidar cuál es la regla contenida en una norma, creo que la Corte ha hecho un esfuerzo no menor en caracterizar el término “gremio” en el limitado sentido utilizado. Digo esto porque si la expresión hubiese querido estar limitada únicamente al sindicato formalmente constituido, el término claro para ello habría sido, precisamente, el de “sindicato”, y ello no ha sido el caso. Ambos términos no son sinónimos. Si se ha insertado la palabra “gremio” en lugar de aquella, no es dable suponer que es aquella únicamente la que contaría con la tutela, y aquí debe recordarse que la relación entre “gremio” y “sindicato” es una relación de género y especie.

Profundizando en este sentido y utilizando la normativa internacional que es obligatoria en el derecho del trabajo dentro del campo relativo a la huelga, como lo sostiene H. O. García, “el Convenio n° 87 de la OIT alude al derecho de huelga en su art. 3.1, cuando garantiza la autonomía de las organizaciones de trabajadores para formular su ‘programa de acción’, remarcando en el art. 10 del propio instrumento que el término ‘organización’ significa toda ‘organización de trabajadores (o de empleadores) que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores...’ De ello surge indudablemente una titularidad amplia que consiente el ejercicio del derecho de huelga por todo conjunto de trabajadores, organizados institucionalmente en un sindicato o de manera informal, espontánea y transitoria como puede ser una coalición

(“combination”) o una asamblea en el establecimiento, siempre que dicho agrupamiento se encuentre enderezado a la promoción o defensa del interés colectivo de los trabajadores” (11).

La normativa citada en el párrafo precedente tiene jerarquía constitucional, tal como doctrinariamente se lo ha interpretado al aludido Convenio N° 87 de la OIT.

Sin soslayar lo sostenido con anterioridad, en el sentido de que no cuenta con la misma fuerza legal la norma escrita que la explicación de esta dada por quienes la han legislado, es igualmente útil la conceptualización del concepto de “gremio” realizada por el convencional Carlos Bravo, quien la ha realizado en los siguientes términos: “[S]e pertenece al mismo por razón del trabajo o de la ocupación, es decir, por el modo de vivir y no por el hecho de la agremiación o inscripción en los registros de una sociedad profesional”. En definitiva —explicó—, la huelga: “No es un derecho del sindicato ni de la asociación profesional” (12).

En la misma línea se encuentra Recalde (13) quien, aunque califica como conveniente que los conflictos colectivos se encaucen siempre a través del sindicato respectivo, considera que, en el caso argentino, no existen fundamentos jurídicos suficientes para excluir a “los gremios” en sentido amplio.

Con relación a los supuestos excesivos mandatos y derechos otorgados por la legislación, que podrían ser utilizados por posturas contrarias al reconocimiento de derechos tal como constan textualmente en la normativa, Gargarella se imagina (aunque haciendo alusión específicamente a los derechos contenidos en la constitución, pero que es igualmente válido para lo dispuesto en el Convenio citado) una

(11) GARCÍA, Héctor Omar, “¿Quiénes son titulares del derecho de huelga?”, DT 2016 (julio), 1532, AR/DOC/1882/2016.

(12) CARO FIGUEROA, José Armando, “Tratado de Relaciones Colectivas de Trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 1228, citado por GARCÍA, Héctor Omar, ob. cit., p. 7.

(13) RECALDE, Mariano, “Manual de Derecho Colectivo del Trabajo”, Edunpaz Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2018, p. 546.

crítica al respecto y ensaya su respuesta en los siguientes términos: ante una crítica del tipo "Lo que pasa es que con la Constitución hemos prometido demasiado, nos hemos comprometido a cosas que nunca ninguna sociedad podrá llegar a satisfacer", él contesta: "En mi opinión, este reclamo no es cierto, pero si todos estuviéramos de acuerdo con una queja semejante, entonces podríamos cambiar la Constitución, o arrojarla por la ventana, para pasar a jugar otro juego. Pero mientras no lo hagamos, tenemos que hacernos cargo de la Constitución que tenemos y no esconder la parte de la Constitución que no nos gusta bajo la alfombra" (14).

Sin embargo y a partir de la sentencia del caso Orellano, la tutela constitucional la posee el sindicato: como ya se ha dicho, tanto el que cuenta con la simple inscripción o el que posee la personería gremial, pero únicamente el sindicato. En su argumentación, la Corte ha dejado de lado a lo que ella ha llamado como "colectivos informales de trabajadores". Por este motivo, debe ahora tenerse presente que la interpretación última dada en materia de derecho colectivo relativa al sujeto tutelado ha sido dada a favor de los sindicatos, excluyendo cualquier otra posibilidad que pudiese imaginarse relativa al término "gremio".

V. El dictado del fallo tiene consecuencias

Como sabemos, salvo para los casos de procesos colectivos, desde lo formal las sentencias tienen fuerza obligatoria solo para las partes. Sin embargo y como precedentes, gozan de determinada *ascendencia*, respecto de los tribunales de su mismo fuero, los fallos dictados por el tribunal superior de la causa. Y resulta ser más trascendente, todavía, lo que resuelva la Corte sobre cada uno de los temas en los que se expida. Al respecto, sin embargo, debo realizar una aclaración: por un lado, será difícil que sobre una cuestión en la que la Corte tenga decidido qué es lo correcto, un tribunal inferior falle en sentido contrario; no obstante ello, no es una decisión que carezca de toda importancia el determinar que un caso es idéntico a otro o no lo es. En ese sentido, debe ser realizado el esfuerzo

—por parte de algunos de los operadores jurídicos— de dejar de sostener raudamente expresiones del tipo "en idénticos casos falló de una manera y en otro, de otra". Digo esto porque, como decía, no es una cuestión menor decidir que un caso revista similitud o identidad con otro. Veamos un ejemplo:



Si en una hoja de papel dibujásemos tres círculos, dos de los cuales se encuentran arriba del restante, no es solo una la clasificación que podríamos llevar a cabo a fin de agruparlos o separarlos. Así, podríamos separar a los dos de arriba del de abajo si el criterio de agrupamiento o distinción fuese el estar arriba o estar abajo. Pero si el criterio fuera el de separar los de la derecha de los de la izquierda, podríamos establecer otro agrupamiento. Una separación diferente podríamos establecer si el criterio fuese determinar cuáles fueron dibujados antes y cuáles después. También los conjuntos obtenidos serían o podrían ser diferentes si el criterio de agrupamiento fuese la superficie abarcada. O si el criterio fuere el de distinguir los que fueron confeccionados con el trazo más grueso de los que no etc.

Estos son solo unos pocos ejemplos básicos de que *la realidad* no es autoevidente, los criterios de clasificación no son pocos, y sostener la similitud de un hecho con otro impone un trabajo de construcción de similitudes, diferencias, y determinación de las características relevantes, además de las necesidades o información buscada. Esto último lo señalo porque las respuestas no se obtienen "per sé" de la observación lisa del objeto a analizar, sino que, en gran parte, las respuestas que obtendremos serán unas u otras a partir de las preguntas que formulemos.

Realizadas todas las advertencias incluidas en este punto y cerrado este subtema, se pue-

(14) GARGARELLA, Roberto, "Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta", Editorial Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2006, p. 49.

de avanzar para reiterar y concluir en esta cuestión: el hecho de que la Corte haya sostenido algo respecto a determinada situación, no quiere decir ello que todos los casos similares que se presenten posean, igualmente, toda la cantidad de notas características suficientes para que se le aplique en forma directa lo ya resuelto por el máximo tribunal.

Ahora bien, la contracara de lo antedicho es que para aquellos casos en los que sí sean objetivamente similares con expedientes sobre los que la Corte también se ha expedido, de no mediar un contexto diferente como, por ejemplo, la situación económica del país o cierta particularidad de los litigantes, o la composición de los miembros del Tribunal, —lo cual, también podríamos igualmente colocar como criterios de distinción, tal como cuando vimos el ejemplo de los círculos—, importaría la doctrina judicial ya emanada una suerte de fuente no formal para los jueces inferiores.

¿A qué se refiere, entonces, el art. 14 *bis* de la CN cuando le otorga la tutela a los gremios? Podría ser a los colectivos de trabajadores de una especialidad. O solamente a los sindicatos formalmente constituidos. O, quizás también, a alguna otra posibilidad no debatida. Sin embargo, en caso de controversia de partes, será el Poder Judicial quien determine, en lo concreto, qué derechos y qué obligaciones deberán cumplirse.

Para todo abogado o abogada que se precie de querer entender cómo y cuáles son las reglas, por qué las obedecemos, y por qué deben obedecerse, resulta ineludible entrar en la discusión acerca de qué es derecho y cómo es este. Muchas y diversas escuelas han intentado con mayor y con menor éxito responder dicha pregunta o distintas partes del problema, y las escuelas realistas del derecho cuentan con posiciones interesantes sobre el asunto.

¿Qué es, entonces, o cuál es el adecuado concepto constitucional de “gremio” contenido en el art. 14 *bis*? ¿Será lo que la ley reglamentaria pudiese disponer al efecto? ¿Lo que la doctrina sostenga? ¿Lo que los organismos internacionales hayan determinado? ¿Lo que la mayoría opine? ¿Lo que la mayoría con cierto nivel de educación opine? ¿Lo que los jueces dispongan? ¿Lo que piense yo o cada uno? ¿Un con-

cepto universalmente asequible a través de la deducción lógica? ¿Lo que la iglesia entienda? ¿Lo que alguna determinada iglesia disponga? ¿Lo que los lingüistas afirmen? ¿Lo que opinen los trabajadores? La lista puede continuar varios reglones más, indudablemente.

A todas las respuestas posibles, sin embargo, se les debe tener presente que será concretamente obligatoria la caracterización que los jueces hayan determinado, aunque también pueda haber métodos de presión sobre estos como, por ejemplo, la realización de manifestaciones públicas, realizar denuncias, o el establecimiento de específicos criterios de selección y/o ascensos. Hoy por hoy en la Argentina, y con las aclaraciones realizadas precedentemente, la caracterización del concepto de “gremio” dispuesto por la Constitución es la de sindicato formalmente constituido. Esta es la conclusión a la que se arriba a partir del caso Orellano y conforme con la teoría realista del derecho.

VI. Reflexiones finales

En el presente trabajo se ha realizado un abordaje crítico a lo resuelto en el caso Orellano y se ha relacionado lo acontecido en dicha causa con la teoría de la escuela realista del derecho.

Quien desee dedicarse al derecho deberá, indudablemente, saber normas; sin embargo, eso solo no alcanza. El sistema institucional regla las relaciones y la vida de las personas y tiene eso consecuencias concretas. ¿Qué es, entonces, el derecho? Como lo afirmaba al principio, una respuesta honesta de mi parte incluiría admitir que hay muchas cuestiones sobre las que no hay aún claridad. El derecho: ¿Son las normas? ¿Son principios? ¿Es lo que los jueces digan que es? Si bien tienen una importancia y efectos recíprocos de lo uno sobre lo otro, no se puede sostener que lo que es, también es lo que debería ser; ni tampoco se puede afirmar lo contrario: que lo que debería ser es lo que es. Ambas respuestas caminan por caminos paralelos, y la respuesta a darse debe necesariamente no caer en una falacia de petición de principio. Sin embargo, ese no es un camino sencillo.

Mientras tanto, la sociedad sigue su curso. La gente celebra contratos, realiza peticiones, se dictan sentencias, se incumple y también se

incumple. Creo, sin embargo, que sería una posición cómoda sostener que hay principios universalmente válidos. Sin caer en el formalismo absoluto, es preferible atenerse a lo que digan las letras impresas de las normas. Podrán ser injustas a veces, pero este camino da, al menos, la oportunidad de tener algo concreto para criticar, de ser el caso. No obstante ello, o sin perjuicio de lo que ambas teorías sostengan respecto a determinar de qué estamos realmente hablando cuando lo hacemos de derecho, los jueces siguen dictando sentencias.

En cada fallo, suele haber una parte conforme con el resultado y otra que no lo está (salvo cuando ocurre que ambas partes están disconformes con lo resuelto). Quienes critican lo decidido suelen argumentar que no se ha observado una regla jurídica que era obligatoria en la materia. Sin embargo, es muy inusual que una resolución que ponga fin a una causa no haya tenido alguna motivación o fundamento legal. Porque el caso de las dos bibliotecas se presenta permanentemente. Por ejemplo, en el caso Orellano aquí tratado, he sido crítico de lo resuelto en la sentencia y, también, he citado doctrina que asimismo ha controvertido lo dispuesto y con la que coincido. De todas maneras, quiero también resaltar que, si bien sostengo que había una decisión correcta y otra que no lo era, la mía no es la única opinión posible al respecto, claro está, más allá de lo que el juzgador haya resuelto. En este sentido, por ejemplo, Rodríguez Mancini sostiene que parece más apropiado afirmar que la titularidad del derecho de huelga corresponde al sindicato y que solo en circunstancias excepcionales sería admisible soslayar este encuadramiento (15). Lo digo ahora, concluyendo este trabajo, porque no quería dejar de mencionar una posición contraria a lo que aquí sostengo. Negar la realidad no equivale a que ella no exista, y no es mi intención brindar un panorama meramente formal del estado de situación, sino aportar reflexiones a las discusiones dadas.

(15) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 629.

Existen principios contenidos en las normas y hay quienes sostienen que esos principios serían igualmente válidos, aunque no estén expresamente dispuestos. También existen reglas contenidas en las disposiciones, y las hay también ambiguas. Y más allá de todo ello, o además de todo, los jueces van también sentenciando y ordenando. En algunos casos, con menor nivel de controversia sobre lo resuelto. Y en otros, con una subjetividad mayor. Y desde Orellano, y por lo menos hasta ahora, la titularidad del derecho a la huelga dispuesto en el art. 14 *bis* de la CN a favor de los gremios, la posee los sindicatos, porque así lo ha dispuesto la Corte.

VII. Bibliografía

CARO FIGUEROA, José Armando, "Tratado de Relaciones Colectivas de Trabajo", La Ley.

CARRIÓ, Genaro R., "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo Perrot.

GARCÍA, Héctor Omar, "¿Quiénes son titulares del derecho de huelga?", Revista Derecho del Trabajo.

GARGARELLA, Roberto, "Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta", Editorial Siglo XXI editores.

GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. Fundación de Derecho Administrativo".

HOLMES, Wendel Oliver, "La senda del derecho", Abeledo Perrot.

NINO, Carlos Santiago, "Introducción al Análisis del Derecho", Astrea.

RECALDE, Mariano, "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", Edunpaz Editorial Universitaria.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Astrea.

RUSSO, Eduardo Ángel, "Teoría General del Derecho", Abeledo Perrot.

DOCTRINA

La reversibilidad en la reglamentación de la ley de teletrabajo: atemperando el impacto de un derecho crítico

Carlos M. De Falco (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Críticas al derecho a la reversibilidad en su regulación original (ley 27.555).— III. El derecho a la reversibilidad a partir del dec. regl. 27/2021.— IV. Conclusión.

I. Introducción

El día 19/01/2021 el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el dec. 27/2021 (en adelante e indistintamente DR) que se compone de cuatro artículos y un Anexo que contiene el cuerpo reglamentario de la Ley de Teletrabajo 27.555 (en adelante e indistintamente, LT).

Fue publicado en el BO del 20/01/2021.

El acto administrativo solo ordena y da contenido reglamentario a algunos de los artículos de la LT; entre ellos el 1 (referido al “Objeto”); el 5 (referido al “Derecho a la desconexión digital”); el 6 (relativo a “Tarea de cuidados”); el 8 (sobre la “Reversibilidad”); el 9 (referido a los “Elementos de trabajo”); el 10 (sobre “Compensación de gastos”); 13 (relativo a la “Representatividad sindical”); el 14 (sobre “Higiene y Seguridad Social”); el 15 (referido a “Sistema de control y Derecho a la intimidad”); el 18 (sobre “Autoridad de Aplicación”) y 19 (atiente al “Régimen de transitoriedad”).

No vacila este autor en sostener que el mentado DR nace como respuesta a las críticas que la doctrina autoral especializada y diferentes sectores del empresariado nacional han declarado, no sin fundamentos, respecto a determinados tópicos de la ley 27.555 (1). Por ese motivo se propone aquí abordar uno de los tan-

tos aspectos que la reglamentación ha tratado, y que se vincula al polémico derecho a la Reversibilidad previsto en el art. 8° de la LT.

Como dato al margen resulta notorio destacar la elevada polemización que ha suscitado, entre otros tópicos que escapan al objeto del presente, lo concerniente a este derecho denominado *Reversibilidad*, sobre todo si tenemos en miras su corta vida y que su entrada en vigor recién ocurrirá, tal como lo ha resuelto el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación mediante res. 54/2021, el día 01/04/2021.

II. Críticas al derecho a la reversibilidad en su regulación original (ley 27.555)

Hemos comenzado afirmando que el DR vino a recoger —dando respuesta— cuestionamientos y observaciones formulados sobre diferentes aspectos de la regulación del teletrabajo en la ley 27.555 provenientes desde el empresariado y de la doctrina autoral especializada y, en tren de ello, otorgar un atisbo de razonabilidad y seguridad jurídica en torno a esta novel mo-

nicipal. Maestrando en Derecho Empresarial de la Universidad Austral.

(1) Prueba de ello lo constituye tanto el corpus iuris del decreto reglamentario como así también los propios fundamentos motivacionales del acto, cuando de sus considerandos surgen argumentos tales como que “...resulta procedente aprobar las disposiciones reglamentarias con el objeto de lograr mayor certeza en la aplicación del mencionado régimen” (La negrita me pertenece).

(*) Abogado socio del Estudio Jurídico De Falco-Falces de la ciudad de Villa María (Córdoba). Diplomado en Impugnaciones Procesales. Diplomado en Derecho Mu-

dalidad de contratación laboral (2) cuya gestación legislativa, al menos en nuestro país, surgió más como una variante frente a la pandemia del COVID-19 que fruto de una consciente necesidad de regular una forma de trabajo que ha venido para quedarse.

Es que, en efecto, la ley bajo estudio tal como ha sido sancionada se exhibe como un plexo legal insuficiente, conflictivo y escaso que requería la ineludible labor de elaborar un ordenamiento complementario que le otorgue razonabilidad y seguridad jurídica. Si bien dicho plexo solo tuvo por objeto “...establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo...” conforme lo prescribe su artículo primero, la manera en que se legisferó el teletrabajo no se condice con lo que era de esperarse de un legislador laboral quien, en su faena parlamentaria, debe aprestarse a emitir normas que contengan la mayor precisión, contenido o substancia posible y, por supuesto, de poca o casi nula conflictividad para evitar dejar librado el proceder de las partes a la interpretación de los operadores judiciales situaciones que bien pudieron haberse evitado de mediar una adecuada tarea legislativa.

Consecuencia de lo cual, uno de los puntos más controversiales y que mayor desaprobación ha generado en la doctrina autoral es el relacio-

(2) Más allá de hacer presente que no resulta objeto de la temática que aquí se desarrolla, no puedo dejar de manifestar mi posición en torno a la incorrección de su emplazamiento metodológico de esta nueva figura como una modalidad distinta del contrato de trabajo en la ley 20.744. El teletrabajador solo se diferencia de los restantes dependientes por la circunstancia de prestar sus servicios en forma deslocalizada, esto es, fuera del establecimiento del empleador y mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación; de allí que parece un error conceptual su emplazamiento como una nueva y autónoma modalidad de contrato de trabajo puesto que no vemos en qué deba diferenciarse del contrato de trabajo de tiempo indeterminado respecto a la finalidad del mismo. Como afirma Toselli (TOSELLI, Carlos A, Teletrabajo. Un modo de trabajar que llevo para quedarse. Ed. Ij Editores — Lejister. Com, 24/08/2020), en opinión que se comparte, no existe impedimento alguno para que un contrato de trabajo a plazo fijo, eventual o de temporada sea realizado mediante teletrabajo porque se insiste, las modalidades en la LCT son para establecer contratos de prestación temporalmente diferente del contrato de tiempo indeterminado con la caracterización del art. 91, LCT.

nado a la regulación del derecho a la reversibilidad, o sea, a la potestad reconocida al trabajador —o mejor dicho teletrabajador— de revertir su consentimiento prestado a teletrabajar para regresar nuevamente al trabajo presencial.

El art. 8° de la ley 27.555 regula a este derecho de la siguiente manera:

“Reversibilidad. El consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo podrá ser revocado por esta en cualquier momento de la relación.

“En tal caso, el empleador le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas. Salvo que por motivos fundados resulte imposible la satisfacción de tal deber.

“El incumplimiento de esta obligación será considerado violatorio del deber previsto en el art. 78 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. La negativa del empleador dará derecho a la persona que trabaja bajo esta modalidad a considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas.

“En los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva”.

Como se verá a continuación, esta disposición fue blanco de sólidos reproches por parte de destacados juristas en orden a la potencial conflictividad que encierra su regulación.

En tren de realizar una disquisición de la norma debe señalarse que los primeros “dardos” fueron lanzados sobre los dos primeros párrafos que regulan dos situaciones, una consecuencia de la otra. En la primera, se establece que la facultad de ejercer este derecho compete únicamente al trabajador. En rigor, el inconveniente no sería ese, pese a que en el Manual de Buenas

Prácticas en Teletrabajo (3) editado por la OIT y realizado en conjunto con la CGT y la UIA (art 6.3.3) se estableció que la posibilidad de revocar asistía a ambas partes del sinalagma, sino en que el legislador ha omitido introducir un plazo o tiempo para su ejecución; por lo menos uno de preaviso ante tan significativa modificación del escenario laboral.

La segunda situación, que es consecuencia de la decisión de revocar el consentimiento, se centra en el deber que recae sobre el empleador de contar con establecimiento para el momento en que el teletrabajador le comunique su decisión de regresar a su trabajo presencial, sea ya aquel donde ejecutó tareas o prestó servicios con anterioridad al teletrabajo o, en defecto de este, uno más cercano a su domicilio excepto, según reza la norma, que existan “motivos fundados” que hagan imposible dar respuesta a la petición de reversión.

Recuérdese, como fuera reseñado en párrafos anteriores, que la reversibilidad supone la potestad que tiene el trabajador que ha comenzado a teletrabajar de revocar unilateralmente su decisión y retomar a su trabajo presencial originario. Una decisión de esta naturaleza, ejercida de manera intempestiva o sin un plazo prudencial que permita al dador de trabajo rearmar los espacios físicos pertinentes, podría ser altamente dañosa a los intereses del empleador y derivar ineludiblemente en una situación conflictiva. Y desde luego que también resulta impráctico poder dar la respuesta que prevé la norma lo que terminaría por afectar no solo la dinámica de la relación laboral sino, y fundamentalmente, exponerla a un escenario de conflictividad latente que culminará con su ruptura.

Al respecto, de manera muy elocuente y a modo de crítica señala Las Heras (4): “[L]a con-

sagración de este derecho obliga al empleador a mantener estructuras de funcionamiento paralelas —sin límite de tiempo— con el consiguiente costo que ello significa”.

En idéntico sentido De Diego (5) la cuestiona señalando: “... [L]a *restitutio al status quo ante* que plantea la norma, a partir del momento que el empleador reestructurará sus espacios es de imposible cumplimiento, dado que en la mayoría de los procesos de cambio, se modifica el *layout* de las oficinas, y se crean lugares móviles temporarios, y se eliminan los lugares de trabajo fijos o pre adjudicados... El texto legal no es del todo claro... No se prevé que ocurre si el establecimiento no existe más, o si fue redimensionado de modo que no puede albergar a quienes fueron transformados en trabajadores a distancia”.

Uno de los primeros estudiosos de la nueva regulación del teletrabajo ha sido Foglia (6). El reconocido jurista sostuvo: “La ley no establece un plazo de preaviso al empleador, lo que hubiese sido conveniente para que el empleador tenga tiempo para preparar el regreso de este al establecimiento. Sin perjuicio de ello, consideramos que el aviso y el otorgamiento de un plazo razonable son una derivación del deber de buena fe (art 63, LCT)”.

Los reproches ineludiblemente son de recibo. Es que tal como ha sido regulada la reversibilidad en el artículo en glosa, ante a la retractación del teletrabajador la situación del empleador respecto al contrato de trabajo puede resultar caótica y ciertamente muy perjudicial a sus intereses, y también a los del propio sujeto a quien se le concede el ejercicio de este derecho. La inevitable incertidumbre que genera la circunstancia de que “en cualquier momento” el teledependiente pueda demandar regresar al establecimiento donde otrora prestaba servicios sin ninguna fundamentación razonable, objetiva y sobreviniente se traduce en un estado de

(3) Ver el Manual en: http://www.trabajo.gob.ar/downloads/teletrabajo/manual_buenas_practicas_2011.pdf. Asimismo, a nivel de derecho comparado, el Real Decreto-Ley 28/2020 con vigencia a partir del 13/10/2020 que regula el teletrabajo en España, dispone en su art. 5º, apa. 3 que la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora.

(4) LAS HERAS, Horacio Raúl, "Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. ¿Qué se debe proteger?, ¿Cómo se debe proteger? Y ¿Cuándo se debe proteger?", Revista

de Derecho Laboral — Actualidad 2020-2, Rubinzal Culzoni, p. 34

(5) DE DIEGO, Julián A, "Régimen Legal del Teletrabajo para Trabajadores Dependientes. Ley 27.555", Erreius, 2020, p. 142).

(6) FOGLIA, Ricardo, "Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo", LA LEY 2020-E, 464, AR/DOC/2928/2020.

ausencia de reglas claras que atenta contra el derecho a organizar y dirigir la empresa de manera funcional y razonable (art 5, primer párr., 64, 65 y 68, ley 20.744), haciendo tambalear la garantía constitucional de ejercer la industria lícita y de contratar previstas en el art. 14 de la Constitución Nacional.

Un derecho con consecuencias tan significativas jamás debió ser regulado sin acompañarlo de un término para su ejercicio o, cuanto menos, de un plazo de preaviso. Y, menos aun sin exigirle a su titular brindar razones fundadas del porqué pretende la modificación de la modalidad a la que tiempo atrás accedió trabajar. Allí residen algunos de los aspectos más conflictivos de la regulación originaria que, como se verá, la reglamentación ha venido a sofocar.

El segundo párrafo deja al descubierto la deficiente labor legislativa al establecer como salvada la existencia de “motivos fundados”, obviamente sobrevinientes, que hagan “imposible” el cumplimiento de la obligación impuesta al empleador de atender la consecuencia de la retratación del teletrabajador. Ahora bien, la regulación de esta excepción resulta sumamente vaga e imprecisa, y de igual manera supone una fuente de eventuales tensiones entre las partes del contrato de trabajo. Esa imprecisión nos lleva ineludiblemente a preguntarnos ¿cuándo habrá motivos fundados? o ¿cuál es el alcance de esos motivos fundados que tornan de imposible cumplimiento el deber? De nuevo el legislador dejó pasar una oportunidad más que importante para sancionar una norma clara, concreta y delimitada a fin de evitar los mayores focos de conflicto posible. Además de atentar contra la promoción del empleo y utilización de esta novel “modalidad”.

Las imposibilidades de cumplimiento pueden ser múltiples y de la más variada gama, y sin dudas dependerá de la situación concreta que habrá que analizar en cada caso.

Se coincide con Foglia (7) en que constituyen motivos razonables cuando a raíz de una situación de crisis se redujo el espacio físico o cuando el empleador no lo tiene porque todos los empleados de la empresa pasaron a trabajar en

forma digital y remota. En tales supuestos, por ejemplo, la patronal se encontraría con una imposibilidad sobreviniente y objetiva de cumplir con la prestación debida.

El tercer párrafo articula las facultades-opciones que el ordenamiento concede al teletrabajador ante el incumplimiento patronal a la obligación de otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente; en efecto, puede el dependiente: (i) darse por despedido en forma indirecta; o bien (ii) accionar por el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas. Finalmente considera al incumplimiento como una violación del deber previsto en el art. 78 de la ley 20.744.

Respecto a las facultades que detenta trabajador, no se verifica reproche alguno, pues responde a una decisión de política legislativa. Pero considerar el incumplimiento patronal como violación al deber de ocupación efectiva importa, a mi modesto modo de ver, una confusión conceptual porque, en rigor, el trabajador ocupación tiene, solo que en los términos pactados para teletrabajar. De allí que sostengo el legislador ha incurrido en un error pues la violación es al deber de cumplir sus obligaciones, en este caso la impuesta por el art 8° de la LT y no al art 78, LCT, lo que daría directamente derecho al dependiente a darse por despedido en los términos del art 246 de la ley 20.744 o accionar por el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas de manera análoga a lo previsto en el art. 66 de la LCT.

Para finalizar, el cuarto y último párrafo. Por cierto, y con razón, muy criticado y criticable.

La regulación originaria del teletrabajo en la ley 27.555 autorizaba la reversibilidad del trabajador que ingresaba a trabajar por primera vez bajo la modalidad de teletrabajo delegando la regulación de la operatividad de ese derecho a las pautas —o condiciones— que establezcan las negociaciones colectivas (*rectius*: convenciones colectivas).

He de destacar aquí un contrasentido. La posibilidad de revertir el teletrabajo para quien inicia el contrato bajo esa modalidad es lisa y llanamente producto de una regulación incohe-

(7) *Ibidem*.

rente y asistémica, contraproducente con el fomento al empleo que el Estado debe promover bajo la forma de trabajo remota y por medios telemáticos.

Difícilmente un empleador decida contratar trabajadores para desempeñarse bajo la modalidad de teletrabajo sabiendo que en cualquier momento puede exigirle el otorgamiento de tareas en un establecimiento físico y de modo presencial que a lo mejor ni siquiera tenía. Ni que hablar de aquellos emprendedores que llevan adelante proyectos de trabajo cimentado sobre la base de trabajo con empleo de TIC.

La viabilidad de revertir el teletrabajo en el supuesto bajo análisis carece de toda lógica. Es que, en efecto, no se puede volver a un trabajo presencial anterior que nunca se tuvo. *Reversar* supone un antecedente y un estado previo a la decisión de teletrabajar, que no se verifica aquí.

Si se repara en la regulación de la reversibilidad en el art 8°, primer y segundo párrafo de la LT, podemos advertir que tal derecho se encuentra pensado para cuando medió previamente un trabajo presencial. De lo contrario ¿cómo hará el empleador para cumplir con la obligación que le impone el 2do párrafo del citado dispositivo si nunca existió un trabajo en establecimiento físico? La norma en este aspecto es de imposible cumplimiento y desalienta a la contratación bajo esta forma de labor remota y por medios telemáticos.

No se comprende cuál sito el motivo por el cual el legislador ha establecido esta posibilidad contraria a toda lógica.

Si repasamos en el derecho comparado latinoamericano, solo por citar algunos países como Colombia y Brasil, el primero regula la reversibilidad en el teletrabajo a través de la ley 1221 del 2008 y su dec. regl. 0884/2012, estableciendo que, respecto al inicio del contrato de trabajo mediante teletrabajo, una vez que se contrata por primera vez a un teletrabajador este no podrá exigir posteriormente prestar servicios en las instalaciones del empleador, salvo que las partes de común acuerdo así lo establezcan. En tanto que la situación en Brasil es aún más drástica ya que con la ley 13.467 de reforma laboral del 2017 solo se permite al empleador decidir

revertir unilateralmente el teletrabajo a la modalidad presencial, salvo acuerdo de partes.

La situación que contempla el 4to párrafo del art. 8°, LT, que aquí cuestionamos, debía necesariamente ser revisada por el DR por las razones expuestas. De lo contrario se convertiría en letra muerta porque difícilmente un empleador contrate inicialmente a teletrabajadores.

También aquí, como en otros aspectos que fueron tratados en el presente apartado, la reglamentación puso un manto de razonabilidad y coherencia a la regulación de este derecho, lo que se traduce en mayor seguridad jurídica no solo para los dadores de trabajo, sino para todos los actores.

III. El derecho a la reversibilidad a partir del dec. regl. 27/2021

La reglamentación de la LT, cuya entrada en vigor comenzará a partir del 01/04/2021 **(8)**, ha venido a suavizar el efecto del ejercicio de un derecho con alto impacto en la dinámica de la relación de empleo y, fundamentalmente, en los intereses del empleador y/o empresario —o ambos a la vez— en cuanto penetró una facultad que hasta ahora la ley laboral reservaba su empleo en exclusividad al dador de trabajo: la de organizar y dirigir la empresa (arts. 64 y 65, ley 20.744).

Recordemos que el art. 8° de la LT fue muy criticado por el elevado nivel de conflictividad que su precaria y defectuosa regulación traería aparejada, por atentar contra la promoción del teletrabajo que se busca alentar y por afectar derechos constitucionales del empleador.

La facultad del teletrabajador de revocar el consentimiento para regresar al trabajo presencial requiere ahora, conforme lo dispone el art. 8° del decreto reglamentario, la concurrencia de dos condiciones subjetivas, a saber: (i) ser ejercida de buena fe y de manera no abusiva; y (ii) la invocación de una motivación razonable y sobrevenida. Mientras que al empleador le concede un plazo máximo de hasta treinta días

(8) Según res. 54/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (BO del 05/02/2021).

para cumplir con la obligación que le impone el dispositivo objeto de reglamento.

En mi opinión, nuevamente la norma es resultado —en parte— de una defectuosa técnica legislativa; no obstante, debe reconocerse el esfuerzo reglamentario por traer un manto de razonabilidad al ejercicio de este derecho tan crítico, mediante la incorporación de recaudos exigibles como reglas más claras para la procedencia de la retrotracción.

Decimos que la regulación es defectuosa en parte porque resultaba innecesario y sobrea-bundante que el legislador haga énfasis en que el ejercicio de la reversibilidad sea llevado adelante conforme las pautas de los arts. 62 y 63 de la ley 20.744 y 9° y 10 del Cód. Civ. y Com. Entendemos el mensaje que quiso darse, pero, en rigor de verdad, todos los derechos que derivan de una relación laboral, tanto correspondan al trabajador como al empleador, deben ser ejercidos de buena fe y de manera no abusiva; expresamente lo disponen los arts. 62 y 63 de la ley 20.744 para el ámbito laboral, y genéricamente para todas las relaciones jurídicas el art. 10 del Cód. Civ. y Com.

Por otro lado, de nuevo el legislador incurre en el error de sancionar una norma vaga e imprecisa. Dejamos de lado la condición “sobreviniente” de los motivos que se invoquen porque ello se refiere a un estado temporal, o sea, a un hecho que debe de acontecer después de que el trabajador ha manifestado su conformidad a teletrabajar que puede asimilarse —para que se entienda más claramente— a un “hecho nuevo”; empero, ¿a qué se refiere el legislador con motivación razonable?; ¿cuándo un motivo es razonable para el ejercicio del derecho a la reversibilidad máxime teniendo en cuenta una modalidad —teletrabajo— de novel regulación y con poca trayectoria en nuestro país?. Debe entenderse de una vez por todas que disposiciones tan imprecisas dejan margen a que se susciten conflictos en el marco de los contratos de trabajo, y lamentablemente muchas veces el costo de ello termina siendo la pérdida de la fuente de empleo. Pidiendo las disculpas pertinentes al lector por incurrir en reiteraciones, se insiste en la necesidad de exhortar al legislador vernáculo a emitir regulaciones concretas y claras habida cuenta que los criterios de razonabilidad, sobre

todo en el ámbito del empleo privado, muchas veces dan lugar a interpretaciones diferentes.

Sea como fuere, la norma le impone ahora al teletrabajador el deber de invocar un motivo razonable, o sea, suficiente, objetivo, que funde o dé sustento a su decisión de regresar a la labor presencial. Y debe ser sobreviniente, lo que supone que ha de haber acontecido con posterioridad a su consentimiento para teletrabajar, es decir, inexistente en ese momento. Como fuere señalado por el Consejo Directivo de la Asociación de abogados y abogadas laboristas (9) en un comunicado fechado el 28/01/2021, “El agregado de otra exigencia, que la razón sea “sobreviniente”, implica además el requisito de que exista un hecho nuevo, inexistente al momento de pactarse la modalidad de teletrabajo, que altere la vida de la persona trabajadora y que, a criterio de su empleadora, justifique la vuelta al establecimiento.”

A modo de ejemplo y arriesgando, puede imaginarse como un motivo razonable y sobreviniente la circunstancia de que el dependiente comience a sufrir, luego de teletrabajar un periodo suficiente, *workalcoholic* (10), *tensión*, *estrés* o *agotamiento mental* y hasta *problemas intrafamiliares* por no poder separar en su hogar el trabajo con su vida familiar y ello, objetivamente comprobado o acreditado por el dependiente, genere además del consiguiente daño a su integridad psicofísica, una disminución de su capacidad laborativa y resultados negativos para la patronal en términos de producción.

En cuanto al plazo que la reglamentación introduce para que el empleador dé cumplimiento a la obligación de otorgar tareas en el establecimiento anterior o en el más cercano al domicilio del dependiente debemos reconocer que nace como respuesta a una demanda, me atrevería a señalar de todos los sectores representativos del empresariado y de los trabajadores y de la doctrina aural, pues como se dijo impone reglas más claras y razonables.

(9) <http://www.laboralistas.net/2021/01/27/sobre-la-reglamentacion-de-la-ley-de-teletrabajo/>.

(10) Adicción al trabajo.

El tiempo allí fijado —un máximo de hasta treinta días— obedece a una decisión de política legislativa que no admite cuestionamiento alguno. Bien pudo también el legislador seguir un esquema de preaviso similar al del art. 231, inc. b) de la ley 20.744, pero el mayor o menor plazo de cumplimiento del deber que le impone el art. 8° de la LT al empleador no tiene relación directa con la antigüedad en la ejecución del contrato bajo la modalidad de teletrabajo, sino con otras circunstancias.

Otra novedad que incorpora la reglamentación, que viene también a atemperar las consecuencias de la decisión de retroacción en su regulación originaria, se vincula con el factor tiempo de duración del teletrabajo como parámetro para evaluar una eventual invocación por parte de la patronal de existencia de “motivos fundados” y objetivos que puedan haber sobrevenido y que tornen imposible la satisfacción del deber de ocupación de manera presencial o la internalización del trabajador.

Reza la reglamentación al respecto: “...A los efectos de evaluar la imposibilidad de cumplir con esta obligación se tendrá especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se dispuso el cambio de la modalidad presencial hacia la modalidad de teletrabajo” (art 8° *in fine*, DR).

La norma trae razonabilidad y oxigena la carga del empleador de cumplir con el deber de ocupación presencial ante el requerimiento motivado del trabajador. En efecto, imaginemos una empresa que ha decidido organizarse bajo la modalidad de teletrabajo y, merced a la cual, ha prescindido del o de los establecimiento/s físico/s que anteriormente empleaba para la realización de su actividad. Si transcurre un tiempo suficiente trabajando mediante *home office* sin ningún tipo de inconvenientes, el empleador ya ha diseñado su estructura empresarial de esa manera; es decir, sus medios personales, materiales e inmateriales (art 5, 1er párr., ley 20.744) han sido adaptados —y funciona— en su totalidad a la modalidad de trabajo a distancia. Luego de un plazo, un solo dependiente le comunica su decisión de revocar su consentimiento y le requiere la ocupación efectiva en el establecimiento donde prestaba sus servicios con anterioridad al teletrabajo. El empleador, que ya

no cuenta con ese establecimiento, que se ha desprendido de todo el mobiliario afectado a la actividad y prestación de tareas presenciales, de repente se encuentra ante una situación que le resultará hondamente crítica y que afectará todo su diagrama de costos. Sostengo que en tal supuesto el empleador podrá argumentar fundada y objetivamente que contratar una oficina con todos los gastos que ello trae aparejado para un solo dependiente podrá hacer peligrar no solo las restantes fuentes de empleo sino la subsistencia propia de la empresa.

De manera tal que allí tenemos, a criterio de este escriba, motivos razonables, objetivos y sobrevinientes que hace imposible cumplir con la obligación prevista en el art. 8°, 2do párr., de la LT, sin que ello de derecho al trabajador a extinguir el vínculo laboral.

Consecuentemente, el tiempo transcurrido desde que se teletrabajaba es un factor impuesto por la reglamentación que incide a la hora de escudriñar a cerca de la mayor o menor fundabilidad de los motivos de imposibilidad de cumplimiento que invoque el empleador.

Finalmente debemos destacar el último aspecto que la reglamentación trata. Es el vinculado a la reversibilidad del teletrabajo cuando se inicia bajo esta modalidad el contrato. Dispone el art 8° *in fine* del DR “Las personas que trabajan que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no pueden revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los Convenios Colectivos del Trabajo o en los contratos individuales”. Puede avizorarse aquí un importante cambio que ha venido en respuesta a fundados cuestionamientos de la doctrina especializada y cámaras empresariales.

El decreto reglamentario, con toda lógica, directamente prohíbe al trabajador que inicia su relación laboral teletrabajando ejercer el derecho a la reversibilidad, dejando a salvo lo que se disponga en los convenios colectivos o individuales de trabajo. He de advertir aquí una colisión entre la ley 27.555 y el dec. 21/2021 que la reglamenta, ya que mientras la norma emanada del Congreso permite la reversión pero delegando la manera en que se llevará a cabo esta a lo

que resulte de las negociaciones colectivas (art 8° *in fine*, LT), la norma reglamentaria emanada del Ejecutivo directamente lo prohíbe como regla, lo que puede colocarla en tensión con la Constitución Nacional (art. 99, inc. 2°) ya que podría invocarse un exceso en el poder reglamentario. El tiempo merced a la labor de la doctrina y jurisprudencia lo dirá.

Lo cierto es que, más allá de esta fútil disquisición, la nueva regulación del teletrabajo cuando inicia así la relación de empleo, que trae la reglamentación, resulta absolutamente lógica, sistemática y coherente con el ordenamiento. Porque como bien lo señaló De Diego (11), la reversibilidad supone una situación anterior diversa, o sea, no se puede regresar a lo que antes no existía, ya que jamás hubo trabajo presencial. Además, que resulta proclive al fomento de contratación inicial bajo esta modalidad.

Debe celebrarse la reglamentación en este aspecto ya que aporta reglas claras que hacen a la tan reclamada seguridad jurídica, sobre todo para quien decide estructurar una nueva empresa sobre la base de trabajo remoto con uso de las TIC (12) sin establecimiento físico.

IV. Conclusión

La reglamentación de la Ley de Teletrabajo, si bien perfectible y con algunos pequeños errores, debe ser celebrada por la comunidad jurídica y la totalidad de actores que componen las relaciones privadas del trabajo. Como ya fuera señalado, suaviza las consecuencias del ejercicio del derecho a la reversibilidad exigiendo la concurrencia de recaudos que den motivo razonable para su ejecución sobre la base de una situación que ha de resultar sobreveniente y un plazo razonable al empleador para cumplir con

el débito de otorgar tareas en el establecimiento físico anterior o en el más cercano al domicilio del trabajador.

Las reglas de juego ahora son más claras, se avizora una mayor seguridad jurídica y la tan cuestionada existencia de conflictividad que la regulación originaria traía aparejada parece haberse aplacado.

Sin perjuicio de ello, como toda regulación novedosa, requerirá de normas complementarias o futuras modificaciones que tiendan a su perfeccionamiento con miras a promover esta nueva forma de trabajar. Pero el DR ha sido un avance, y debe ser reconocido.

Más allá de ello, y si el lector me concede la licencia de exponer una sugerencia producto de algunos años de ejercicio de la profesión, en mi modesto modo de ver nada opta que en el acuerdo individual tendientes al traspaso al trabajo remoto y por vías telemáticas (art. 7°, LT) las partes puedan pactar un mayor plazo para que el empleador reacomode o acondicione un espacio físico en ocasión de revocar la decisión de teletrabajar, ya sea el anterior o un más cercano al domicilio del trabajador, siempre guardando razonabilidad de lo contrario también genera conflictividad, así como también que se acrediten los motivos razonables que cada uno pueda invocar, el trabajador para el ejercicio de su derecho y el empleador para exculparse del deber de otorgar tareas en un establecimiento, o bien que al contratarse inicialmente un teletrabajador se deje expresamente establecido que no se permite el ejercicio de la reversibilidad (art. 8° *in fine* del DR). También, porque no, que, para supuestos de conflictos, antes de proceder a la ruptura del sinalagma, dar lugar a una mediación previa con intervención del sindicato que nuclea al trabajador y la cámara empresarial que representa al empleador; en fin, son solo algunos disparadores de ideas.

(11) DE DIEGO, Julián A., "La ley transitoria de Teletrabajo 27.555 y sus proyecciones, reformas y reglamentación", LA LEY 2020-E, 454, AR/DOC/2711/2020.

(12) Tecnológica de la información y comunicación.

Los desafíos del derecho del trabajo frente a los procesos colectivos: notas sobre interés, clase y representación

Claudio Aquino (*)

Gonzalo Barciela (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La representación como problema teórico-político y su proyección en la teoría jurídica.— III. El interés y la representación colectivos en el régimen de las asociaciones profesionales de trabajadores.— IV. La Corte y los derechos (colectivos).— V. Amenaza, daño y antagonismo: la emergencia de la clase.— VI. Conclusión.

“El sujeto del conocimiento histórico es la clase oprimida misma, cuando combate”
Walter Benjamin, *Sobre el concepto de historia*, XII (***)

I. Introducción

Los procesos colectivos presentan características singulares que subvierten la matriz *ius-privatista* que informa nuestra concepción, aún prevalente, del litigio.

Desde sus orígenes, el derecho del trabajo ha desafiado una concepción meramente indivi-

dual de los derechos, desde que el contrato de trabajo no constituye un punto de partida, sino de llegada, el cual está atravesado por relaciones de orden colectivo que lo nutren y animan.

No obstante, el fomento, la defensa y la promoción del interés propio del colectivo de trabajadores que se reconoce a sus asociaciones profesionales no agota las posibilidades tanto de pensar, como de actuar, dicho interés.

Los procesos donde se debaten derechos de incidencia colectiva propiamente dichos, como así también, los referentes a “intereses individuales homogéneos”, constituyen conflictos que vuelven porosas las “fronteras” de las clases y abren camino a fructíferos análisis en cuanto a la legitimación y a la atribución de “representatividad” de quienes acuden al proceso en procura de una respuesta jurisdiccional.

En tal sentido, el propósito de esta contribución se dirige a exponer una serie de tópicos que permiten transitar la diagonal que atraviesa a las clases, como un aporte a los debates actuales en nuestra disciplina.

(*) Abogado (Universidad del Salvador). Asesor legal de pymes, obras sociales y sindicatos. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad del Museo Social Argentino). Docente de grado en la Universidad Católica de Salta, San Isidro, UBA; de posgrado en las Maestrías en Derecho del Trabajo de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales; y en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral. Conjuez de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Subdirector del Área Académica del Colegio de Abogados de San Isidro. Vicepresidente del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho del Trabajo de Colegios de la República Argentina. Publicista y conferencista, autor de múltiples artículos de doctrina y comentarios jurisprudenciales.

(**) Juez del Trabajo de la provincia de Buenos Aires.

(***) Texto original: “Das Subjekt historischer Erkenntnis ist die kämpfende, unterdrückte Klasse selbst”.

Para ello, analizaremos brevemente la forma en que la representación emerge como una operación singular al interior de la teoría política en los albores de la Modernidad y el eco que provoca en la teoría jurídica. A partir de allí, expondremos las características que presenta la regulación del interés colectivo y su representación en nuestro régimen de asociaciones profesionales de trabajadores. Luego, nos abocaremos a reseñar los principales precedentes de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, como así también, a identificar las directrices que se desprenden de aquellos.

Finalmente, a partir de las premisas que se desprenden de los apartados precedentes, estudiaremos una serie de pronunciamientos de tribunales de trabajo que ponen en juego las categorías aquí analizadas.

II. La representación como problema teórico-político y su proyección en la teoría jurídica

Es indudable que existe una imbricación profunda entre teoría jurídica y teoría política, y que la Modernidad abrió paso a una crisis de legitimidad en el ejercicio del poder, desde que el fundamento del orden político ya no podía encontrarse en algo previamente dado, sea la naturaleza humana o la voluntad creadora de carácter divino. De esta forma, la práctica del autogobierno colectivo demandó el reenvío de toda institución hacia la soberanía del pueblo, dentro de la cual, emergió con fuerzas el problema de la representación.

El tránsito de los *muchos* hacia el *uno* (*reductio ad unum*) conlleva necesariamente la representación, puesto que el acto de atribución de voluntad a los *muchos*, en tanto representados, demanda la mediación del representante.

Resulta conocido el expediente por el cual “persona” encuentra su origen en el arte dramático, a través de las locuciones *personam sustinere* (“desempeñar un papel”), *personam genere* (“estar a cargo de un papel”) o *personam vicem genere* (“ocupar un cargo”), acepción que se encuentra presente en el célebre capítulo XVI de Leviatán, donde Thomas Hobbes desarrolla el principio de la unidad del representante, en la persona del soberano, respecto de la multitud representada. El representante es *actor*, mientras que el *auctor* resulta ser el representado. De

esta forma, Hobbes desactiva la posibilidad de toda revuelta, desde que todo acto del soberano será rastreado hasta los representados e imputado a estos (1).

La articulación entre autogobierno y representación desafía toda identidad inmediata entre gobernantes y gobernados. Asimismo, desde que la operación hobbesiana neutralizó toda posibilidad de agencia en la multitud, la voluntad de los muchos vive dentro de esa pluralidad indeterminada y posee una naturaleza singular, ya que por sí misma es algo informe, difuso, necesitado de que se le dé forma. La actualización concreta de esa voluntad depende de “cómo se la haga hablar” (2).

La forma en la que se “haga hablar” a un colectivo relativamente indeterminado posee notas singulares en el ámbito de la teoría jurídica y, en particular, en el estudio sobre los procesos colectivos.

Pero antes de ingresar de lleno en el análisis de las referidas notas, corresponde formular una observación por demás relevante: el lazo entre representación y el instituto de la *persona* conlleva a que este último aparece, en una primera aproximación, como el centro exclusivo de imputación normativa.

Así, en el teatro de las investiduras sociales, cada individuo porta una máscara que traduce su demanda en los términos de la gramática del derecho. La persona (de *per sonare*, “lo que sueña a través”) es la máscara que permite ingresar a los individuos en la esfera del comercio jurídico (adquirir derechos, contraer obligaciones, tener un patrimonio). Precisamente, lo que se escucha a través de la “máscara” es la demanda del sujeto hablante y, por lo tanto, deseante, traducida en los términos universales y abstractos que señala Yan Thomas:

(1) El propósito de esta breve contribución excede, por mucho, la posibilidad de analizar en profundidad la representación como dispositivo propio de la Modernidad. La obra de consulta obligada para comenzar a estudiar esta problemática es PITKIN, Hannah, “The Concept of Representation”, Berkeley y Los Ángeles, California, University of California Press, 1972.

(2) Conf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Trotta, Madrid, 2000, ps. 136-137.

“Este derecho solo puede ser una causa de acción reconocida como válida, dentro de un orden legal dado. Lejos de limitarse a las determinaciones subjetivas particulares, solo opera porque es universal y abstracto, dentro de un orden legal dado. Obliga a cada uno a formular su pedido en términos impersonales. En ningún caso se confunde con el deseo del que pide (...) El derecho se niega a entrar en las motivaciones puramente subjetivas. Se conforma con admitir títulos generalizables y causas supuestamente comunes a todos, fuera de la subjetividad. Se afirman a la vez un deseo y un derecho, pero la organización jurídica los desglosa” (3).

A medida que se avance en la lectura de este texto, esperamos que se logre advertir que este presupuesto, que hace a la operatividad misma del derecho, resulta horadado por la singular constitución de ciertas clases en torno a determinados conflictos de intereses.

III. El interés y la representación colectivas en el régimen de las asociaciones profesionales de trabajadores

En el régimen de la Ley de Asociaciones Sindicales, el interés colectivo de los trabajadores se encuentra tipificado por el art. 3° de la ley 23.551 en los siguientes términos:

“Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador”.

Dicho interés colectivo se adscribe a un conjunto identificado como “categoría profesional”, tal como ha sostenido destacada doctrina:

“Mientras que en el derecho individual se denomina “categoría” a la posición que ocupa un trabajador dentro de la escala de puestos y funciones que están presentes en una organización empresaria, y también, como consecuencia de ello, a las prestaciones que tiene atribuidas en el escalafón respectivo —que puede estar descripto en la convención colectiva o en un estatuto profesional determinado— comportando una remuneración determinada, en el derecho co-

lectivo el concepto de categoría profesional, adquiere una significación diversa, comenzando por su alcance que no se limita a un trabajador individual. Al contrario, la noción es típicamente colectiva, es decir, abarca a un grupo de personas, trabajadores subordinados o no, que realizan una determinada función económica igual u homogénea en el proceso productivo y que se vinculan en vista de la tutela de los intereses comunes derivados de tal función (...) a partir de esa situación de pertenencia a la categoría, al grupo formado por todos quienes desempeñan esa función, el vínculo que se traba entre ellos, se apoya en la solidaridad grupal, que surge espontáneamente (...) Esa solidaridad resulta naturalmente de la comunidad de intereses profesionales, y es la que impulsa a las acciones comunes de defensa de ellos, para lo cual sobreviene la organización sindical (...) la categoría profesional no es un sujeto jurídico, sino que constituye simplemente un hecho con ciertos efectos jurídicos” (4).

Alain Badiou caracterizó este tipo de agrupamiento como constituido en torno a una consistencia que califica de “débil”, desde que el interés colectivo se deriva exclusivamente de su posición al interior del proceso productivo:

“Pensar la clase obrera.

“En primer lugar, el álgebra. Es obrero cualquiera que venda su fuerza de trabajo para incluirse en un proceso productivo reglado por el capital. Legítimamente, se anunciará que la clase está definida por su plaza en el modo de producción. Es signo infalible de reflejo, de algebratización. En otras palabras, hay que pasar por ahí.

“¿Hay una consistencia en este estadio? Sí, si retiene la consistencia débil, la del lugar algebráico. Consistencia objetiva, reducible a una similitud de pertenencia, a una ley de lo Mismo. El sustantivo ‘obrero’ la denota.

“¿Forman estos ‘obreros’ una clase? Sí, la sociología se complacerá mucho en hallar predi-

(3) THOMAS, Yan, “Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano”, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 87.

(4) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge; “Los derechos de incidencia colectiva en el ámbito del Derecho del Trabajo”, en Jorge Rodríguez Mancini (dir.), “Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 175-176.

cados especiales, similitudes de vestimenta, de posturas de gustos, de votos en las elecciones. El sociólogo no tiene que conocer, en su inventario contable, el carácter exclusivamente diferencial de estas similitudes. Está claro que estas reglan lo mismo mediante lo otro, mediante el burgués, el profesor, el agricultor. Falta la interioridad consistente. Lo que vincula a los obreros como clase no puede evidentemente resumirse en los efectos de su posición" (5).

Retengamos la observación del filósofo francés, ya que la definición de consistencia débil, prescrita por la plaza o posición, es decir, el lugar algebraico, que se reduce a la similitud de pertenencia, se opone a la consistencia de los lazos y respuestas que unen a los sujetos en identidad de situación en algún sentido o determinación frente a un antagonista, léase, alguna figura que amenaza la existencia misma del colectivo, aun cuando se trate de la ya referida "consistencia débil". Tal extremo nos permitirá, más adelante, esbozar las características que asume la clase al interior de los conflictos colectivos.

Retomando el sendero de nuestra argumentación, resulta preciso señalar que la representación del interés colectivo que ejerce el sindicato no debe confundirse con aquella que proviene del contrato de mandato o el acto de apoderamiento regulado por el art. 22 del dec. 467/1988 (6). En la representación del interés colectivo no se presenta ni cobra fuerza la idea de sustitución (*Vertretung*), sino la de constitución simbólica del colectivo (*Repräsentation*), cuyo principio de unidad radica en la identificación del referido interés y su titularidad por la asociación profesional de trabajadores, en principio con personería gremial, en los términos del art. 31, inc. a) de la ley 23.551 (7). Esta dife-

rencia ha sido puesta de resalto por la Corte Federal en el reconocido precedente "FUVA":

"Que, sin perjuicio de que lo señalado constituye motivo suficiente para invalidar el fallo, se estima apropiado observar que, en lo que atañe a la sustancia de la decisión, el tribunal de alzada no se hizo debido cargo del planteo de las actoras fundado en que su aptitud para reclamar como lo hicieron derivaba de su condición de asociaciones gremiales con personería gremial en virtud de la cual se hallaban facultadas para defender los intereses colectivos del sector. Al respecto, la cámara omitió ponderar que se encontraba acreditado que ambas organizaciones cuentan con personería gremial por lo que están legalmente habilitadas para ejercer la representación de los trabajadores que se desempeñan como viajantes de comercio y de la industria (y a los jubilados de esa actividad en el caso de la federación) en toda la Argentina (fs. 269, 270 y 271). No podía desconocerse; entonces, que las demandantes gozaban del derecho de defender y representar los intereses colectivos del sector (art. 31, inc. a, de la ley 23.551) función que, según lo ha enfatizado esta Corte, constituye una de las más relevantes que la ley reconoce a los sindicatos" (8).

Tal como se desprende de lo aquí expuesto, el interés colectivo no constituye una porción numérica, ni es el resultado de la suma de intereses individuales, desde que la diferencia con estos no es cuantitativa, sino cualitativa. Tal como advirtiera Carlos Alberto Etala, la nota típica del interés colectivo de los trabajadores es su indivisibilidad (9), es decir, que ningún trabajador puede reclamar una parte o porción de este, ya que es el interés mismo el que autoriza a los trabajadores a soportarse agrupados.

Asimismo, es por demás sabido que la Corte Suprema de Justicia tachó de inconstitucional el inc. a) del art. 31 de la ley 23.551, a los efectos de reconocer la legitimación, tanto procesal como sustantiva, a una asociación sindical sim-

(5) BADIOU, Alain, "Théorie du sujet", Éditions du Seuil, París, 1982, p. 252.

(6) Art. 22. —(art. 31 de la ley)— Para representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela.

(7) Art. 31. Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores.

(8) Fallos: 338:221, considerando 6º).

(9) ETALA, Carlos Alberto; "Introducción al estudio del derecho colectivo del trabajo", en Liberación y derecho, Nro. 1, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, ps. 131-142.

plemente inscripta para procurar el fomento y defensa del interés colectivo de los trabajadores. El precedente “ATE II” (10) posee una importancia cardinal, no solo por tratarse de uno de los últimos pronunciamientos que integraron “la primavera laboral” del Alto Tribunal, como se suele hacer referencia de forma coloquial a las decisiones recaídas entre los años 2004 y 2014, sino que constituye una verdadera recapitulación de la tarea de la Corte en materia de derecho del trabajo, tanto individual como colectivo, que muestra la riqueza y profundidad de tal obra. Asimismo, la sentencia recaída en la causa de referencia puso en juego la categoría de “intereses individuales homogéneos”, ya que se trataba de impugnar la constitucionalidad de un decreto municipal que había dispuesto una rebaja salarial invocando un marco general de emergencia (11). No obstante, la Corte se limitó a determinar la legitimación activa del sindicato con simple inscripción para representar los “intereses colectivos”, sin especificar cuál especie, dentro de dicho género, pretendía actuar el sindicato interviniente.

En el siguiente apartado volveremos al examen de dicha cuestión, que estimamos sumamente útil para el tema aquí tratado.

IV. La Corte y los derechos (colectivos)

A fin de examinar con detalle algunos lineamientos que se desprenden de los precedentes de la Corte Federal en materia de procesos colectivos, creemos que es pertinente señalar algunas características que presenta la protección legal de derechos colectivos en la República Argentina.

Tal como señala Francisco Verbic, el mecanismo de tutela colectiva de derechos en nuestro ordenamiento jurídico es de tipo representativo, frente a lo cual, advierte:

“Sucedee que el sistema procesal colectivo representativo descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que no eligieron voluntariamente y que puede llegar a actuar incluso en desconocimiento o ante la vo-

luntad expresa en contrario de tales miembros del grupo. Es por ello que el derecho a ser oído por el juez se limita acá a ser oído a través de un atípico gestor de intereses ajenos” (12).

Ahora bien, la aptitud representativa no se juzga por la existencia de una fuente convencional o por la titularidad de la relación jurídica, sino por la prerrogativa que se reconoce a personas diversas del derecho y la legitimación:

“La ‘representación adecuada’ se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales restringidos” (13).

La tríada interés-clase-representación constituye la clave de bóveda de los procesos colectivos. Por una parte, la identificación del interés permite atribuirlo a una clase determinada, puesto que es el interés, tal como se señaló en el apartado III, el que autoriza a los individuos a soportarse agrupados como conjunto en el litigio. Por la otra, la delimitación de la clase nos habilita a examinar la “aptitud representativa” de quién o quiénes acuden al proceso. Bajo tales premisas, ingresaremos en el estudio de diversos pronunciamientos de la Corte.

La decisión recaída en “Halabi” (14) abrió paso al reconocimiento de los intereses individuales homogéneos como categoría que integra los derechos de incidencia colectiva.

En el reconocido precedente quedó establecido que en los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos no se afecta un bien colectivo sino derechos in-

(10) Fallos: 336:672.

(11) Se trataba del dec. 5/2003 de la Municipalidad de Salta.

(12) VERBIC, Francisco, “Implicancias, evolución y perspectivas de los procesos colectivos: el art. 43 de la CN y su interpretación jurisprudencial y normativa”, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (dirs.), Constitución de la Nación Argentina comentada, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 1215.

(13) GOZAÍNI, Osvaldo A., “Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores”, LA LEY 2005-F-1163.

(14) Fallos: 332:111.

dividuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea:

“Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” (15).

En los intereses plurindividuales o individuales homogéneos, el interés es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Se trata de casos en que existe multiplicidad de sujetos en la misma situación, defendiendo su propio interés, todos y cada uno de ellos de alguna manera equiparables. La nota más característica de estos derechos es su homogeneidad (fáctica, normativa y probatoria), como así también, concurre el necesario principio de economía y celeridad procesal que permite la concentración del “caso” en un proceso único, y no su dispersión, desde que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar.

Luego de este pronunciamiento, la Corte tuvo oportunidad de postular en “PADEC” (16) la legitimación procesal de asociaciones debidamente inscriptas para promover acciones de defensa de la referida categoría de intereses.

No obstante, creemos preciso señalar que es en “SADOP” (17) donde la categoría de “derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos” se encuentra *in nuce*, es decir, en forma embrionaria. El Sindicato Argentino de Docentes Particulares promovió una acción de amparo fundada en el art. 43, CN, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1123/99. La norma impugnada, invocando el art. 75 de la ley 24.521 de Educación Superior, estableció la eximición para las universidades privadas, de la contribución prevista en el punto 1), inc. a) del art. 51 de la ley 24.714 en relación con su personal docente con

vínculo de dependencia, y determinó el pago directo a cargo de los empleadores de las respectivas asignaciones familiares. La Corte ratificó la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y, frente a la “aparente” falta de legitimación del sindicato accionante, argumento sostenido por el Poder Ejecutivo, sostuvo:

“En ese contexto, no aparece como indebida la legitimación procesal que se ha otorgado al sindicato amparista, asociación que cuenta con la respectiva personería gremial, y por lo tanto encargada de representar frente al Estado y los empleadores, tal el caso de autos, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (art. 31, ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). Por otra parte, cabe destacar que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo una modificación trascendente en relación con la acción de amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción cuando están en juego garantías constitucionales, y ampliando la legitimación activa de los pretensores potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones, de las que no cabe —a mi juicio— excluir a las sindicales” (18).

Puede observarse con claridad que se trató de un supuesto de intereses individuales homogéneos, donde concurría un supuesto de homogeneidad normativa: la común afectación de un conjunto a partir de la sanción del dec. 1123/1999. Este extremo no fue expresamente abordado, pero no caben dudas que la representatividad del sindicato se sostuvo a partir de la concurrencia de derechos de incidencia colectiva.

El lector podrá advertir que “SADOP” presenta rasgos análogos a “ATE II” en cuanto a la existencia de una homogeneidad normativa proveniente de un acto del Poder Ejecutivo, nacional en un caso, municipal en el otro, y que tuvo gravitación en la decisión el examen de los alcances del derecho reconocido por el inc. a) de la ley 23.551. No obstante, mientras que en el primer precedente la pretensión se fundó en la acción de amparo prevista por el art. 43, CN,

(15) Fallos: 332:111, párrafo segundo del consid. 12.

(16) Fallos: 336:1236.

(17) Fallos: 326:2150.

(18) Apartado IV del dictamen del Procurador al que se remitió la Corte Suprema.

en el segundo, la cuestión federal giró en torno a los alcances de los derechos inherentes al ejercicio de la libertad sindical consagrada por el art. 14 *bis*, CN y el Convenio 87 OIT y la constitucionalidad del derecho reconocido por la citada norma de la Ley de Asociaciones Sindicales con exclusividad y no preferencia (19).

Ya en el año 2012, al analizar las proyecciones de "SADOP" a la luz de las directrices que se desprendían de "ATE" (20) y "Rossi" (21), el profesor Jorge Rodríguez Mancini, con la agudeza y precisión que lo caracterizaba, señaló:

"Por lo que se puede interpretar del dictamen, y de su acogimiento sin reservas, surgiría que el criterio de aceptación se basa en el carácter de asociación sindical con personería gremial con lo cual aquel requisito de 'registro' estaría superado. Los términos genéricos del dictamen no permiten conocer si ese reconocimiento de titularidad de la acción a una asociación sindical alcanza a aquellas que carecen de personería gremial, calidad esta que poseía la accionante (...) y que se menciona como dato recogido para adoptar la decisión. Sin embargo con la tendencia jurisprudencial de la actual Corte Suprema parecería lógico entender que tal distinción en

el ejercicio de esta acción no estaría en la mente del tribunal. Por lo demás, debe reconocerse que si este reputó suficiente la titularidad del sindicato con personería gremial, no podría desconocerlo en la lógica de su decisión, a un sindicato que no goza de esa calidad pero está igualmente "registrado" conforme con las disposiciones de la ley especial" (22).

La cita transcripta precedentemente es muestra cabal de que el recordado jurista anticipó la decisión de la Corte en "ATE II". Por supuesto que esto no fue obra de la quiromancia ni de arte adivinatoria alguna, sino fruto de una reflexión que analiza los precedentes del Alto Tribunal de forma sistemática y coherente.

En tal sentido, la Corte tuvo oportunidad de ratificar la necesidad de que se cumpla el requisito de registro previsto por el segundo párrafo del art. 43, CN en las causas "SUTPLA I" (23) y "SUTPLA II" (24). En la primera de ellas, el Tribunal puso de resalto que la omisión de demostrar la inscripción del SUTPLA en el registro especial para las asociaciones sindicales obstaba a la posibilidad de encuadrar su reclamo como una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en los precedentes "Halabi" y "PADEC" (25).

Sobre este punto, es necesario indicar que la Corte en la causa "Kersich" (26) señaló la obligatoriedad para los jueces y tribunales locales de observar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de pretensiones de incidencia colectiva, que fueran delineados en los precedentes ya citados.

(19) No resulta ocioso señalar que del dictamen de la Procuración General de la Nación se desprendía el reconocimiento de la legitimación activa de ATE para accionar, pero fundada en el art. 43, CN, en términos similares a "SADOP": "Tal situación se configuró en el *sub lite* desde que los jueces omitieron tener en cuenta el interés jurídico invocado por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) en su escrito de demanda (V. fs. 21, párr. 3º) en cuanto alegó que le incumbe la representación que ejerce como sindicato en virtud del mandato constitucional en los casos de incidencia colectiva en general (art. 43 de la CN) planteo que no mereció respuesta en el fallo en crisis, tema que cobra especial relevancia en el caso pues la norma constitucional que se invoca es posterior al texto legal y doctrina citados por el a quo (v. fs. 421 in fine y de fs. 421 vta.)". No obstante, hay que indicar que la Procuración ingresó en el examen del agravio sobre la legitimación procesal del sindicato a partir del supuesto excepcional de arbitrariedad, mientras que la CS consideró que existía cuestión federal suficiente (art. 14, inc. 3º, ley 48), a partir de lo cual, el Tribunal no se encontró limitado por los argumentos de las partes sino que le incumbió efectuar una declaración sobre el punto en disputa de acuerdo con la interpretación que ella rectamente les otorgue (Fallos: 307:1457; 308:647; 311:2688; 312:2254).

(20) Fallos: 331:2499.

(21) Fallos: 332:2715.

(22) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Derecho constitucional y derecho colectivo", en SIMÓN, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), Tratado de derecho colectivo del trabajo, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 137.

(23) Fallos: 338:1291.

(24) Fallos: 342:197.

(25) Fallos: 338:1291, primer párrafo del considerando 5º). Para un análisis exhaustivo de "SUTPLA I" remitimos al lector al comentario efectuado por uno de los autores de este texto, véase AQUINO, Claudio, "La representación sindical y el ejercicio de derechos de incidencia colectiva", DT 2016 (mayo), 1113.

(26) Fallos: 337:1361, consid. 9.

Junto al recaudo de registro concurre necesariamente la delimitación de la clase. Así, la Corte manifestó en “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur” que:

“En efecto, la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo.

“Ello es así ya que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva” (27).

Posteriormente, en las causas “CEPIS” (28) y “Abarca” (29), el Alto Tribunal reiteró que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción. Solo a partir de una correcta delimitación del colectivo involucrado, el juez puede evaluar, si la pretensión “se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva”.

V. Amenaza, daño y antagonismo: la emergencia de la clase

Tal como se desprende de la reseña efectuada en el apartado precedente, el interés y la emergencia de la clase están determinados por la presencia de un hecho actual o potencialmen-

te lesivo y la concentración de la pretensión en la común afectación sobre el conjunto, con absoluta independencia de la consideración de situaciones particulares que quedan fuera del proceso colectivo.

Es la amenaza la que perfecciona el agrupamiento de los individuos como clase sujeta a la afectación común de sus derechos. Dicho extremo fue teorizado por Jean Paul Sartre como el “grupo en fusión”, por la existencia de un tercero que se constituye en amenaza, un otro que aparece como organizador amenazante transformando la praxis individual en praxis común (30). Si bien dicha clase resulta objetivable, en tanto es identificable, no se trata de una mera unidad serial y pasiva, sino que concurre un principio de reciprocidad subjetiva (31). Este principio apunta a la consistencia de los lazos y respuestas que unen a los sujetos en identidad de situación frente a un antagonista, es decir, que se oponen a la “consistencia débil” de la que hablaba Badiou y a la que hicimos mención en el apartado III.

No obstante, la constitución de la clase, entonces, es accidental, precaria y contingente, sujeta a la emergencia de la amenaza y su puesta en litigio:

“(…) [L]a clase no se presenta como entidad abstracta sino hasta que aparece un conflicto que pone en juego las expectativas positivas o negativas de sus integrantes, siempre vinculadas a una relación jurídica de incidencia colectiva.

“Como la clase nace con el conflicto, esta debe ser definida en ese momento con la mayor precisión posible a efectos de fijar sus contornos.

“(…)

“Este aspecto es de suma importancia para establecer los intereses de las personas involucradas y fijar las cuestiones comunes que van a ser debatidas. Luego la descripción de la cla-

(27) Fallos: 338:40, párrafos segundo y tercero del considerando 9º).

(28) Fallos: 339:1077.

(29) Fallos: 339:1223.

(30) Véase SARTRE, Jean Paul, “Crítica de la razón dialéctica”, t I: “Teoría de los conjuntos prácticos”, Libro II: “Del grupo a la historia”, Losada, Buenos Aires, 1963, traducción de Manuel Lamana, ps. 23 y ss.

(31) BADIOU, Alain, “Pequeño panteón portátil”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, p. 37.

se, sus contornos y características será vital a la hora de considerar la eficacia de la cosa juzgada.

“Además, la pertenencia a la clase es una circunstancia ocasional, cuya particularidad principal es que la misma no posee fronteras cerradas, sino que sus límites permeables permiten la entrada y salida de sus integrantes” (32).

Precario y accidental no son sinónimos de “débil”, sino que dan cuenta, precisamente, que la configuración de la clase, su existencia misma, está definida por la presencia de una homogeneidad lesiva.

Pero, ¿qué tipo de vínculo se estructura en torno al antagonismo? Ernesto Laclau y Chantal Mouffe tuvieron oportunidad, hace más de 35 años, de conceptualizar esta “entidad” escurridiza. El antagonismo supone la presencia de otro que me impide ser totalmente yo mismo, la relación no surge de identidades “plenas”, sino de la imposibilidad de constitución de esta. La presencia del Otro no es imposibilidad lógica, ya que existe, por lo cual no es una contradicción. Tampoco es una fuerza física que me resiste, su ser objetivo se presenta como el símbolo de mi no ser. En tal sentido, se revela como una objetivación, parcial y precaria, una relación en la que se muestran los límites de toda objetividad (33).

Arribados a este punto, podemos valernos de dos precedentes en materia de intereses individuales homogéneos que pueden ilustrar los argumentos aquí expuestos, como así también, abrir cauce a nuevos análisis.

En los autos: “Asociación de Empleados de Farmacias c/Energía y Vida SA s/acción de amparo” (34), la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ordenó, en el marco de una medida cautelar innovativa, el pago de la totalidad de la primera cuota del Sueldo Anual

Complementario que correspondía a los trabajadores de la demandada. Para ello, revocó el pronunciamiento de grado y consideró que el sindicato accionante tenía capacidad procesal para accionar, ya que se trataba de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En tal sentido, advirtió que la causa o controversia no apuntaba al daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera, sino a los elementos homogéneos que posee la pluralidad de sujetos afectos por un mismo hecho. Tal homogeneidad fáctica se configuró por la decisión unilateral de la patronal de abonar el aguinaldo en cuotas. Asimismo, la Sala IX fundó su decisión en los precedentes “SADOP” y “Halabi”. Surge la existencia de elementos análogos relativos a la actuación de un sindicato con personería gremial, como así también, la concurrencia de los mencionados intereses individuales homogéneos. De esta forma, el tipo de agrupamiento es de orden vertical, por actividad, frente a la amenaza que configuró el obrar antijurídico del empleador (35).

En la causa: “Guisolfo, Miriam y otras c/ Gobierno de la provincia de Buenos Aires s/ amparo” (36), un grupo de trabajadoras que se desempeñaban como agentes sanitarios de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires, promovieron una acción de amparo dirigida a obtener elementos de protección personal para hacer frente a la pandemia de la enfermedad COVID-19, ante la amenaza cierta de contagio, producto de su común exposición al virus SARS-CoV-2.

Ahora bien, las accionantes eran enfermeras, personal bioquímico de laboratorio y profesionales médicos de cirugía, es decir, que el análisis de la constitución de la clase debía diferenciarse del régimen propio de las relaciones colectivas de trabajo en cuanto a la aptitud representativa de las actoras.

(32) SALGADO, José María, “El amparo colectivo”, en Enrique M. Falcón (dir.), Tratado de derecho procesal constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t. II, p. 257.

(33) LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, “Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, ps. 168-169.

(34) Causa Nro. 11.924/2020, sentencia interlocutoria del 11/08/2020.

(35) Tal como señala el art. 1716, Cód. Civ. y Com., el incumplimiento de una obligación, como la infracción de no dañar a otro, generan el deber de reparar. En este caso, se trata del incumplimiento del art. 122, LCT.

(36) Tribunal del Trabajo Nro. 1 de la ciudad de San Miguel, provincia de Buenos Aires. Expte. 22.935. Sentencia interlocutoria del 24/04/2020 y sentencia definitiva del 03/07/2020.

Ello era así, puesto que las accionantes, desde el punto de vista de las relaciones colectivas de trabajo, se adscribían a diferentes agrupamientos si se tomaba como principio de unidad el interés colectivo de su respectiva categoría profesional. Por el contrario, en la causa se trató de la constitución de la clase como producto de la amenaza, actual e inminente, a un derecho enteramente divisible, como es el derecho a la salud y a la integridad psicofísica, pero que, frente a la existencia de un hecho único y común —la exposición de los trabajadores de un establecimiento hospitalario bajo gestión del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires a un posible contagio de la enfermedad COVID-19 en cumplimiento de sus tareas— dicha amenaza perfeccionó el agrupamiento de los trabajadores de dicho establecimiento como clase sujeta a la afectación de sus derechos.

Como vemos, la emergencia de colectivos de trabajadores que invocan derechos vulnerados y que buscan obtener un respuesta jurisdiccional, muestra que los modos de organización de la fuerza de trabajo no solo son verticales —por rama de actividad— u horizontales —por oficio—, sino transversales, léase, por la emergencia de una amenaza que subvierte los nucleamientos anteriores y pone en juego otros lazos y solidaridades o, retomando los términos de Badiou en su estudio de Sartre, concurre un principio de reciprocidad subjetiva no seriado o pasivo.

La clase en estos casos se aparta de la persona como centro de imputación normativa, desde que la representación que se ejerce no es orden convencional ni tampoco se indaga en la titula-

ridad de relación jurídica alguna. Por el contrario, se trata de atribuir legitimación a quienes han “hecho hablar” a una pluralidad indeterminada, en los términos de Böckenförde. A partir de allí se juzga su “aptitud representativa”.

VI. Conclusión

Los procesos colectivos ponen en juego la emergencia de agrupamientos que no necesariamente pueden formalizarse en los términos de la dogmática de las relaciones colectivas del trabajo. Esto no implica hacer a un lado dichas elaboraciones, sino apostar a pensar otras modalidades que asume la acción colectiva concertada.

Aunque la clase sea provocada por la amenaza bajo la que se recorta una figura antagonista, esto no quiere decir que, en tanto límite de toda objetividad, los términos de la relación, colocados *vis à vis*, no reconozcan la intervención vertical de derecho, como figura heterónoma que habilita y bajo la cual se desenvuelven las acciones de coordinación entre particulares.

Esto conlleva a entender que la libertad como destierro de todo vínculo despótico y de toda interferencia arbitraria, no es una modalidad empírica de la acción, sino una relación normativa garantizada por la estatalidad.

Tal como señaló Baruch Spinoza: el verdadero fin del Estado es la libertad (37).

(37) SPINOZA, Baruch, "Tratado Teológico-Político", traducción, introducción, notas e índices de Atilio Domínguez, Alianza, Madrid, 1986, p. 240.

OIT, Convenio 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y cuestiones de género

Gloria M. Pasten de Ishihara ^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. El Convenio 190 y la Recomendación 206. Generalidades.— IV. El concepto de violencia y acoso.— V. Violencia y acoso por razón de género.— VI. Ámbito de aplicación.— VII. Negociación colectiva y paridad de género.— VIII. Acceso a la justicia.— IX. A modo de conclusión.

I. Introducción

La Organización Internacional del Trabajo, durante el mes de junio de 2019, en el marco de la 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio 190 sobre la “Eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del Trabajo” que entrará en vigor a partir del 25/06/2021.

El Estado argentino aprobó este Convenio mediante la ley 27.580 (1) y de acuerdo con su art. 14, inc. 3º, para nuestro país será operativo a partir de los doce meses de su registro. Hasta la

fecha, primeros días de febrero, no se encuentra consignado en la página web de la OIT.

La complejidad de la temática y razones de espacio no permiten abordar la totalidad de sus cláusulas, no obstante, es propicia la oportunidad para realizar algunas consideraciones en torno al marco conceptual, el ámbito de aplicación, la incorporación de las cuestiones de género y las proposiciones del Convenio que encuentran complemento en la Recomendación 206 junto a la mención de jurisprudencia, doctrina y legislación que en principio responderían a alguna de las obligaciones jurídicas convencionales.

II. Antecedentes

Para acercarnos a la problemática e incursionar en el marco conceptual, la Organización Internacional del Trabajo en innumerables publicaciones y Recomendaciones centró su atención en comportamientos que generaban violencia en el ámbito laboral, materialmente inviable de reseñar, por ello, la idea es mencionar algunos de esos documentos que, junto a otros, aportaron elementos significativos que condujeron a la adopción del Convenio 190 y su Recomendación.

En una primera etapa, se enfocó mayormente en el acoso sexual y luego, a través de los años, identificó y describió otras conductas violentas.

(*) Abogada y procuradora. Especialista en derecho del trabajo, Facultad de Derecho, UBA. Agente de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, Universidad de Zaragoza, España. Programa Alfa de la Unión Europea. Máster en igualdad de género, Universidad de Castilla La Mancha, España. Profesora y adjunta interina de grado y posgrado, Facultad de Derecho, UBA, 1988/2013. Replicadora en los “Talleres de Trabajo para una Justicia con Perspectiva de Género” según el Programa de la OM de la CSJN, validado por el sistema de Naciones Unidas en Argentina. Autora y coautora de libros y artículos de la especialidad, ponente y conferencista en Congresos y actividades nacionales e internacionales. Exvocal de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, entre otros antecedentes.

(1) Ley 27.580, BO del 15/12/2020. Hasta la fecha, primeros días de febrero de 2021, junto con nuestro país, el convenio ha sido ratificado por Fiji, Namibia y Uruguay. Disponible en: <https://www.ilo.org>

Con el ánimo de encontrar un punto de partida, aunque no constituya el momento exacto, en 1989, adoptó el Convenio 169, mediante el cual instruía a los Estados Miembros para que implementara medidas de protección contra el hostigamiento sexual (2).

Durante la década de los años 90, en la búsqueda de representar el flagelo de la violencia, sus connotaciones y consecuencias nefastas tanto para la persona maltratada como para quienes integran la comunidad laboral, señalaba que la expresión “violencia en las relaciones laborales”, tenía como objetivo subrayar las diferentes formas de maltrato en el lugar de trabajo, público o privado, durante el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo.

En una publicación que data de 1998, precisó que la violencia en el trabajo, física o psicológica, para esa época, había alcanzando dimensiones mundiales, rebasando fronteras, entornos de trabajo y grupos profesionales, indicando algunos de los comportamientos intolerables incluidos en el concepto de violencia en el trabajo (3) en estrecha relación con el trabajo precario, el sexo, la edad y los sectores en riesgos especiales, conductas que derivaban de acciones individuales, del ambiente y condiciones de trabajo y también de la forma de interactuar entre las personas que integraban la comunidad laboral, particularmente indicó que las mujeres constituían un grupo especialmente afectado al concentrarse en profesiones de mayor riesgo como profesoras, enfermeras, la banca y el comercio minorista.

A su vez, en un informe elaborado por Duncan Chapell y Vittorio Di Martino de 1998 (4), se

expresó que la variedad de conductas incluidas bajo el rótulo general de “violencia en el trabajo” era extensa, los límites con los comportamientos aceptables a menudo eran vagos y la percepción acerca de la violencia, en diferentes contextos y culturas, sumamente diversa.

Este antecedente como otros, facilitó abundantes fundamentos para el análisis de la temática mientras que, en nuestro país, fue particularmente considerado en la jurisprudencia elaborada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hasta que, en el año 2009, la ley 26.485 de Protección Integral a la Mujer, proporcionó definiciones de violencia, tipos y manifestaciones y entre ellas a la violencia laboral.

Además del informe mencionado, la OIT ha formulado Recomendaciones prácticas vinculadas a los actos violentos ocurridos en el lugar de trabajo y si bien en algunas consignas que carecen de valor vinculante aportaron un significativo marco teórico, dando cuenta de la preocupación que evidenció a lo largo de los años, en diversos sectores y a nivel mundial, con el objetivo de abordar con mayor profundidad el flagelo de la violencia.

Así, en el año 2003, la Reunión de Expertos redactó un Repertorio de Recomendaciones Prácticas dirigido a combatir la violencia en el sector de los servicios y definió a la “violencia en el lugar de trabajo” (5), pero pese a la importancia de su contenido, al haberse advertido la existencia de una multiplicidad de conductas violentas con formas y finalidades diferentes que se manifestaban en otras áreas y sectores, no fue suficiente para generar acciones dirigidas a concretar un texto reglamentario.

Por otra parte, la construcción conceptual desarrollada en otras reuniones por Expertos convocados por la OIT en torno a la violencia la-

(2) OIT Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, pág. 48 art. 20, párrafo tercero, inc. d. Disponible en: <http://onamiap.org/wp-content/uploads/2018/05/Convenio-169-de-la-OIT.pdf>

(3) OIT Revista "Trabajo" n° 26 Violencia en el lugar de trabajo. Un nuevo problema mundial. Septiembre/octubre 1998, ps. 6 a 9. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/>

(4) OIT "Violence at Work", Ginebra, 1998. Traducción libre. Este informe ha sido publicado en idioma inglés y

la 3ra. edición puede ser consultada en <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/>

(5) OIT Programa de actividades sectoriales. Reunión de Expertos para elaborar un Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: Una amenaza para la productividad y el trabajo decente, Ginebra, 2003, p. 4, punto 1, apartado 1.3.1. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb288/pdf/mevsws-11.pdf>

boral tampoco arrojó como resultado un cuerpo normativo, circunstancia que puede ser atribuida a la derivación lógica de las diferentes posturas de quienes participaron en el debate, que alegaron que era innecesario establecer normas sobre la materia y sugerían elaborar códigos de buenas prácticas en las comunidades laborales.

Por su trascendencia, no es posible omitir el Informe del Director General "La hora de la igualdad en el trabajo" del año 2003, donde sostuvo que la discriminación es un problema mundial, que evoluciona y adquiere nuevas y sutiles formas, instrumento que con intensidad, dio cuenta de la creciente preocupación de la OIT respecto de la discriminación y la violencia que padecen en general las personas trabajadoras y en especial algunos grupos en el universo laboral, como las mujeres, las minorías étnicas y raciales y los migrantes e insistió en la necesidad de incorporar la perspectiva de género y su verificación para evaluar cómo y en qué medida el género es transversalizado, aspecto que en documentos anteriores de la propia organización no habían sido atendidos adecuadamente (6).

En el año 2010, otra Reunión de Expertos elaboró el Repertorio de Recomendaciones prácticas, dedicado a la seguridad y salud en la agricultura complementario del Convenio 184 y la Recomendación 192, en cuya introducción reconoce que tradicionalmente se subestimó los niveles de salud y seguridad en el trabajo al haber sido evaluada la población masculina sin advertir que en el sector agricultura, la mayoría de las personas que allí se desempeñan son mujeres y para reflejar la realidad, tuvo en cuenta la dimensión de género y ofreció un modelo de políticas sobre acoso sexual, que por aquella época aparecía como la conducta violenta más notoria en los lugares de trabajo, en el caso, en el ámbito de la agricultura (7).

(6) OIT CIT 91ª Reunión "La Hora de la Igualdad en el Trabajo". Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo. Informe I (B), Ginebra, 2003, ps. 98, 99 y 100. Disponible en: <http://www.ilo.org/declaration>

(7) OIT Programa de actividades sectoriales, Reunión de Expertos para elaborar un repertorio de normas que promueva en mayor medida una cultura de prevención

El documento de base para el debate de la Reunión Tripartita de Expertos sobre la Violencia contra las Mujeres y los Hombres en el Mundo del Trabajo (8) del año 2016, contiene argumentos, definiciones y sugerencias sumamente valiosas que se reflejaron en el Convenio 190 que adoptó posteriormente la OIT. En línea con documentos anteriores, se reiteró que la violencia posee múltiples facetas y que resulta de las diferencias entre los contextos históricos, jurídicos y culturales, cuyo concepto se encuentra en plena evolución, propiciando una definición amplia de "violencia", dado las diferentes formas que asume y el contexto en que ocurren.

El resultado de esta Reunión de Expertos se reflejó en el Quinto Informe complementario presentado por el Director General de la OIT de octubre de 2016, cuyo punto 33 específicamente da cuenta de la conveniencia de utilizar la expresión "violencia y acoso" para "...asegurar que se comprendan y afronten debidamente los distintos comportamientos inaceptables"(9).

Posteriormente en el año 2017, la Dra. Jane Pillinger elaboró el informe: "Violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Perspectivas y acción sindical"(10) además de proporcionar conceptos de violencia y acoso, abordó con detenimiento la libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente, temas

en materia de SST en la agricultura. Ginebra, 2010, p. 194, punto 19.5. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/>

(8) OIT CIT 108ª Reunión. Departamento de condiciones de trabajo e igualdad. Reunión Tripartita de Expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Ginebra, 2016, pág. 57, punto 185 y v. Introducción del Informe V "Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo", 2019, p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/wcms_524929.pdf

(9) OIT Consejo de Administración, 328ª. Reunión, Informe del Director General. Quinto Informe complementario: Resultado de la Reunión de Expertos sobre la violencia contra las mujeres y hombres el mundo del trabajo. Ginebra, 2016, p. 10, punto 33. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/relconf/documents/meetingdocument/wcms_533579.pdf

(10) OIT Informe de la Dra. Jane Pillinger, Ginebra, 2017 p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/documents/publication/wcms_616960.pdf

que luego fueron considerados en el Convenio 190 y que encuentran complemento en la Recomendación 206. Tal como la OIT había señalado en 1998, indicó que algunos grupos, particularmente las mujeres, son afectadas en forma desproporcionada y expuestas a situaciones de violencia en el trabajo debido a relaciones desiguales de poder y a otros factores de vulnerabilidad.

Como se advirtió al principio, estas referencias constituyen solo una parte reducida y parcializada de la labor llevada a cabo por la OIT, que no se agotó en esos instrumentos, por el contrario, continuó sin pausa abordando la temática en diversas Recomendaciones y publicaciones oficiales con el objetivo de obtener un cuerpo normativo que proporcionara el adecuado tratamiento a los actos y conductas violentas en el mundo del trabajo.

III. El Convenio 190 y la Recomendación 206. Generalidades

El Convenio dedica un párrafo a las proposiciones que le dan origen y al haber sido ratificado por nuestro país, integra el derecho interno, reviste el carácter de fuente del Derecho del Trabajo y posee jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, primer párrafo, segundo apartado).

Como se expresara, el Convenio no se encuentra en vigor, sin embargo, dicha circunstancia no habilita al Estado argentino para incumplir obligaciones asumidas en otros Convenios de la OIT, pues el contenido de dichos textos normativos, no pueden ser deslindados del Convenio 190, frente al compromiso estatal de promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales, teniendo en cuenta, además, que la violencia y el acoso en el ámbito de las relaciones laborales conspira contra el concepto de trabajo decente (11).

En cuanto a las Recomendaciones de los organismos internacionales y al valor que debe asignársele, nuestro Máximo Tribunal, aproxi-

madamente desde 1996 (12), con distintas integraciones emitió opiniones diversas. Por ejemplo, respecto de las emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que, si bien carecen del valor obligatorio de una sentencia, constituyen pautas imprescindibles para la interpretación de los deberes y obligaciones derivados de los instrumentos internacionales. En otros precedentes, ha considerado que poseen valor vinculante porque forman parte del sistema de control de convencionalidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico y que debe adoptarse los mejores esfuerzos para aplicarlas en el marco del deber de buena fe.

En sentido similar la CS se ha expedido acerca de las Recomendaciones de la OIT al expresar que, aunque carecen de contenido normativo y no están sujetas a ratificación, poseen un valor inapreciable a la hora de valorar e interpretar los Convenios a los que se refieren "...dado que provienen del mismo foro que le han dado vida..."(13).

En síntesis, el Convenio 190 integra el derecho interno y aun cuando la Recomendación 206 no se encuentre sujeta a ratificación, además de su valor interpretativo, constituye una herramienta indispensable para lograr la efectividad de sus normas. El Estado argentino voluntariamente aceptó incorporar el Convenio en la legislación nacional y de esa manera, se sometió al procedimiento especial de control de la OIT, por ello, los informes y observaciones provenientes de las Comisiones de Expertos en Aplicación de Convenios, Recomendaciones y Normas de la Conferencia, contribuyen a la interpretación y aplicación de la norma inter-

(12) Las opiniones de la CS y sus distintos matices pueden ampliados en los siguientes pronunciamientos: Fallos, 319:1840 "Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación" 12/09/1996; Fallos, 328:2056 "Simón Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad", citado en nota anterior; Fallos, C.568.XLIV "Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores-Provincia del Chubut", 6/8/2013, "Arrillaga, Alfredo Manuel s/causa n° 14.102" Recurso de hecho, 30/12/2014. Este último precedente puede ser consultado en www.csjn.gov.ar

(13) CS, Recurso de Hecho "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/quiebra, 26/3/2014.

nacional y de la Recomendación que complementa sus disposiciones.

IV. El concepto de violencia y acoso

El art. 1º, apartado 1º, inc. a, define a la violencia y acoso en el mundo del trabajo como “...un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas...”, “...ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tenga por objeto, que cause o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye, la violencia y el acoso por razón de género,...”

Las partes en la elaboración de la norma coincidieron en la necesidad y oportunidad de responder a la violencia y al acoso, subrayando que constituyen una forma de violación de los derechos humanos y si bien en un primer momento se argumentó acerca de definir al fenómeno en forma conjunta o separada, se consideró adecuado adoptar una fórmula que por su amplitud pudiera ser aplicada a una variedad de situaciones al haberse comprobado que la terminología puede variar en cada ámbito debido a la multiplicidad de los Estados Miembros que integran la OIT.

En el documento de base para el debate de la Reunión Tripartita de Expertos sobre la Violencia contra las Mujeres y los Hombres en el Mundo del Trabajo (14) se alegó la existencia de una brecha legislativa y un abordaje fragmentario de las conductas violentas en el trabajo, razones que, entre otras, impulsaron la elaboración de una definición amplia del concepto “violencia” con la intención de ayudar a superar los estereotipos acerca de los autores y sus víctimas.

La expresión amplia empleada en la norma recoge en gran medida las opiniones de los antecedentes referenciados y reconoce las enormes dificultades de elaborar un concepto riguroso dado que la violencia en el mundo del trabajo se manifiesta en diversas formas y se encuentra

en constante evolución. Se alude al conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables para acentuar su incompatibilidad con las características de las relaciones laborales y el trabajo decente y da cuenta de la complejidad de la definición, que depende de factores culturales, históricos y jurídicos de los distintos países y de la apreciación que cada uno haga al respecto.

En torno al concepto de violencia, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo cuenta con una vasta jurisprudencia (15) acerca de la violencia y sus diversas manifestaciones y en numerosos supuestos ha utilizado como sinónimos los términos “violencia” y “discriminación” y dentro del concepto de “violencia laboral” (16), individualizó distintos comportamientos, refiriéndose entre otros, a maltratos verbales, agresiones físicas, acoso psicológico, maltrato organizacional, hostigamiento de índole sexual, ambiente nocivo y hostil, *mobbing* o acoso moral, lo que demuestra que la violencia laboral y sus manifestaciones obedece a innumerables situaciones fácticas y su identificación y valoración depende del caso concreto que se someta a la decisión jurisdiccional.

En síntesis y de acuerdo con jurisprudencia de la Justicia Nacional del Trabajo, la violencia en el ámbito laboral se manifiesta en diferentes formas y en cualquiera de sus expresiones. Consiste en el ejercicio deliberado y abusivo del poder que se exterioriza en el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo, en el lugar donde debe permanecer o acudir la persona trabajadora para prestar sus servicios bajo el control directo o indirecto de la empleadora. Dicho actuar ilegítimo puede ser llevado a cabo por compañeros o compañeras, empleadas o empleados superiores, por la propia empresa o por un tercero o tercera persona mediante toda acción,

(15) CNTrab., Boletín Temático de Jurisprudencia “Violencia Laboral”, Sumarios de sentencias CS y CNTrab.-Oficina de Jurisprudencia, julio 2013. Disponible en: <https://www.pjn.gov.ar/> Fueros Nacionales, Justicia Nacional del Trabajo, Boletines temáticos de Jurisprudencia.

(16) CNTrab., sala I, “L.J. M. c/Padilla de Goitia A.y otras/Diferencias de Salarios”, 8/7/14, entre otras. Boletín de Género y Justicia N° 4, diciembre 2015. Disponible en: <https://www.pjn.gov.ar/> Fueros Nacionales, Justicia Nacional del Trabajo, Boletines de Género y Justicia.

(14) OIT Consejo de Administración, 328ª. Reunión, Informe del Director General. Quinto Informe complementario: Resultado de la Reunión de Expertos sobre la violencia contra las mujeres y hombres el mundo del trabajo. Ginebra, 2016, p. 10, punto 184. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/relconf/documents/meetingdocument/wcms_533579.pdf

conducta o inactividad ejercida o tolerada en el ámbito laboral. Tiene por objeto doblegar la voluntad de la víctima, ya sea para que abandone su puesto de trabajo, renuncie, sea despedida o como exigencia para que se mantengan sus condiciones laborales y consecuentemente, restringe la esfera de la libertad y atenta contra la dignidad, la integridad física moral o sexual de quien presta su fuerza de trabajo **(17)**, conductas que impiden el ejercicio pleno del derecho humano al trabajo, derivan del sistema patriarcal arraigado en nuestra sociedad y se desarrollan en un contexto de desigualdad y discriminación estructural.

Desde la legislación nacional, en la Ley de Contrato de Trabajo, la violencia laboral no se encuentra conceptualizada, pero de la jurisprudencia surge que su aplicación, en supuestos en los que se verificó la existencia de actos de violencia en alguna de sus modalidades dirigida a cualquier persona trabajadora, independientemente de su sexo o identidad de género, se incluyó en el concepto de “injuria” dando lugar a indemnizaciones integrales o por daño moral.

En algunas hipótesis donde la víctima era mujer, se aplicó la ley 26.485 de Protección Integral a la Mujer y permite, conforme el art. 35, otorgar indemnizaciones plenas según las normas del Código Civil y Comercial de la Nación **(18)**. La ley citada define a la violencia, los tipos de violencia y sus manifestaciones, pero particularmente en el art. 6°, inc. c de la ley 26.485 y su D.R. 1.011/2010 se refiere a la violencia laboral, la discriminación, el hostigamiento psicológico, la obligación de considerar los principios protectores por razón de género en la negociación colectiva y las pautas para la evaluación de las pruebas.

En este contexto, el art. 1°, apartado 2 del Convenio 190, al facultar a los Estados Miembros para que en la legislación nacional se defina a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo,

(17) PASTEN de ISHIHARA, G.M., "La Protección de los Derechos de la Mujer en el ámbito laboral. Leyes 20.744 y 26.485", Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2020, 2ª ed., p.248.

(18) PASTEN de ISHIHARA, G.M., "Violencia laboral: Hostigamiento psicológico y derecho a la reparación integral", DT 2021 (marzo), 81.

como un concepto único o como conceptos separados, constituye una directiva flexible pues nuestro país, además de una frondosa jurisprudencia nacional y provincial, cuenta con definiciones legales de violencia laboral no solo en la ley 26.485, norma de orden público y de aplicación para todo el territorio nacional, sino que además algunas provincias, entre ellas la Provincia de Buenos Aires, Santa Fe y Tucumán e inclusive la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fines de la década de los años 90 y principios del año 2000, con distintos matices, sancionaron leyes especiales para reprimir las conductas violentas, la mayoría para el ámbito público y no limitadas al acoso sexual **(19)** como ocurría en otras normas que fueron dictadas en la misma época.

Solo a modo de ejemplo, por ser la más reciente y que abarca los ámbitos público y privado, cito la ley 9.263 sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza en septiembre de 2020, es decir con anterioridad a la ratificación del Convenio 190, cuyo objetivo es abordar en forma integral la violencia laboral y en armonía con la norma internacional (Capítulo V, art. 10, apartado b, iv) dispone medidas de protección a las personas trabajadoras víctimas de violencia, a las denunciantes y a quienes brinden testimonio en supuestos de actos o conductas que la configuren.

V. Violencia y acoso por razón de género

El Convenio, en el art. 1° apartado b, señala que la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa aquellos actos: “... [Q]ue van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual”.

El dispositivo exhibe un notable avance al reconocer que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas y resulta de sumo valor el enfoque inclusivo e integrado expresado en los Considerandos y en sus dispositivos (art. 4°),

(19) PASTEN de ISHIHARA, Gloria M. "Violencia en las Relaciones Laborales. Acoso laboral: aportes y propuestas para su prevención (2ª parte) Doctrina Laboral n° 238, Errepar, Buenos Aires, 2005, p. 537.

que requiere para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, considerar entre otros factores, los estereotipos, los factores de riesgo, las relaciones desiguales y el impacto en el empleo de la violencia doméstica.

A su vez, el Convenio en el Capítulo III que dedica a los Principios Fundamentales (art. 6°), agrega mayores elementos a la norma, pues alude al deber de diligencia de los Estados Miembros para quienes, luego de ratificar la norma, nace la obligación jurídica de "...adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación..." e incluye a trabajadoras, trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o varios grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad, afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

De esa manera, el art. 1°, apartado 1°, inc. b, junto al art. 6° consagran una amplia protección a todas las personas pues lo que se pretendió —de acuerdo con el debate en la Comisión— fue evitar cualquier estigmatización (20).

La definición de violencia y acoso por razón de género (art. 1°, apartado b), al igual que ocurre con el concepto de violencia laboral, presenta ciertas complejidades. La lectura de la norma indica que se trata de conductas violentas dirigidas hacia cualquier persona, ya sea por su sexo, identidad de género o por su orientación sexual y si bien el Convenio 190 expresamente consigna al acoso sexual, es posible que su justificación surja de los argumentos vertidos en el documento de base realizado por la Reunión de Expertos en 2016, que constataron la existencia de legislación que solo prohíbe el acoso sexual contra mujeres impidiendo de hecho que las víctimas masculinas obtengan reparación (21)

(20) OIT Informe V "Acabar con la Violencia y el acoso e el mundo del Trabajo". V. Comentarios de la Oficina a los textos propuestos. Disponible en: https://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/codes/WCMS_161137/lang-es/index.htm

(21) OIT Consejo de Administración, 328ª. Reunión, Informe del Director General. Quinto Informe complementario: Resultado de la Reunión de Expertos sobre la violencia contra las mujeres y hombres el mundo del trabajo. Ginebra, 2016, punto 185.

a lo que cabe agregar que en tales supuestos, también excluiría a otros colectivos vulnerables.

En tal sentido, diversos instrumentos legales nacionales e internacionales y con gran aporte de la doctrina y la jurisprudencia han construido algunas definiciones que se complementan entre sí y que pueden resultar útiles al momento de interpretar y aplicar la normativa.

Por ejemplo, se ha expresado que la violencia por motivos de género es una forma de discriminación en el sentido de la definición del art. 1° de la Cedaw y que la discriminación contra la mujer es una de sus causas principales y constituye una violación a sus derechos humanos que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre (22).

En la IV Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Beijing de 1995, se expresó que la violencia contra la mujer se refiere a todo acto de violencia basado en el género (23) por su parte, de las opiniones vertidas por ONU Mujeres (24) y el Glosario del Centro de Capacitación (25), se extrae que la violencia de género es cualquier acto perjudicial incurrido en contra de la voluntad de una persona, basado en diferencias socialmente adjudicadas entre mujeres y hombres. La naturaleza y el alcance de sus distintos tipos varían entre las culturas, países y regiones, cita ejemplos y entre ellos, ataques homofóbicos hacia personas o grupos de homosexuales, bisexuales o transgénero.

(22) Cedaw y Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer, Naciones Unidas, 85ª. Sesión plenaria, diciembre 1993. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>.

(23) Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 4 al 15 de septiembre de 1995, Naciones Unidas, parágrafo 113. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch>.

(24) ONU Mujeres, v. nota descriptiva nro. 239 de enero de 2016 y asimismo, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer, Naciones Unidas, Nueva York, 1993. Informes disponibles en: www.unwomen.org/es.

(25) ONU Mujeres, Centro de Capacitación, Glosario de Igualdad de Género, Fuente del concepto: UNICEF, UNFPA, PNUD, ONU Mujeres "Gender Equality UN Coherence and you". Disponible en: <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view>.

El Centro virtual de conocimiento para poner fin a la violencia contra mujeres y niñas de ONU Mujeres, ha señalado que frecuentemente los términos “violencia basada en género” y “violencia contra las mujeres” son usados indistintamente pero en realidad, la expresión (...basada en el género) se refiere a la violencia dirigida contra una persona en razón del género que él o ella posee así como de las expectativas sobre el rol que él o ella deba cumplir en una sociedad o cultura y que resulta importante advertir que tanto hombres como niños también pueden ser víctimas, especialmente de violencia sexual (26).

Por su parte, Gabriela Vázquez (27) expresa que cuando se hace referencia al género, no se trata solo de mujeres, sino que se alude a roles, jerarquías, relaciones de poder o papeles estereotipados, contruidos desde la cultura acerca de lo que debe entenderse por femineidad o masculinidad, universo conceptual que incluye la dinámica de las relaciones entre varones y mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar. El rol que se asigna a la toma de decisiones impacta negativamente sobre las mujeres, pero también afectan a los varones, a los colectivos LGTTTBIQ+ y que existen situaciones de vulnerabilidad e intersección de factores de discriminación que provoca violencia no solo hacia adentro de las familias sino en todos los planos de la vida social e impide el ejercicio pleno de los derechos humanos.

En definitiva, si bien tanto hombres como niños u otros grupos vulnerables pueden ser objeto de violencia, incluido el acoso sexual, en cualquier caso, es una forma de discriminación que limita la capacidad de las personas para gozar de sus derechos y libertades y no se discute que las conductas violentas afectan mayor y desproporcionadamente a las mujeres por su condición de tal, sin distinción de edad, raza o posición social y su impacto, según estimacio-

nes mundiales, ocurre con una muy considerable frecuencia y mayoritariamente son sus víctimas.

En síntesis, la violencia contra la mujer no es sinónimo de la violencia de género. Esta última presenta matices que la diferencian de otros tipos de violencia interpersonales pues de acuerdo con los estudios y definiciones consultadas, debido a su amplitud, abarca las distintas formas de violencias que se encuentran naturalizadas en las estructuras sociales y puede afectar a cualquier persona, criterio que recepta la norma internacional al referirse a “comportamientos y prácticas inaceptables”, y que a la luz de nuestra jurisprudencia, doctrina y legislación, incluye todas las formas en las que se manifiesta la violencia, en particular, me remito a los dispositivos de la ley 26.485.

Y si tenemos en cuenta el marco conceptual legal, jurisprudencial y doctrinario antes referido, se advierte que guarda coherencia con la intención del organismo internacional al proponer una definición amplia, explicable como antes se dijo, ante la numerosa integración de Estados en el organismo internacional, cada uno con idiosincrasia diferente.

Por último, atento las dificultades conceptuales observadas que se proyectan en quienes deben reconocer, prevenir y reprimir el fenómeno, el Convenio en el Capítulo III que dedica a los Principios fundamentales, prevé acciones específicas en materia de capacitación que se insertan en el deber de prevención y que recaen en cabeza del Estado destinadas a proporcionar, desarrollar y garantizar a organizaciones empresariales y sindicales herramientas para la educación, formación y sensibilización (art. 4º, párr. 2º, apartado g) en violencia y acoso en el mundo del trabajo.

Especialmente la Recomendación 206 (Capítulo III control de la aplicación, vías de recurso y reparación y asistencia, apartado 20), señala que las personas que fiscalizan el cumplimiento de las normas laborales y toda autoridad competente, deberían recibir formación específica sobre las cuestiones de género para poder detectar y tratar los actos violentos en el mundo del trabajo, incluidos los peligros y riesgos psicosociales, la violencia de género y la discrimi-

(26) ONU Mujeres — Centro virtual de conocimiento para poner fin a la violencia contra las mujeres y Niñas - Disponible en: <http://www.endvawnow.org>

(27) VAZQUEZ, G., "Juzgar con perspectiva de Género. La ley 26.485 como herramienta potenciadora de buenas prácticas" en Tratado de Género, derecho y Justicia. Derecho del trabajo. Vázquez Gabriela A. y Plaza María E., (Coords.), Rubinzal Culzoni Editores, 2020, p. 324.

nación ejercida contra determinados grupos de personas trabajadoras y de manera similar al establecer las pautas de educación y formación dirigida a la magistratura, las y los agentes de policía, fiscales y fiscalas y otras funcionarias o funcionarios públicos. (Capítulo IV, Orientación, Formación y Sensibilización, apartado 23).

De tal manera, reafirma obligaciones que el Estado argentino ya asumió en materia de capacitación y formación en género, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 (28), prueba de ello, es la sanción de la ley 27.499 conocida como Ley Micaela que dispone la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, de todas las personas que se desempeñan en la función pública y abarca los tres Poderes del Estado Nacional, sin distinción de jerarquías o niveles ni de las tareas que la persona desempeñe y además establece que las máximas autoridades de cada organismo y las organizaciones sindicales son las responsables de garantizar la implementación de las capacitaciones.

El convenio 190 y su Recomendación es más amplio que el determinado por la ley 27.499 pues se aplica a todos los sectores, público o privado y compromete al Estado, en el marco de la debida diligencia, a instrumentar y garantizar herramientas de formación, orientación y sensibilización a empresas y sindicatos, mediante acciones positivas y concretas que lleven a la praxis las conductas comprometidas.

VI. Ámbito de aplicación

Como se dijo, el Convenio 190 brinda una protección amplia al referirse a "... los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo..." y contempla "...a todos los sectores, público

o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas y rurales" (art. 2º, apartados 1º y 2º).

Prevé que sus normas se apliquen a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: "[Q]ue ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo" (art. 3º) y especifica los lugares donde pueden ocurrir e incorpora entre otros supuestos, a las tareas prestadas "...en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de la tecnología y de la comunicación".

Nuestro país ha sancionado la ley 27.555, reglamentada por el D. 27/20215 (29) que incorpora el teletrabajo a la Ley de Contrato de Trabajo, como nueva modalidad contractual y cuya vigencia será a partir del 1 de abril de 2021 (30). La norma, en varios de sus dispositivos, otorga un protagonismo indiscutible a las asociaciones sindicales cuya actividad deberá desplegarse mediante la negociación colectiva y los convenios colectivos, con el objetivo de promover y facilitar el diálogo social como el camino adecuado para lograr la paz social y las buenas prácticas en las relaciones laborales, especialmente en tareas que, como el teletrabajo, por su particulares características es proclive a situaciones de violencia.

En tal sentido, no es posible desconocer que la crisis actual derivada del COVID-19 y la irrupción del teletrabajo, ha visibilizado el trabajo de la economía de cuidado, impuesto cultural y socialmente sobre las mujeres y puesto en tensión desde la perspectiva de género pues el cuidado de otras personas junto a las tareas propias del hogar, es mayormente realizado por mujeres sin remuneración alguna a la par de prestaciones laborales en relación de dependencia y sujeta a una multiplicidad de roles que la expone a permanecer conectada indefinidamente, recibir comunicaciones de la empleadora en horarios fuera de su jornada laboral y padecer conductas violentas en diversas modalidades, derivadas de la utilización inapropiada de las TIC que se ex-

(28) A modo de ejemplo, las obligaciones de capacitación y formación en género se encuentran contempladas en la Cedaw, arts. 2 y 7 y sus Recomendaciones nros.19 y 35; en Belém do Para, art. 8, primera parte e inc. e y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 26 consagra el principio de progresividad y su evolución en materia de derechos protegidos puede observarse en jurisprudencia de la CIDH, entre otros: "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México", 16/11/2009; "Rosendo Cantú y otra vs. México", 31/8/2010 y "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y otros vs. Brasil", 15/7/2020.

(29) Ley 27.555, BO del 14/08/2020 y D.R. 27/2021 BO del 20/01/2021.

(30) MTEySS, res. 54/2021 BO del 05/02/2021.

presan, a modo de ejemplo, en intimidaciones e inclusive con connotaciones sexuales.

Esta situación se agrava mucho más cuando las personas que se desempeñan bajo esa modalidad lo hacen mediante una contratación precaria o irregular o no encuentran amparo en convenios colectivos, a lo que se suma factores como la falta de estructura, de herramientas de trabajo o de competencias tecnológicas necesarias para gestionar todos los recursos que brindan las tecnologías de la información y la comunicación.

Por ello, la aplicación del Convenio 190 en las situaciones que enumera en el art. 3°, entre ellas, la referida en los párrafos anteriores, se inserta en el deber de diligencia del Estado (art. 4°, apartado 2) que lo compromete a adoptar un enfoque de género, inclusivo e integral y de acuerdo con las sugerencias de la Recomendación 206, fomentar y apoyar la negociación colectiva.

VII. Negociación colectiva y paridad de género

El Convenio 190 en el art. 5° indica a los Estados Miembros que deben respetar, promover y llevar a cabo los principios fundamentales en el trabajo, entre ellos, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

A su vez, la Recomendación 206 (Capítulo I, Principios fundamentales, apartados 2°, 3° y 4°), los instruye para que aborden la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, velando por el derecho a la libertad sindical y a la efectiva negociación colectiva debiendo tener en cuenta los instrumentos propios de la OIT y en el apartado 5, se refiere a los Convenios números 100 y 111 conjuntamente con sus Recomendaciones y agrega "...así como otros instrumentos pertinentes..." en clara referencia a otras normas internacionales del trabajo y a instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tal como se ocupa de precisar en las normas que dedica a la Protección y Prevención.

En tal sentido, cabe estacar la relación que existe entre las directivas del Convenio 190 y su Recomendación con las leyes 26.485 de Protec-

ción Integral a la Mujer y 23.551 de Asociaciones Sindicales.

La ley 26.485 en el art. 6°, inc. c, tercer párrafo del dec. regl. 1.011/2010, dispone que en oportunidad de celebrarse o modificarse una norma convencional, en el marco de la negociación colectiva del trabajo, las partes contratantes deben considerar los principios protectorios en virtud del género a fin de asegurar mecanismos orientados a abordar la problemática de la violencia en el trabajo. La norma persigue que en los convenios colectivos se introduzcan cláusulas para combatir las conductas discriminatorias y lograr la igualdad real de mujeres y hombres.

Por otra parte, la ley 27.533 incorporó a la ley 26.485 el supuesto de violencia política (arts. 5°, inc. 6° y art. 6°, inc. h) para garantizar el derecho de la mujer a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones y en cualquier espacio, mencionando entre otras hipótesis, a las asociaciones sindicales.

Un aspecto novedoso del Convenio 190 consiste en la obligación de los Estados Miembros de adoptar medidas para reconocer los efectos de la violencia doméstica y mitigar su impacto en el mundo del trabajo (Capítulo V, art. 10 apartado b, punto f y Recomendación n° 206 Capítulo I, apartado 4°, inc. a). Conforme aconsejaron los Expertos en la Reunión del año 2016 y la evaluación del Director General (31) es de suma importancia incluir ese tipo de violencia como materia de negociación colectiva para incorporar en los convenios colectivos medidas de prevención, sensibilización y de contención a las víctimas.

En nuestra legislación rige la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y, por otra parte, la ley 26.485 cuyo objetivo es la protección integral de la mujer en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, prevé específicamente a la violencia doméstica como forma de manifestación de uno de los tipos de violencia (art. 6°, inc. a), contemplada asimismo en Belém do Pará (art. 2°, inc. a).

(31) OIT Consejo de Administración, 328ª. Reunión, Informe del Director General. Quinto Informe complementario: Resultado de la Reunión de Expertos sobre la violencia contra las mujeres y hombres el mundo del trabajo. Ginebra, 2016, puntos 21 a 24 y nota 10 punto 27.

Entonces, la violencia familiar, cuyo reconocimiento demanda el Convenio 190, refleja la preocupación que ya se había expresado en 1975 en la Primera Conferencia de la Mujer celebrada en México, desarrollada posteriormente en numerosos informes, acerca de la necesidad de trasladar y visibilizar la problemática desde la esfera privada hacia lo público. Este tipo de violencia en sus diversas manifestaciones, considerada como una de las formas insidiosas de la violencia contra la mujer (32), sin lugar a duda, incide en el ámbito laboral y debe ser abordada como materia de discusión en la negociación colectiva (33).

Sin embargo, según lo dispuesto por el art. 18 de la ley 23.551, sustituido por la ley 25.674 y reglamentada por el dec. 514/2003, la representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales se encuentra limitada a un cupo mínimo del treinta por ciento sobre el total de las personas trabajadoras y de esa manera, restringe la intervención de las mujeres en un pie de igualdad en las unidades de negociación colectiva que impacta en la toma de decisiones al abordar materias tan significativas como las condiciones laborales, las nuevas tecnologías, la salud, los mecanismos de prevención o solución de conflictos laborales y la violencia familiar.

Por ello, en materia de representación sindical y de acuerdo con el dispositivo citado, no es posible sostener la existencia de una participación equilibrada entre hombres y mujeres y como ya he señalado en reiteradas oportunidades, para un eficaz tratamiento inclusivo e integral de las cuestiones de género se requiere precisamente la participación de las mujeres en igualdad de condiciones y conduce a sugerir acciones legislativas que modifiquen el art. 18 de la ley 23.551

(32) Cedaw, Recomendación General 19, 29.1.92, párr. 23, p. 4

(33) El caso más emblemático donde se abordó la violencia familiar y que por primera vez se aplicó la Convención de Belém do Pará, corresponde a la intervención e informe n° 54/ 01 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que produjo en "María Da Penha Maia Fernández vs. Brasil", en el que desarrolló los conceptos de acceso a la justicia, plazo razonable, la actividad obligatoria del estado y su responsabilidad internacional. 16/4/2001.

para que responda al principio de progresividad y a los tiempos que corren.

Si bien es cierto que la negociación colectiva es una herramienta muy eficaz para fortalecer el diálogo social y garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, se requiere mayor participación de mujeres en las comisiones negociadoras en una proporción no limitada a un sistema de cupos pues este no garantiza la igualdad en la toma de decisiones en materias tan sensibles como la violencia laboral y los efectos de la violencia doméstica, teniendo en cuenta que en la actualidad, dicho sistema en materia de representación política ha sido abandonado por casi la mayoría de las provincias argentinas con sustento en nuestra Constitución Nacional y por haber entendido que el cupo constituía un piso mínimo pero que en la realidad operaba como un techo, situación similar a lo que ocurre con la representación femenina en las asociaciones sindicales.

De manera que la obligación jurídica internacional asumida por el Estado argentino al ratificar el Convenio 190, de adoptar legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, se suma a las prescripciones de la Cedaw (art. 7°, inc. c) y de Belém do Pará (arts. 4° y 5°) que postulan el derecho de la mujer en materia de participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales en igualdad de condiciones, jerárquicamente superan la situación reglada por el art. 18 de la ley 23.551, por ello, ante el progresivo avance legislativo a favor de la paridad de género, conduce a reflexionar si a esta altura de los acontecimientos, el sistema de cupos es adecuado a las nuevas realidades y si contribuye a la plena realización de los Derechos Humanos Fundamentales.

VIII. Acceso a la justicia

Otro aspecto se relaciona con el Capítulo que se dedica al control de la aplicación y vías de recurso y reparación y asistencia (Apartado V, art. 10) que alude al derecho de la persona trabajadora para acceder a indemnizaciones por los daños provocados por actos violentos. (Punto III, apartado 14 Recomendación n° 206).

De igual forma que en materia de capacitación y formación en género, se reafirman obligaciones jurídicas ya asumidas por el Estado

argentino respecto al derecho de todas las personas trabajadoras de acceder a la justicia mediante recursos judiciales sencillos y rápidos y la necesidad de investigar, sancionar y reparar para prevenir la impunidad (34).

A su vez, la norma internacional, al contemplar las consideraciones de género alude al deber de diligencia del Estado y la protección jurídica que debe dispensar a la mujer y que proviene de obligaciones establecidas en la *Cedaw* (art. 2°), en *Belém do Pará* (arts. 4°, 7° y 8°) y en la ley 26.485 que contienen directivas expresas para garantizar la posibilidad de acceder a la justicia en concordancia con lo prescripto por la Constitución Nacional y Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (art. 14 *bis*, 19 y 75, inc. 22).

La ley de Contrato de Trabajo, como ya se expresara, no contempla la violencia laboral pero cuando en la relación contractual laboral se configura una conducta ilegítima reconocida como un acto de violencia laboral, las víctimas poseen un amplio plexo de normas protectorias integradas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos fundamentales, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la ley de Contrato de Trabajo y sus leyes complementarias o normas generales como la ley 23.592.

Pero en el caso de que la víctima sea una mujer, rige la ley 26.485 que se armoniza con los conceptos que suministra la *Cedaw*, de jerarquía constitucional, las Recomendaciones números 19 y 35 adoptadas por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para sancionar, prevenir y erradicar la violencia contra la mujer (*Belém do Pará*), que posee rango superior a las leyes.

Ante situaciones de violencia, a los efectos de la reparación del daño, el reproche jurídico encuentra sustento en el art. 14 *bis* de la CN que garantiza condiciones dignas y equitativas de trabajo; en los Tratados Internacionales de De-

rechos Humanos que integran el bloque federal constitucional; en normas del Derecho Civil que contempla la reparación integral (arts. 1716, 1741 y 1749), en la ley 23.592 que sanciona los actos discriminatorios y si la víctima es una mujer, en la ley 26.485 cuyo art. 35 faculta a la víctima de violencia a reclamar la reparación civil por daños y perjuicios.

En definitiva, la reparación del daño, en supuestos de violencia laboral no se encuentra limitada a una indemnización tarifada, propia del derecho del trabajo, sino que se acude al derecho común para establecer indemnizaciones integrales adecuadas al daño causado que se insertan en lo previsto por el Convenio 190, art. 10, inc. e y sugerencias de la Recomendación 206 (Capítulo III art. 14).

IX. A modo de conclusión

La importancia de esta norma internacional en la lucha contra el flagelo de la violencia en el mundo del trabajo es particularmente significativa. Su aprobación por el Estado argentino permitió integrarla a las fuentes del Derecho del Trabajo y como derivación de la reforma constitucional de 1994 goza de jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

La legislación argentina, en algunos supuestos, puede brindar respuestas adecuadas a las directivas del Convenio 190 y de la Recomendación 206 que lo complementa, sin embargo, en otros casos, ya sea por la multiplicidad de normas, el tiempo transcurrido desde su sanción o por no respetar los principios protectores y de progresividad del derecho del trabajo, se alejan de la realidad e invisibilizan las cuestiones vinculadas al género, lo cual conduce a propiciar la adopción de acciones legislativas para su adecuación al instrumento internacional.

La actividad sindical ocupa un lugar preponderante en la lucha contra la violencia en el ámbito de las relaciones laborales. La negociación colectiva con la participación de todas las partes involucradas y en particular de la mujer, pero en paridad de género, posee la fuerza suficiente para obtener respuestas adecuadas que revitalicen el derecho de toda persona a contar con un trabajo decente, a vivir una vida digna y sin condicionamientos.

(34) CIDH Relatoría de los derechos de la Mujer: "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas" Disponible en: www.ciah.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm - Oea/ser.L/V/II. Doc.68 20/01/2007.

La solidaridad en los supuestos de subcontratación y delegación, la incidencia del Código Civil y Comercial

Luis Francisco Márquez Chada (*)

Sumario: I. Prólogo. Estructura lógica de la exposición.— II. Preliminar. Dialogo de fuentes; Autonomía del derecho laboral. Integración.— III. Solidaridad en el Código Civil y Comercial.— IV. Solidaridad laboral.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía general.

I. Prólogo. Estructura lógica de la exposición

A modo de introducción, quiero destacar que el presente trabajo se propone realizar un abordaje transversal de la solidaridad en los supuestos de subcontratación y delegación contemplados en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT), y la posibilidad de la extensión de la condena al Estado.

En este orden de ideas, no puede perderse de vista que el instituto de la solidaridad no resulta propio del ámbito del derecho del trabajo, sino que encuentra sustento regulatorio en el derecho común, sin perjuicio de los matices que son propios del régimen protectorio laboral.

En función de lo expuesto, una primera aproximación al eje temático que constituye objeto del presente trabajo se ocupará de definir el concepto de solidaridad —propio del derecho privado— en tanto de allí deriva la esencia del

instituto bajo estudio. Seguidamente se pasará a analizar los caracteres que le son propios y determinan la naturaleza jurídica del instituto, a efectos de poder discernir —ante casos concretos— por vía deductiva si nos encontramos ante un supuesto de obligación solidaria. Asimismo, se tratarán los efectos que son propios a esta especie de obligaciones.

A partir de allí se efectuará el distingo entre solidaridad activa y pasiva, siendo esta última la especie la que cobra relevancia en el ámbito del derecho del trabajo. Adunado a ello, en función de los principios que informan el Derecho Laboral, se erige la norma como principal fuente de solidaridad en la materia.

En este orden de ideas, se ingresará en el estudio del supuesto previsto por el art. 30, LCT, desde la perspectiva normativa y jurisprudencial, integrando el citado precepto con el contenido y alcance otorgado por el Código Civil y Comercial de la Nación al instituto de la solidaridad. En efecto, se contrastará el plexo normativo especial con el tratamiento otorgado por el novel digesto.

Seguidamente, se ingresará en el tema de la extensión de la responsabilidad solidaria al Estado, así como pronunciamientos del Címero Tribunal de la Nación.

(*) Abogado (UCA). Doctorando en Derecho (UBA). Especialización (en curso) en Derecho Tributario (UCA), para la Magistratura (UCA), en Derecho de Daños (UCA), en Derecho del Trabajo (UCA), en Derecho Sucesorio (UNR) y en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia (UCA). Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Alma Mater Studiorum, Università di Bologna). Juez de primera instancia del Juzgado Civil y Comercial con competencia laboral en el departamento de Victoria, provincia de Entre Ríos.

Finalmente se planteará la conclusión del suscripto en lo que concierne al supuesto de solidaridad pasiva de fuente legal previsto por el art. 30 de la LCT. En tal sentido, en las glosas venideras se evaluarán los conceptos desde la perspectiva de la función económica acordada al instituto que consiste principalmente en extender la responsabilidad por incumplimiento obligacional a favor del acreedor que, en la materia resulta ser el trabajador, es sujeto de especial tutela.

Es menester, a criterio del suscripto, no ahondar en extensas reseñas históricas que nada adunan al tema planteado. En tal sentido, no es mi intención incurrir en una mera compilación de textos, siendo que el lector puede acudir a prestigiosos autores que abordan tales perspectivas de manera más acabada y solvente en lo que atañe a la materia.

II. Preliminar. Dialogo de fuentes; Autonomía del derecho laboral. Integración

Cabe destacar que el diálogo de fuentes propuesto por nuestro novel Código Civil y Comercial (que sirve de sustento al derecho privado en general) impone los jueces el deber de apreciar las circunstancias de hecho a la luz de un plexo normativo amplio, valiéndose de disposiciones ajenas a la hermenéutica de la correspondiente rama del derecho (en este caso laboral) para fundar las decisiones judiciales. Pues de lo contrario se obstaría un análisis minucioso que podría obrar en detrimento del valor justicia, que constituye el norte de la actividad jurisdiccional, que, en razón de la materia, es excitada por la labor abogadil.

En el sentido antes expresado, la armonización de fuentes que se busca en la respuesta jurisdiccional ha sido expresamente contemplada en la codificación civil y comercial nacional en los art. 1° y 2°. Ello necesariamente conduce a una interpretación de la norma con una mirada integradora del sistema jurídico en donde se halla inserto el caso, no solo de la aséptica subsunción de este en la norma aislada.

Desde la perspectiva de la autonomía del derecho del trabajo, no existe controversia en que dicha rama del derecho presenta autonomía científica, en tanto el trabajo humano y sus consecuencias tienen su campo de estudio, doctrina, axiología e institutos propios. Como

asimismo cuenta con autonomía legislativa, dado el atomizado marco normativo nacional, que se reoalimenta con la autonomía científica.

Sin embargo, no podemos desconocer, en la medida que resulta necesario recurrir a institutos propios de otras ramas del derecho a efectos de determinar el alcance y contenido de la norma laboral, que dicha autonomía deviene relativa. Ello no implica dimitir de la naturaleza propia del derecho del trabajo, sino que, por el contrario, dicha interdependencia guarda vinculación con el principio de unidad del derecho.

Adunado a ello, atento que el derecho laboral establece un régimen acotado al tipo de relaciones que pretende regular, no aspira a una integralidad que permita prescindir de otras ramas del derecho. En función de la complejidad que adquieren las relaciones de trabajo, su incidencia en la economía y la trascendencia que representa dicha conducta social en el ámbito privado el derecho del trabajo se vale de instituciones propias del Derecho Público —a modo de ejemplo, las relativas al sistema de previsional y de la seguridad social— como del Derecho Privado —v.gr. Código Civil y Comercial—.

Ahora bien, toda vez que resulte necesario remitirse a una norma de derecho privado, esta deberá ser escrutada de manera tal que su aplicación quedará supeditada a que no resulte incompatible con los principios elementales del derecho del trabajo. Aquí resulta indispensable recordar que la cimentación del derecho laboral se encuentra dada por el principio protectorio, que sirve de andamiaje al principio de irrenunciabilidad y el orden público laboral que sostiene pisos mínimos sobre los cuales la autonomía de la voluntad no puede avanzar.

III. Solidaridad en el Código Civil y Comercial

III.1. Concepto y caracteres de la solidaridad

El art. 827 del Cód. Civ. y Com. brinda el concepto de obligaciones solidarias al decir “Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”. De allí que la jurisprudencia haya

sinetizado que resulta inherente a la naturaleza de esta especie de obligaciones —en materia de efectos— la existencia de unidad de la prestación con pluralidad de vínculos.

De la definición que brinda el precepto citado, es posible inferir los caracteres que son propios a este tipo de obligaciones, a saber: la pluralidad de sujetos, la unidad del objeto y la fuente, así como el carácter expreso. Resulta insoslayable conocer las notas distintivas de este tipo de obligaciones a efectos de advertir cuando se configura la solidaridad en el caso particular. Seguidamente paso a reseñar brevemente el alcance y contenido de estos elementos esenciales.

En lo atinente a la pluralidad de sujetos, el elemento tipificante no reporta mayores controversias desde que implica que la solidaridad es una especie de mancomunación lo que conlleva la necesidad de la existencia de pluralidad de acreedores o deudores, dependiendo si estamos ante supuestos de solidaridad activa o pasiva, respectivamente.

En lo concerniente a la unidad de objeto, refiere a que todos los acreedores o deudores se encuentran vinculados respecto a una misma prestación y, consecuentemente, una vez pagada la obligación se extingue para todos. En lo tocante a la unidad de fuente, implica que la obligación solidaria se origina en mismo hecho o título justificante para todos los sujetos.

Finalmente cuadra destacar que, atento que en nuestro régimen jurídico la solidaridad es un instituto de carácter excepcional, se requiere que esta sea expresa. En el sentido antes expresado, el art. 828, Cód. Civ. y Com. establece: “La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación”. De allí se colige que, si bien no resulta necesaria la utilización de fórmulas sacramentales, resulta indispensable que la expresión sea manifiesta y asertiva de la solidaridad. Es decir que debe resultar indiscutible, sea que emane de la ley o de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Consecuentemente con ello la solidaridad no se presume, y atento la interpretación restrictiva que rige la materia, en caso de duda se reputará como no encuadrable en dicha categoría. La codificación nacional, en miras al principio *favor debitoris*, prefirió en

todo caso no agravar la situación de los obligados mancomunadamente.

Capítulo aparte merece el tratamiento de un aspecto de las obligaciones solidarias respecto del cual la doctrina autoral no resulta pacífica, sea en admitir o rechazar como esencial a estas, a saber: la existencia de unidad o pluralidad de vínculos. En estos términos cabe advertir que están, por un lado, los partidarios de la pluralidad de vínculos que consideran que estos se encuentran coligados por una variedad de relaciones unidas. Como contrapartida, la corriente que propone la unidad considera que cada uno debe cumplir con la totalidad independientemente de los matices circunstanciales que diferencian a los sujetos obligados. Quienes sostienen esta postura, en que se enrola Luis Moisset de Espanés (1), consideran que en este tipo de obligaciones existe unidad de vínculo con pluralidad de situaciones subjetivas, en el entendimiento que una posición en contrario implicaría considerar que existe pluralidad de obligaciones. En tal sentido, la obligación se origina en una única oportunidad que necesariamente debe ser la que prevé la norma o la que emerge de la voluntad de las partes.

III.2. Clasificación de la solidaridad

La solidaridad puede ser: *activa*, que implica que cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la prestación, o *pasiva*, cuando cualquiera de los deudores debe cumplir la obligación plenamente.

En otras palabras, la solidaridad es pasiva cuando la obligación resulta contraída por varios deudores, cada uno de los cuales está precisado a satisfacer al acreedor la totalidad de la prestación debida. Como contrapartida, la solidaridad activa implica que varios acreedores tienen derecho de exigir, cada uno por sí, el cumplimiento total de la obligación.

La clasificación reseñada resulta medular desde el punto de vista de la función de la solidaridad, según cada supuesto. En dicha tesitura la finalidad de la solidaridad activa resulta ser facilitar el cobro de la prestación, mientras

(1) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Reformas en materia de solidaridad”, JA 1969-I-73.

que la solidaridad pasiva propende a asegurar el pago de la prestación.

En el temperamento indicado resulta menester citar a Messineo (2), por cuanto el referido autor pone de resalto que la ventaja práctica que entraña la solidaridad pasiva consiste en poner a disposición del acreedor varios patrimonios para satisfacer una misma prestación. En el presente trabajo, es esta especie de solidaridad la que adquiere singular relevancia, y por lo tanto será objeto de abordaje en las siguientes glosas.

Por su parte, la finalidad de la solidaridad activa tiene una finalidad menos trascendente, por cuanto solo se encamina a facilitar la reclamación de todo el crédito a cualquiera de los acreedores.

Sin embargo, cuadra destacar que el entramado de vínculos, tanto en la faceta activa de la solidaridad como en la pasiva, se dirigen a la obtención de una finalidad común, que es el cumplimiento de la prestación y la consiguiente extinción de la obligación.

III.3. Fuentes de solidaridad

Si bien ya me he referido al carácter expreso que detenta la solidaridad, de conformidad a lo establecido por el art. 828, Cód. Civ. y Com., me parece pertinente efectuar un análisis en ciertos aspectos relevantes en lo atinente a la materia de fuentes de la solidaridad.

En el sentido antes expresado, cuadra destacar que los supuestos de solidaridad que surgen como consecuencia de la autonomía de la voluntad pueden provenir tanto de la convención de las partes en los contratos o bien de la voluntad del testador en disposiciones testamentarias. Además de las consideraciones vertidas en torno al carácter expreso, se avisora la posibilidad —con sustento en la libertad contractual— que las partes estipulen la intensidad de la solidaridad según se trate de cada obligado.

En materia laboral, interesa la perspectiva de la solidaridad de fuente legal, a cuyo análisis me avocaré en el presente. En este sentido, es dable

destacar que la solidaridad legal —de tipo pasiva, por cierto— se impone en los supuestos en que el legislador interesa otorgar una tutela especial al acreedor, en orden a asegurar a este el cobro del crédito. En esta tesitura, el dispositivo legal que determine la solidaridad pasiva no se encuentra relevado de establecer inequívocamente el supuesto que le da origen en forma expresa.

Efectuados los análisis de la fuente de la solidaridad, se impone el tratamiento de la prueba de la solidaridad en caso de configurarse dichos supuestos. En este orden de ideas, en el caso de los supuestos de fuente legal, bastará la mera invocación de la norma y la prueba deberá dirigirse únicamente a demostrar que se configura el supuesto tipificado legalmente. Por su parte, ante un supuesto de solidaridad que reposa en la autonomía de la voluntad, cargará con la prueba —tanto del instrumento como de encontrarse subsumido en el supuesto contemplado en este— quien pretenda su existencia. A tales efectos, la parte interesada podrá valerse de una amplitud de medios probatorios.

En cuanto a la presunción respecto a la existencia de solidaridad, cabe decir que se sustenta en una prueba compuesta de diferentes elementos, que llevan por vía de “inferencia” a la conclusión presuncional (3). Por lo tanto, se puede decir que inferir en realidad implica obtener una presunción, partiendo para ello de indicios que se sostienen en hechos reales, probados, precisos y concordantes. En tal sentido, los indicios son las premisas del razonamiento inductivo y, por consiguiente, no aspiran a demostrar la verdad sino la probabilidad lógica prevaleciente, como sostiene el autor que se sigue y son juzgados por la regla de la sana crítica. Con base en ello, y atendiendo a la naturaleza del instituto que impone una interpretación restrictiva, cabe decir que salvo que exista una presunción legalmente establecida en la solidaridad de fuente legal, deberá estarse a la regla que rige la materia y que determina la ausencia de solidaridad.

Finalmente, y vinculado con los temas tratados con antelación, resulta menester destacar que la sentencia judicial no constituye fuente de solidaridad, atento que no ha sido consagrado

(2) MESSINEO, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 412.

(3) FALCÓN Enrique, "Tratado de la Prueba", Astrea, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. actualizada, t. II, ps. 745/770.

en la norma bajo estudio, debiendo quien ejerce la magistratura limitarse a constatar si, en el caso llevado a su conocimiento, se verifican los presupuestos legales o convencionales, en base y en mérito a la prueba producida por las partes. En caso de duda, se erige como principio en la materia, que la obligación deba ser considerada como simplemente mancomunada.

III.4. Efectos propios de la solidaridad pasiva

En base a las consideraciones efectuadas, me avocaré únicamente a los efectos en lo que atañe a la solidaridad pasiva, por cuanto —como he dicho— es la que interesa al ámbito del derecho del trabajo. Dichos efectos tienen consagración normativa en los art. 833 a 843, Cód. Civ. y Com.

Resulta preciso hacer un distingo entre los efectos verticales, que son los que se producen entre la parte deudora y la acreedora, y los horizontales, que resultan ser los que se producen internamente al grupo y cuya virtualidad adquiere trascendencia una vez extinguida la obligación.

A su vez, dentro de la primera categoría, surge una nueva clasificación denominada efectos esenciales y accidentales. En lo que atañe a los efectos esenciales, son los que resultan propios a la propia naturaleza de esta especie de obligaciones. En lo concerniente a los efectos accidentales, como su nombre lo indica, si bien afectan su normalidad, obedeciendo dichas mutaciones a la autonomía de la voluntad, no alteran la esencia de la solidaridad.

Con el afán de lograr una mayor claridad expositiva, primeramente, abordaré los efectos verticales de la solidaridad pasiva, en sus dos perspectivas —esenciales y accidentales— para luego pasar a reseñar las cuestiones atinentes a los efectos horizontales o internos.

III.4.a. Efectos verticales-esenciales

III.4.a.i. Exigibilidad (4)

El acreedor tiene la facultad de elegir libremente contra quien dirigirá su acción encaminada a lograr el cumplimiento de la prestación

debida. En función de lo establecido por el 833 Cód. Civ. y Com. —cuyo tratamiento en materia laboral será analizado en el apartado D.4.) *ut infra*— el acreedor puede entablar su acción contra los deudores solidarios en forma conjunta y simultánea, dando lugar a un litisconsorcio pasivo facultativo; o bien sucesiva en orden a exigir el cumplimiento íntegro de la obligación. Del ejercicio de esta facultad por parte del acreedor, se plantean tres situaciones, a saber:

1. Que el acreedor perciba íntegramente la prestación. Ante esta situación se extingue la obligación por pago y ello propaga sus efectos, se agota el efecto vertical en sí mismo y quedan pendientes los efectos internos del grupo, y en su caso la posibilidad del planteo de acciones de regreso, de corresponder.

2. Que renuncie parcialmente a la solidaridad percibiendo la parte proporcional de un deudor respecto del crédito. Dicho supuesto conlleva la subsistencia de la acción contra los restantes deudores por la totalidad de la deuda previa deducción de lo percibido, en los términos consagrados normativamente en el art. 837, Cód. Civ. y Com. Sin embargo, surge la disyuntiva —en materia del derecho del trabajo— respecto a la validez o invalidez de la renuncia relativa a la solidaridad, en función de lo dispuesto por el art. 12, LCT.

3. Que no perciba el crédito. Si bien parte de la doctrina autoral atribuye al presente supuesto el agregado de la insolvencia del codeudor solidario, ello no modifica la facultad de accionar contra los demás deudores, que constituye el principio general de esta especie de obligaciones. En tal sentido podría prescindirse la causa que motivó el obrar omisivo respecto de la cancelación de la deuda, dado que no se requiere la insolvencia del codeudor como requisito para entablar la acción contra los demás integrantes del grupo obligados solidariamente.

III.4.a.ii. Pago

El pago efectuado por un codeudor al acreedor solidario, resulta el efecto extintivo por excelencia de este tipo de obligaciones. Se rige por las reglas generales que informan la materia y, a tal efecto cobran especial relevancia los criterios

(4) MÁRQUEZ, José Fernando, "Solidaridad, litisconsorcio y beneficio de las excepciones", LA LEY 2001-F-322, N°3.

de integridad e integridad establecidos expresamente en el novel digesto.

III.4.a.iii. Novación

De conformidad a lo estipulado en el art. 835, inc. b) del Cód. Civ. y Com., la novación de la obligación concertada entre un deudor y un acreedor propaga los efectos y extingue la obligación respecto de los demás codeudores. Dicho efecto constituye una consecuencia lógica de la estructura del entramado de vínculos jurídicos propia de las obligaciones solidarias, como asimismo se desprende de la unidad de la prestación debida, lo que se erige como objeto obligatorio. De allí que si el acreedor encuentra satisfecho su interés mediante la concertación de una nueva obligación, la primitiva se desvanece y con ello extingue sus efectos respecto a los demás codeudores.

III.4.a.iv. Compensación

En el mismo sentido que lo expresado en el apartado anterior, y con sustento en idéntica disposición normativa —art. 835, inc. b), Cód. Civ. y Com.—, la compensación también conlleva el efecto extintivo de la obligación solidaria. Ello trae aparejado que cualquiera de los deudores puede oponer la compensación del crédito que cualquiera del grupo tenga contra el acreedor demandante. Existe una excepción a dicha regla —consagrada en el art. 130 de la LCQ— que implica que, ante la declaración de quiebra de un codeudor, solo produce efectos la compensación operada con anterioridad a la Sentencia declarativa de dicho estado. Ello deviene lógico desde que con la declaración de apertura del proceso falencial se produce el desapoderamiento de los bienes —en sentido lato— del deudor y ello impide la posibilidad de disponer de dicho crédito a efectos que se produzca la compensación, debiendo tomarse la sentencia que declara la quiebra como hito temporal.

III.4.a.iv. Remisión de deuda

En la misma tesitura indicada en los dos acápites que anteceden, la remisión de deuda —en función de lo previsto por el art. 835, inc. b), Cód. Civ. y Com.— conlleva la propagación de sus efectos, dado el principio de unidad de la

prestación debida y la naturaleza del vínculo, y por lo tanto extingue la obligación solidaria.

No obstante ello, en lo que atañe a las obligaciones solidarias en el ámbito del derecho del trabajo, resulta pertinente destacar que el art. 12, LCT, a partir de la reforma introducida por ley 26.574 (BO del 29/12/2009) amplió su ámbito de aplicación, a efectos de evitar que el trabajador renuncie a sus derechos debido al menor poder negocial producto de la asimetría de condiciones de las partes en el contrato de trabajo. Que dicho principio, debe interpretarse dentro de un contexto normativo, que brinda un marco de tutela a la parte débil de la relación, conformado además por las disposiciones contenidas en los art. 7°, 13, 15 y 58, LCT.

La irrenunciabilidad prevista por el art. 12, LCT, resulta comprensiva de derechos que surgen de normas imperativas y supletorias, así como de contratos individuales resultando —*ergo*— indisponibles y por lo tanto ni siquiera podría variarse su alcance ni contenido, sin afectar los derechos del trabajador en su detrimento.

El supuesto bajo estudio y todo acuerdo *inter partes*, con independencia del ropaje jurídico otorgado —en atención al principio de primacía de la verdad material consagrado en el art. 16, LCT—, que pudiera traer aparejada una renuncia de derechos se encuentra vedado por imperio del art. 12, LCT, sea esta explícita o ínsita, siendo dable ante el último supuesto aplicar el art. 14, LCT.

Sin perjuicio de lo esgrimido con antelación, y atendiendo la finalidad económica del instituto bajo estudio, en cuanto la solidaridad tiende a ampliar la garantía del crédito, siempre que no acarrear un perjuicio concreto al trabajador —al brindarse garantía suficiente de la satisfacción de la obligación— podría reputarse válida la remisión respecto a los deudores alcanzados por la disposición legal que se trate. En tal sentido, a efectos de que exista nulidad —en los términos consagrados por el art. 12, LCT— se debe verificar en el caso concreto el perjuicio que la remisión acarrea, lo que, en materia de solidaridad, implica una merma en la garantía de pago del crédito laboral.

III.4.a.v. Dación en pago

Este supuesto, también contemplado en el art. 835, inc. b), también propaga efectos expansivos y conlleva la extinción de la obligación. Sin embargo, en lo que concierne al derecho del trabajo, cabe efectuar ciertas observaciones pues el pago en especie resulta excepcional y limitado atento la naturaleza alimentaria que reviste el crédito laboral.

En el sentido expresado, la LCT establece una norma especial en lo atinente a la imputación de pagos por parte del deudor, a la vez que establece como regla que la remuneración debe ser abonada en dinero de curso legal, cuyo fundamento resulta estrictamente protectorio del trabajador. La transgresión a la norma contenida en el art. 107, LCT, resultaría violatoria del orden público laboral y conllevaría su directa aplicación sobre la cláusula convencional concertada. La mencionada disposición normativa reza: “Las remuneraciones que se fijen por las convenciones colectivas deberán expresarse, en su totalidad, en dinero. El empleador no podrá imputar los pagos en especies a más del veinte por ciento del total de la remuneración”. La limitación señalada debe ser especialmente considerada ante el supuesto bajo estudio, so pena de transgredir disposiciones de orden público, afectando el efecto de esta modalidad de efectuar el pago lo que podría obstar su validez; y como consecuencia de ello el efecto liberatorio que representa.

III.4.a.vi. Confusión

La confusión operada entre un codeudor solidario y el acreedor encuadra dentro del supuesto previsto en el art. 835, inc c), Cód. Civ. y Com. En caso de que opere la confusión, esta produce efectos personales expansivos y solo extingue la cuota de la deuda que corresponde a este, subsistiendo la obligación solidaria por el saldo insoluto. Intuyo que tal podría ser el caso del socioempleado, aunque se avisa una ínfima posibilidad de aplicación práctica de este supuesto previsto en la norma de derecho común al Derecho del trabajo, máxime teniendo en miras lo expresado en el párrafo que antecede en lo que concierne al pago e imputación del crédito laboral.

III.4.a.vii. Transacción

Atento la claridad expositiva de la misma norma, cabe estarse a lo allí dispuesto. Por lo tanto, el art. 835, inc. d), dispone: “Con sujeción a disposiciones especiales, los modos extintivos inciden, según el caso, sobre la obligación, o sobre la cuota de algún deudor solidario, conforme a las siguientes reglas: (...) d) la transacción hecha con uno de los codeudores solidarios, aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta”. En resumidas cuentas, si la transacción celebrada entre un deudor y el trabajador acreedor reporta un beneficio a los codeudores solidarios, estos pueden invocarla y hacerla valer frente a este último.

Aquí cobra especial relevancia conocer el alcance del concepto de transacción que, si bien reviste naturaleza contractual —de conformidad a lo previsto en el art. 1641, Cód. Civ. y Com.—, no puede desconocerse que el propio digesto pone un coto a esta —en el art. 1644, Cód. Civ. y Com.— estableciendo expresamente como prohibición el avasallamiento del orden público y los derechos irrenunciables. Ello significa un reenvío a las normas que rigen la materia las cuales, si bien resultan anteriores a la reforma del Código Civil y Comercial, motivaron su redacción actual. Por lo tanto, de conformidad a lo dispuesto por el art. 15, LCT, la validez de los acuerdos transaccionales se encuentra sujeta a una resolución fundada —por parte de la autoridad judicial o administrativa— que la solución adoptada convencionalmente por las partes representa una justa composición de los derechos de los otorgantes del acto.

III.4.b. Efectos verticales-accidentales

III.4.b.i. Incumplimiento y mora Responsabilidad. Dolo

Tanto el incumplimiento imputable a un deudor (del grupo) como la mora propagan sus efectos a los restantes codeudores y los obliga a responder “por el equivalente de la prestación debida y la indemnización de daños y perjuicios” —conf. 838 Cód. Civ. y Com.—. Ahora bien, conforme establece la citada norma, existen consecuencias agravadas para el caso de dolo de un incumpliente, respecto de las cuales los demás codeudores no se encuentran

obligados a soportar. En el sentido antes expresado, mientras que normalmente los deudores solidarios responden, con el alcance dado por el 1726 y 1727 Cód. Civ. y Com., por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles del incumplimiento obligacional (aspecto que debe ponderarse al momento de la celebración), los deudores que actúan con dolo tienen un plus consistente en dar cuenta por el daño suplementario que dichas consecuencias generen (aspecto que debe ponderarse al momento del incumplimiento mismo). No obstante ello, es dable poner de resalto que, en materia laboral, no cuadra efectuar la disquisición en torno al alcance de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de fuente contractual establecido en el art. 1728, Cód. Civ. y Com., en el entendimiento que en el derecho del trabajo lo que adquiere singular relevancia es la obligación solidaria de fuente legal.

III.4.b.ii. Prescripción

En lo que atañe a la interrupción de la prescripción, en atención a lo previsto por los art. 2544 y 2549, Cód. Civ. y Com., la misma propaga sus efectos perjudicando al total de codeudores solidarios y beneficiando —*ergo*— a todos los acreedores.

Por su parte, la suspensión del decurso del plazo de prescripción liberatoria, conforme establece el art. 2539 y 2540 Cód. Civ. y Com. de la Nación, operada entre el acreedor y cualquier codeudor solidario propaga sus efectos en relación con los restantes.

III.4.b.iii. Muerte de codeudor solidario

El art. 843, Cód. Civ. y Com., dispone: “Si muere uno de los deudores solidarios y deja varios herederos, la deuda ingresa en la masa indivisa y cualquiera de los acreedores puede oponerse a que los bienes se entreguen a los herederos o legatarios sin haber sido previamente pagado. Después de la partición, cada heredero está obligado a pagar según la cuota que le corresponde en el haber hereditario”. A partir de allí es dable efectuar ciertas consideraciones en cuanto a la concordancia normativa que resulta trascendente a efectos de interpretar el dispositivo legal citado.

Como punto de partida, cabe destacar que el ingreso de la deuda a la masa indivisa resulta la aplicación concreta del principio general consagrado en el art. 2359, Cód. Civ. y Com., al cual me remito en vocación de ser breve.

Ahora bien, cobra singular importancia el hecho que los herederos del causante —codeudor solidario— seguirán obligados conjuntamente por la totalidad de la prestación exigible a este. Sin embargo, para reclamar la totalidad de la prestación debida el acreedor deberá entablar la acción contra todos los coherederos conjuntamente, puesto que de no hacerlo de esta manera solo podría exigir a cada uno la cuota que le corresponda según su haber hereditario.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la muerte del codeudor solidario no conlleva el cese de la solidaridad, el acreedor podría dirigir su acción contra cualquier coobligado.

III.4.b.iv. Insolvencia

Como ya se ha dicho, la insolvencia de un codeudor no afecta al acreedor, a quien le asiste el derecho de accionar contra los restantes obligados solidarios. Sin embargo, internamente —cuestión que será tratada más adelante, apartado III.4.c.— vale decir que será soportada por los codeudores a prorrata fijada conforme el interés de cada miembro del grupo en la deuda.

Como consecuencia de la imposibilidad de proyectar los efectos de una convención a terceros, la dispensa de solidaridad efectuada por el acreedor a un codeudor solidario no releva a este la obligación de contribuir, en los términos expresados al enunciar el principio general, ante la insolvencia de algún coobligado solidario.

III.4.c. Efectos horizontales

Dentro de las relaciones internas, resulta pertinente analizar la acción de contribución como tal, así como las contingencias que se presentan dentro del grupo de coobligados solidarios.

III.4.c.i. Acción recursoria, de regreso o de contribución

Se encuentra contemplada en el art. 840, Cód. Civ. y Com. en cuanto dispone en su parte pertinente: “El deudor que efectúa el pago puede

repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda (...)”. En tal sentido el novel código acuerda al deudor que pagó la deuda solidaria, en los términos previstos por el art. 835, inc. a) y b), la facultad de reclamar a los coobligados la parte que les corresponde de esta.

En función de las particulares circunstancias que sirvieron como factor de cohesión u origen de la relación interna que vincula a los codeudores entre sí, será el pagador quien conserva la facultad de elección de la acción de regreso que reputa más conveniente a sus intereses. En cada caso, conforme las razones de hecho y derecho que abonen su postura, el accionante podrá optar por canalizar su pretensión: sustentada en la relación jurídica que vincula a los codeudores entre sí, con basamento en el art. 841, Cód. Civ. y Com.; o bien recurrir a las reglas que rigen el pago por subrogación previstas en los art. 915 y 919, Cód. Civ. y Com.

A todo evento, cobra especial trascendencia el alcance o medida de la contribución que resulta objeto de la pretensión actoral en esta estirpe de acciones. A tal efecto, el art. 841, Cód. Civ. y Com. establece expresamente las pautas, estableciendo un orden de prelación que despeja cualquier duda en torno al tema. En dicho temperamento, la norma prevé que en primer lugar debe estarse a lo pactado, dando primacía a la autonomía de la voluntad. En ausencia de convención, corresponde estarse a la fuente y finalidad de la obligación o bien la causa de la responsabilidad. En defecto de ello, cobra relevancia la relación de los interesados entre sí. Ante la imposibilidad de determinar en el caso particular dicha particularidad, deberán considerarse “las demás circunstancias”, concepto que resulta flexible a la vez que ambiguo. Finalmente, el mismo artículo en su último párrafo prevé —subsidiariamente— que, ante la imposibilidad de determinar las cuotas de contribución en base a las pautas antes reseñadas, “se entiende que participan en partes iguales”.

III.4.c.ii. Insolvencia de un codeudor

Adquiere relevancia a los efectos previstos por el art. 842, Cód. Civ. y Com., el hecho que un codeudor solidario devenga insolvente. Ante dicho supuesto, el codeudor solidario que paga la

totalidad de la prestación puede entablar la acción de reintegro, debiendo cubrirse la cuota del deudor insolvente por todos los coobligados solidarios a prorrata de su interés en la deuda. En el pleito judicial que se entable, corresponderá al accionante cargar con la prueba de la insolvencia del codeudor a efectos de que se active el dispositivo legal consagrado en el art. 842, Cód. Civ. y Com.

Cabe destacar que ante la dispensa de solidaridad otorgada por un acreedor a un codeudor solidario, no altera la obligación de este último respecto al grupo ante el caso de insolvencia de un codeudor solidario, lo que lo hace pasible de contribuir en la medida que se trate y en función de lo dispuesto en el párrafo anterior.

III.4.c.iii. Acción de recursoria ante hechos ilícitos

El art. 1751, Cód. Civ. y Com., establece los supuestos de responsabilidad directa con pluralidad de responsables “Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.” Ante el primer supuesto -obligaciones solidarias- si algún codeudor indemniza al damnificado, tiene acción de contribución contra los demás coobligados.

En cuanto a los ilícitos extracontractuales donde ha mediado una conducta dolosa de un codeudor solidario, no cabe extender dicha responsabilidad a los restantes coobligados por imperio de lo previsto en el art. 838 *in fine* en cuanto dispone: “Las consecuencias propias del incumplimiento doloso de uno de los deudores no son soportadas por los otros”. Ello sin perjuicio que se hace aplicable una norma prevista para la responsabilidad contractual a los ilícitos.

Esta disposición entra en pugna con el derecho del trabajo, en cuanto a que la solidaridad de fuente legal se establece con un claro fin sancionatorio de una conducta que se intenta disuadir, la que probablemente tenga cierta incidencia del dolo. Sin embargo, considero que debe primar el régimen especial, puesto que tampoco afecta las relaciones verticales (con el trabajador) sino las internas, resultando tras-

cendente la medida de la contribución entre los codeudores solidarios, y los argumentos que se planteen eventualmente en función de las relaciones internas del grupo.

III.5. Defensas en la solidaridad pasiva

El art. 831, Cód. Civ. y Com., prevé tres clases de defensas —en materia de obligaciones solidarias— que pueden ser opuestas por los deudores para repeler la acción de cobro del acreedor. Seguidamente paso a reseñar cada una:

III.5.a. Defensas comunes

Son defensas de carácter estrictamente objetivo y se relacionan con la obligación en sí misma. Por lo tanto, propagan sus efectos sobre todos los sujetos comprendidos en esta, siendo factible su invocación por cualquier integrante del grupo. Estas defensas pueden presentarse en el caso particular bajo manifestaciones diversas, a saber, se podría invocar: la extinción de la obligación (bajo cualquier causal), la ineficacia de esta, la existencia de una modalidad a la que puede encontrarse sujeta la obligación o bien la prescripción de la acción.

III.5.b. Defensas personales

Estas defensas, de carácter subjetivo, afectan al vínculo singular de alguno de los sujetos obligados sin propagar efectos hacia los restantes coobligados. A modo de ejemplo podría entenderse que se manifiestan estas ante la sujeción de la obligación a una modalidad especial en tanto afecte el vínculo respecto de un coobligado.

III.5.c. Defensas personales con efecto expansivo

Son defensas de carácter personal susceptibles de expandir limitadamente sus efectos hacia los codeudores y lograr una reducción del monto de la deuda hasta la concurrencia de la parte perteneciente en la deuda al codeudor que las puede invocar. Ello se encuentra expresamente previsto en el art. 831 Cód. Civ. y Com. y se presenta como ejemplo: la confusión entre acreedor y codeudor solidario (conf., art. 835, inc. c) Cód. Civ. y Com.

III.6. Cosa juzgada

En función de lo establecido por el art. 832, Cód. Civ. y Com., la sentencia dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, por cuanto no fueron parte del juicio. Sin perjuicio de ello, estos pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor —que si fue parte del pleito— siempre que la defensa no se sustente en circunstancias personales del codeudor demandado.

Por su parte, cabe destacar que en lo que concierne a la ejecución de la sentencia, en caso de resultar favorable al acreedor, solo podrá dirigir su acción contra el deudor que fue parte del pleito y no contra los coobligados que no fueron demandados en el principal. Ello así por cuanto las vicisitudes desfavorables del pronunciamiento jamás pueden alcanzar a quien no tuvo la oportunidad de comparecer y ejercer el derecho de defensa constitucionalmente consagrado.

III.7. Extinción de la solidaridad pasiva

La solidaridad pasiva cesa por renuncia que haga de ella el acreedor en favor de alguno de los codeudores —en los términos previstos por el 837 Cód. Civ. y Com.— o bien respecto de todos —conf. Establece el art. 836 Cód. Civ. y Com.—. En lo que atañe al primer supuesto —renuncia relativa—, solo propaga sus efectos respecto de alguno de los deudores y manteniendo la solidaridad respecto de los restantes. En consecuencia, el deudor a cuya solidaridad se renunció continúa siendo deudor, aunque en forma mancomunada, sin afectar la solidaridad de los restantes quienes continúan coobligados por el todo teniendo en miras la mera deducción de la cuota del liberado de esta. En función de ello el deudor dispensado de la solidaridad, no queda exento de una eventual acción de contribución. En cuanto a la forma de exteriorizarse la voluntad, esta renuncia puede ser efectuada en forma expresa o tácita.

En lo tocante al segundo supuesto —renuncia absoluta—, conlleva que el acreedor sin renunciar a su crédito dimite de la solidaridad transformándose la obligación en simplemente mancomunada, cuyo régimen sobreviene aplicable. Sus efectos se proyectan sobre todos los vínculos coligados. Por excelencia esta debe ser expresa, quedando la voluntad de abdicación de la solidaridad manifestada en forma inequív-

voca. Si bien podría admitirse que fuera tácita, el obrar en tal sentido debería ser acreditado en forma asertiva por quien lo invoque.

En ambos supuestos, en función de lo previsto por los art. 946 y 947, Cód. Civ. y Com., la renuncia a la solidaridad puede ser retractada mientras no haya sido aceptada por el deudor.

Finalmente, frente a la posibilidad de renunciar a la solidaridad pasiva en materia laboral, corresponde remitirme a lo expresado *ut supra* —principio de irrenunciabilidad abordado en el apartado III.4.a.v.— amén de no ser reiterativo, comentario al cual me remito con el afán de ser breve.

IV. Solidaridad laboral

IV.1. Introducción

Como ya se ha dicho, el marco regulatorio de la solidaridad en el derecho del trabajo tiene raigambre en el derecho común, que establece la naturaleza de dicho instituto. Por lo tanto, si bien la finalidad por la cual se instituyen los supuestos legales de solidaridad laboral se encamina a la protección del trabajador, ello no obsta a que —para que se configure— deba participar de los caracteres que le son propios a esta especie de obligaciones, que ya han sido reseñados con antelación [véase *ut supra* apartado III.1.].

En resumidas cuentas, el derecho del trabajo no modifica la naturaleza de las obligaciones solidarias en sí mismas, sino que se limita a establecer los supuestos en que se configura la solidaridad de origen legal. Cabe destacar que la solidaridad en el derecho del trabajo es de fuente legal y excepcionalmente podría existir la fuente convencional, desde que el trabajador, en relaciones en las que prima la asimetría —en términos generales—, no tiene poder negocial suficiente como para poder obtener dicha garantía.

Adunado a lo ya expresado en materia de efectos, al tratar expresamente dicho eje temático en el apartado III.4), resta destacar que a los dos efectos principales —la extinción de la obligación por pago y el derecho al cobro total—, debe considerarse conjuntamente con lo normado por el art. 260, LCT, en cuanto dispone que cuando el pago es parcial debe considerarse a cuenta de mayor valor. En tal sentido, una

armoniosa interpretación conduce a sostener que la obligación subsiste por el remanente con el mismo carácter solidario que detentaba previo el pago parcial. En dicha tesitura, la norma especial laboral limita el principio de derecho común que otorga efectos liberatorios al pago, lo que adquiere singular relevancia en el tema abordado.

IV.2. Finalidad

La solidaridad en el derecho del trabajo constituye una derivación lógica del principio protectorio. Asimismo, se encamina a prevenir maniobras fraudulentas. Por tanto, en este ámbito, se presenta como una herramienta para otorgar mayores garantías al trabajador en orden al cobro de sus créditos, sin perjuicio que no puede perderse de vista que el obligado al pago resulta ser el empleador.

Para el caso que nos ocupa, la finalidad del instituto se encuentra vinculada con la ampliación de la responsabilidad hacia terceros por incumplimientos laborales cometidos por el empleador. Dicha teleología, parte de la base de considerar que los terceros alcanzados pueden haberse beneficiado directa o indirectamente con la prestación laboral, cuya retribución se pretende garantizar. Partes de la doctrina autoral, considera que la gravosidad de la sanción genera un mayor compromiso en el cumplimiento cabal de las obligaciones laborales a su cargo, ante la eventualidad de ver comprometido su patrimonio como consecuencia de la conducta asumida por cocontratantes.

A mayor abundamiento, podría decirse que la solidaridad en el derecho del trabajo constituye un mecanismo razonable en orden a tutelar efectivamente el crédito de naturaleza laboral, que propende a desalentar las conductas fraudulentas o elusivas de la normativa especial entre los partícipes de un negocio común.

La efectiva consecución de los fines que se propone el legislador al prever los supuestos de solidaridad se plantea en un contexto económico y tecnológico dinámico que propone nuevos métodos de organización empresarial. En dicho temperamento, se presenta una realidad compleja, con un paradigma superador del antiguo

concepto de empleado y empleador, que puede resultar hostil al orden público laboral.

En el sentido antes expresado, el dinamismo que adquieren las relaciones de trabajo en la actualidad, las modalidades de interrelación empresarial, sumado a los vertiginosos cambios en materia de resguardo y movimiento de capital; ha tornado compleja la determinación del verdadero empleador y, en consecuencia, la atribución de obligaciones laborales a quien corresponda. Asimismo, la era digital, que ha llevado a la descentralización de la actividad empresarial, ha dificultado la injerencia estatal a efectos de fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral, y, por consiguiente, velar por su cumplimiento.

IV.3. Supuestos expresamente consagrados en la ley de contrato de trabajo

La legislación laboral se propone disuadir maniobras fraudulentas o evasivas valiéndose de distintos tipos de sanciones según sea el supuesto dado. A tal efecto, la norma prevé:

1. La nulidad de todo contrato en el que las partes hayan obrado con simulación o fraude a la ley laboral, rigiéndose la relación de trabajo por las previsiones contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo. Dicho supuesto se encuentra contemplado en el art. 14, LCT.

2. Estableciendo la relación de dependencia directa con quien se beneficia o aprovecha del trabajo, en los términos previstos por el art. 29, LCT.

3. Determinando la solidaridad de los sujetos intervinientes en el negocio, conforme establecen los art. 30 y 31, LCT.

Cabe decir que no resulta objeto de la presente analizar la totalidad de los supuestos precedentemente enunciados, pues excedería el cometido, sino que me limitaré a reseñar los aspectos relevantes del art. 30, LCT y, seguidamente la posibilidad de extender la responsabilidad solidaria, al Estado.

IV.4. Supuesto de subcontratación y delegación

IV.4.a. Art. 30, LCT. Preliminar

El art. 30, LCT, primer párrafo, establece: "Quienes cedan total o parcialmente a otros el

establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social".

A partir de lo expresado, surgen con claridad meridiana dos supuestos generadores de solidaridad de terceros respecto del principal, cuyo concepto dependerá de la convención que celebren los otorgantes, por las obligaciones emergentes de la relación de trabajo, lo que resulta inclusivo de las consecuencias que acarree la extinción de esta, como así también respecto de las obligaciones emergentes del régimen de la seguridad social.

En atención a la gravosidad de la sanción que impone la norma, y a efectos que el principal pueda efectuar el contralor del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros sindicados en el dispositivo legal —cedentes, contratistas o subcontratistas—, la norma impone expresamente una carga administrativa en cabeza del principal, cuyo incumplimiento hace nacer la solidaridad.

En el sentido antes expresado, la reforma introducida al art. 30, LCT, por el art. 17 de la ley 25.013 dispone que el principal debe exigir a sus cocontratantes, respecto de cada trabajador bajo su dependencia laboral, el número del Código Único de Identificación Laboral (CUIL), la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

En atención a que el empresario principal no puede delegar en terceros el cumplimiento de los recaudos señalados, ante el eventual incumplimiento del contratista o subcontratista, será el propio principal quien deba asumir la obligación de cumplimiento que se trate.

La razón de ser de dichos requerimientos legales apunta a no tornar ilusorio el cumplimiento patronal de las obligaciones laborales y de la

seguridad social, pues de lo contrario se allanaría el camino a la elusión normativa tornándose las normas en meras declamaciones que no modelan el obrar de quienes se encuentran alcanzados.

En efecto, la operatividad de la sanción dispuesta por el art. 30, LCT, surge ante la inobservancia de los requisitos previstos en el art. 17 de ley 25.013. Ello conduciría a sostener que, si se acredita haber efectuado el control establecido en el primer párrafo de art 30, LCT el principal podría deslindarse de toda responsabilidad. Sin embargo, la mencionada interpretación no cuadraría en el contexto señalado en el párrafo que antecede. De allí que el debate autoral se centre en si la obligación del principal es de medios o resultado. El Dr. Etala (5) se ha encargado de sistematizar las opiniones autorales diferenciando tres posturas, a saber:

a. Interpretación amplia: con una finalidad eminentemente pragmática, sus cultores esgrimen que resulta una obligación de resultado pues de lo contrario resultaría simple para el principal escindir de toda responsabilidad al demostrar meramente la compulsa de libros del contratista o una exhortación al cumplimiento.

b. Interpretación restrictiva: en sentido contrario, sus mentores entienden que resulta una obligación de medios y que deberá determinarse en el caso concreto, partiendo del criterio de debida diligencia, cual es el comportamiento apropiado del principal.

c. Tesis intermedia: esta postura viene a atenuar la tesis restrictiva, aunque comparte sus argumentos en lo que concierne se trataría de una obligación de medios. Sin embargo, entienden que existe un plus a la exigencia formal de verificar el cumplimiento de las obligaciones ya reseñadas, sino a compeler al contratista a que se cumplan so pena de incurrir en responsabilidad solidaria, por asumir los riesgos del cumplimiento del tercero contratista.

Hechas las aclaraciones precedentes, paso a enunciar los supuestos alcanzados por la norma bajo estudio, a saber: 1) la cesión total o parcial

del establecimiento o explotación habilitada a su nombre; y 2) la contratación y subcontratación, cualquiera sea el acto que le dé origen, de *trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento*, ya sea dentro o fuera de su ámbito.

IV.4.b. Supuestos de solidaridad art. 30, LCT

En este punto, adquiere singular relevancia determinar el alcance de cada caso, por cuanto —como hemos visto— la solidaridad debe ser inequívoca y su interpretación resulta restrictiva. En consecuencia, paso a analizar cada uno de los supuestos enunciados en el último párrafo del apartado anterior.

IV.4.b.i. Cesión total o parcial del establecimiento

La cesión —ya sea parcial o total— implica el ejercicio por un tercero (cesionario) de la explotación de un establecimiento, cuya habilitación conserva el principal (cedente). Aquí, adquiere relevancia el concepto de establecimiento que brinda el art. 6°, LCT, a efectos de delimitar el marco de aplicación, el cual será objeto de análisis a continuación. Ello así por cuanto el concepto de explotación no goza de consagración legal en forma expresa, por lo que resulta dable recurrir a la literalidad de la palabra a efectos de conocer el alcance normativo. En dicha tesitura, la Real Academia Española define el término empleado como el “Conjunto de elementos dedicados a una industria o granjería” (6). De allí que pueda inferirse que —en sentido lato— refiere a la puesta a disposición de los factores de producción en orden al logro de una finalidad. Podría decirse que la explotación puede, en el caso de actividades lucrativas, denominarse como unidad de negocio.

Ahora bien, en lo atinente al concepto de establecimiento, como se ha dicho, surge explícito del art. 6°, LCT en cuanto dispone “Se entiende por “establecimiento” la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones”. Una primera aproximación al significado conduce a concluir que el establecimiento es el ámbi-

(5) ETALA, Carlos, "Cesión, contratación y subcontratación en la Ley 25.013", DT 1999-A, 617.

(6) "<https://dle.rae.es/explotación>" <https://dle.rae.es/explotación>

to donde convergen los factores de producción para el logro del cometido de la empresa, ya sea la producción de bienes o la prestación de servicios.

Adunado a ello, el propio art. 6º, LCT, trae aparejado un elemento que permite inferir el alcance del concepto explotación. En tal sentido, podría decirse que la empresa puede contar con uno o más establecimientos, y el establecimiento con una o más explotaciones. De allí se infiere que el concepto de explotación de vincula al concepto de unidad de negocio, que incluso podría trascender el establecimiento en particular, por contener objetivos y medios propios necesarios para que la empresa realice su cometido, lo que no quita que se encuentre enmarcado dentro del ámbito de uno o varios establecimientos, según sea el caso.

Desentrañado que ha sido el concepto de establecimiento y explotación, cabe decir que la cesión podría revestir el carácter de total o parcial, resultando necesario —para la configuración del supuesto— que el cedente conserve la habilitación a su nombre. Ahora bien, cuadra preguntarse respecto a que se entiende por habilitación. La respuesta a dicho interrogante no genera mayores dudas en cuanto a que refiere al reconocimiento formal, por parte de la autoridad que ejerza el poder de policía sobre determinada actividad, respecto a quien resulta titular de esta. Sin embargo, podría existir alguna actividad desregulada y ello no haría desaparecer el supuesto bajo estudio, sino que importaría considerar otros factores para evaluar si el cedente continúa al frente como responsable del establecimiento o explotación.

En base a ello se encuentra el quid de la cuestión en orden a elucidar la diferencia entre el supuesto bajo estudio —art. 30, LCT— y los contemplados por los art. 225 a 229, LCT. En tal sentido, mientras que en el primer supuesto se ceden derechos y el cesionario contrata los trabajadores, en los demás casos se regula una novación subjetiva de la figura del empleador en tanto que conlleva la cesión del personal sin establecimiento o bien la transferencia del establecimiento, según se trate.

Finalmente, cabe destacar que esta protección especial al trabajador dependiente del

cesionario, se ha conferido para reforzar el cumplimiento de las obligaciones laborales —en atención a que el crédito laboral revista carácter de alimentario— y de la seguridad social, ante la posible insolvencia del cesionario (la que no constituye un requisito para su configuración), y que se justifica en que la cesión —del establecimiento o explotación— realizada por el empresario forma parte del desarrollo integral de su actividad y por lo tanto se beneficia por ella, lo que hace dable que responda por su lícito accionar.IV.4.b.ii. contratación y subcontratación

El dinamismo que cobran las relaciones comerciales en la actualidad presenta nuevos desafíos para el derecho del trabajo en cuanto aspira a brindar una especial tutela al trabajador. En dicho temperamento, sin desconocer la complejidad de las vinculaciones comerciales que se justifican en una necesidad constante de las empresas de innovar y especializarse, se presentan estrategias lícitas para lograr un desarrollo productivo fructífero. Sin embargo, el entramado de relaciones comerciales que emergen, producto de la libertad contractual, impuso al legislador laboral la necesidad de pensar una norma con capacidad de adaptación a una realidad en constante cambio, en aras a garantizar la mentada tutela.

En el sentido antes expresado, la LCT legisló el supuesto de extensión de responsabilidad solidaria bajo estudio resultando comprensivo tanto de la contratación como de la subcontratación.

De esta manera, se eliminó la controversia existente en torno a esta última y con ello las dificultades que se plantearían de adherirse a la tesis restringida, en orden a acreditar la subsunción normativa de los hechos para que se configure la solidaridad. Los partidarios de dicha posición sostenían que para que se verifique un caso de subcontratación resultaba imperioso demostrar la existencia de un contrato base o principal y uno derivado, con identidad de objeto; todo lo cual podría constituir un valladar para el surgimiento de la solidaridad. Como contrapartida, la tesis amplia prescindía de dichos elementos, en el entendimiento que la subcontratación se verificaba toda vez que existía descentralización productiva; postura que ha sido asumida por el art. 30, LCT. Adunado a ello, la

mencionada norma ha consignado “cualquiera sea el acto que le dé origen”, lo que permite inferir con certeza que tanto la contratación como la subcontratación puede realizarse mediante una pluralidad de negocios jurídicos, sin limitar los supuestos a una previsión legal.

A efectos de determinar la extensión de la responsabilidad solidaria deviene trascendente valerse del principio de primacía de la realidad el cual impone que, con independencia de los ropajes jurídicos se pueda determinar los verdaderos beneficiarios de la prestación laboral. El mencionado principio hace perder virtualidad y sentido a un análisis dogmático de los contratos de base. En tal sentido, el distinguido Dr. Fernandez Madrid (7) nos enseña que si este principio exige que se le dé preferencia a lo que ocurre en la práctica con relación a lo que surge de los documentos, es una consecuencia lógica que pierda legitimidad un examen estrictamente contractualista, debido a que se circunscribe a una valoración formal del vínculo contractual, a partir de su normativa o de las notas típicas que doctrinariamente se le atribuyan y con las cuales se redactan tales contratos. La solidaridad del art. 30 de la LCT, se configura en caso de que se trate de —cesión, contratación o subcontratación— con empresas reales, donde la responsabilidad objetiva del empresario principal se basa en que desarrolla total o parcialmente su industria o comercio, a través de otras personas o empresas, insertas en su normal estructura empresarial. Siendo la *ratio legis* de lo normado en este artículo, el mantener un orden justo, es decir en el principio de que quien se beneficia con una actividad responda por esta, frente a incumplimientos de las obligaciones laborales por parte de los contratistas o subcontratistas por él elegidos.

Sin perjuicio de ello, las consecuencias jurídicas que derivan del art. 30, LCT, refieren únicamente a los trabajos y servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, lo que adquiere singular relevancia a efectos de analizar el encuadramiento del supuesto particular, tema que será evaluado a continuación.

(7) FERNÁNDEZ MADRID, J. C., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 2007, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I. p. 1039.

A todo evento, no obstante que reviste trascendencia meramente académica, en el entendimiento que la realidad económica reviste cierta complejidad resulta interesante abordar los conceptos de tercerización vertical y horizontal. La primera implica la realización íntegra de las fases productivas por parte del contratante, que solo delega en terceras empresas actividades —periféricas o principales— que no constituyen parte del proceso productivo. Por su parte, la contratación horizontal conlleva la fragmentación del proceso productivo, haciendo partícipes a terceras empresas de las etapas restantes para cumplir con el cometido, finalizar el producto.

IV.4.b.iii. Actividad normal y específica propia del establecimiento

Resulta determinante a efectos de evaluar el ámbito de aplicación de la norma bajo estudio, interpretar el contenido y alcance de la frase que reza “actividad normal y específica propia del establecimiento”. A tales efectos, en doctrina se han esbozado dos tesis antagónicas, cuyo seguimiento jurisprudencial ha sido variopinto con adhesiones divergentes en lo que atañe al significado de la frase. Seguidamente reseñaré ambas posturas a efectos de ilustrar —aunque someramente— el debate doctrinario y jurisprudencial mencionado.

La tesis que propone una interpretación restrictiva entiende que solo deben considerarse comprendidos los trabajos o servicios íntimamente relacionados con la actividad de la empresa, cuya prescindencia alteraría el proceso productivo como tal. De esta manera quedarían excluidos los servicios accesorios o secundarios. Como lógica consecuencia, los partidarios de dicha tesis exhortan al interprete a analizar —en cada caso— la finalidad u objetivo de la empresa, a efectos de poder comprender cual es la actividad.

Adquiere nuevamente relevancia el concepto contenido en el art. 6º, LCT, en cuanto define al establecimiento —al que me remito en aras a no ser reiterativo—, y propicia confrontar las actividades realizadas en el establecimiento de la contratante y contratada, a efectos de evaluar la procedencia de la solidaridad prevista en el supuesto legal.

Sin embargo, a efectos de ponderar la actividad, de enrolarse en dicha posición, implicaría imponer una carga probatoria tendiente a demostrar que la actividad desarrollada bajo dependencia de un tercero resulta primaria para el principal. Dicha carga reposaría sobre la parte que esgrime la existencia de solidaridad, de dificultosa producción para el trabajador y que las empresas se encuentran en mejores condiciones de acreditar, por lo sería dable distribuir dicha carga teniendo en consideración la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Por su parte, los mentores de la tesis de interpretación amplia sostienen que la frase comprende todas las actividades, incluyendo las secundarias, siempre que se encuentren integradas en forma permanente al establecimiento y que son parte de la organización que permite lograr el fin económico del empresario. Para esta postura solo se encuentran excluidas las actividades excepcionales o extraordinarias. Cobra especial trascendencia el concepto que proporcionaba el Dr. Capón Filas, partidario de esta tesis, en cuanto distinguía las tareas esenciales —que definen a la empresa— de las conducentes —que resultan condicionantes de su actividad—, concluyendo que ambas deben responsabilizar a la empresa.

Seguidamente paso a reseñar dos precedentes jurisprudenciales emanados del Címero Tribunal de la Nación que constituyen hitos en materia de solidaridad, y precisamente, en lo que atañe al eje temático que vengo desarrollando con antelación.

En resumidas cuentas, en el caso “Ramírez” (8) la CS efectuó una interpretación estricta del art. 30, LCT, con el afán de unificar los divergentes criterios jurisprudenciales. Parafraseando la sentencia, el máximo tribunal entendió que solo debían incluirse los servicios o trabajos íntimamente relacionados con la actividad de la empresa. En tal punto la adhesión a la tesis restrictiva implica considerar que los trabajos contratados deben resultar inescindibles del proceso productivo. En dicho entendimiento, la complementación de actividades lleva insita la

necesidad de la existencia de una unidad técnica de ejecución entre la empresa y la contratista, para lo que resulta dable valerse del concepto que otorga el art. 6°, LCT.

Con distinta composición a la anterior, la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a la interpretación del art. 30 de la LCT, abandonó la jurisprudencia establecida en la causa “Rodríguez”, al fallar el precedente “Benítez” (9) decidiendo la inconveniencia de mantener lo resuelto en el precedente anterior siendo que la interpretación de normas de derecho común -como lo es el art. 30 de la LCT-, no tiene el carácter de doctrina vinculante para los jueces que entienden en las causas. En tal sentido, los magistrados supremos pusieron de resalto que no resulta parte de su faena jurisdiccional unificar criterios en casos que no revisten naturaleza federal. En tal sentido, se plantea el alcance del recurso extraordinario federal, ajena a la función de casar sentencias para establecer criterios jurisprudenciales homogéneos.

En base a lo expuesto, contrario sensu lo que sostienen los partidarios de la tesis interpretativa amplia, dicho fallo no constituye un precedente en adhesión a la mencionada postura, sino que deja sin efecto el precedente “Rodríguez” en cuanto sostuvo la tesis contraria, en el entendimiento que dicha función casatoria no corresponde sea ejercida por la CS en el marco de las atribuciones que le son propias, por cuanto constituye materia de derecho común.

IV.4.c. Solidaridad en la industria de la construcción

Huelga destacar que la norma bajo estudio —30, LCT— dispone expresamente su aplicación al régimen legal de trabajo para el personal de la industria de la construcción (art. 32 de la ley 22.250) resultando complementaria a esta. En el mencionado artículo, por la especialidad que detenta el estatuto particular, establece cargas administrativas accesorias —a las ya referenciadas— al principal; a saber “(...) constancia de su inscripción en Registro Nacional de la Industria de la Construcción y comunicar a este la iniciación de la obra y su ubicación”.

(8) CS, “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” (Fallos: 316:713), 15/04/1993.

(9) CS, “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otros” (Fallos: 332:2815)

A mayor abundamiento de lo expresado en el párrafo que antecede, la norma intensifica, en el segundo párrafo del art. 32, las exigencias de contralor cuyo cumplimiento se requiere al principal al disponer que —para el caso de los constructores de obra no inscriptos ante Registro Nacional de la Industria de la Construcción— la carencia de inscripción —por sí sola— determina la responsabilidad solidaria. A efectos de considerar configurada dicha causal, resulta de vital trascendencia recurrir al ámbito de aplicación subjetivo del referido estatuto, consagrado en los art. 1° y 2° de la ley 22.250.

En función de lo expuesto con antelación, resulta pertinente destacar que el estatuto de la construcción determina incluido en su ámbito de aplicación subjetivo al “empresario constructor”, es decir, a toda persona física o jurídica dedicada a la actividad de construcción, ampliación y refacción de edificios y otras obras como caminos, puentes, vías férreas, líneas telegráficas, telefónicas, canales y oleoductos, entre otros. Por lo tanto, una correcta entelequia conllevaría “(...) entender que el régimen solo comprende al personal vinculado en forma directa a la tarea de la industria, es decir, al proceso de transformación física de la construcción o edificación” (10).

Para que se torne aplicable el supuesto de solidaridad, conforme determina el art. 17 de ley 25.013, a la previsión normativa del art. 32 de la ley 22.250, resulta necesario que el principal que quien contrate la ejecución total o parcial de la obra por un tercera revista la condición de empresario de la construcción, es decir que se encuentre dentro del ámbito de aplicación subjetivo del estatuto bajo análisis.

En dicha tesis se ha pronunciado autorizada doctrina aural, al decir “El segundo párrafo de la norma aplicable es claro cuando requiere que se trata de empresarios, propietarios y profesionales que se desempeñen como constructores de obra, es decir, que hagan de su actividad lucrativa a la industria de la cons-

trucción” (11). Soluciones jurisprudenciales en tal sentido han emanado de los tribunales que han puesto de resalto el concepto de ajenidad/profesionalidad (12). En el mismo sentido, se ha entendido que para que nazca la solidaridad prevista por el art. 30, LCT, es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal, es decir, debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa dedicada a la construcción y su contratista (13).

En resumidas cuentas, fuera de su ámbito preciso no rigen las cargas que el art. 30, LCT, impone al cedente o empresario principal, ni la responsabilidad solidaria que de la omisión de esas cargas deriva. Esto es así, antes y después de la modificación que a la norma en examen le introdujo la ley 25.013. La extensión de las cargas en cuestión al ámbito del art. 32 del Estatuto de la Construcción rige para esta actividad, no encontrándose alcanzados los empresarios de otras ramas que celebren contratos de locación de obra con empresas constructoras. Es decir, opera solo para estas respecto de sus contratistas o subcontratistas. A partir del Plenario N°261 CNAT (14) y con posterioridad a la reforma por ley 25.013, se dictaron pronunciamientos en esta línea (15). En dicha tesis, se ha pronunciado el Dr. Pirolo —como integrante de la Sala II de la CNAT— en un fallo más reciente, con un voto que comandó la mayoría de los magistrados votantes y estableció un precedente (16).

(11) FOGLIA, Ricardo A. (dir.), “Regímenes laborales especiales”, La Ley, CABA, 2012, t. I, p. 193.

(12) Cám. de Apelaciones de Concordia, sala del trabajo, “Sambrana, Máximo Tomas c. Pantoja, Carlos Teodoro y otra s/ cobro de pesos”, 28/07/2009. Cabe decir que el fallo se dictó en su anterior composición.

(13) CNTrab., sala IV, “Centurión, Ricardo Daniel c. Aguidia SRL y otro s/Ley 22.250”, 27/12/2007.

(14) CNTrab., en pleno, “Loza, Jose y Otro c/Villalba, Francisco y Otro”, 13/12/1988: “El propietario que no se desempeña como constructor de obra, no responde en los términos del art. 32 de ley 22.250”.

(15) Cfr. CNTrab., sala VIII, “Ledesma, Hipólito c/ SUREC S.A. y otro s/Ley 22.250”, 12/03/2003.

(16) “El párrafo incorporado por la ley 25013 al art. 30, LCT no establece que sus normas sean aplicables a las relaciones regidas por el estatuto de la construcción independientemente de lo establecido por el art. 32 de la

(10) MARIGO, Susana M., RAINOLTER, Milton A., “Personal de la industria de la construcción: Ley 22,250 y su reglamentación, comentada, anotada y concordada”, Astrea, Capital Federal, 1983.

IV.5. Plenario 309 CNAT y consideraciones en torno al nuevo Cód. Civ. y Com.

Cobra especial relevancia hacer mención del plenario 309 (17) "Ramírez" emanado de la Cámara Nacional del Trabajo. Dicho fallo homogeneizó criterios en lo que atañe a la facultad del trabajador de dirigir libremente su acción -en orden al cobro de sus acreencias- en forma conjunta o indistinta contra el contratante, cesionario, contratista o subcontratista.

Si bien el fallo plenario limita sus efectos al supuesto de solidaridad contemplado en el art. 30, LCT, tanto la doctrina como la jurisprudencia es conteste en admitir la propagación de dicho criterio a las demás hipótesis de solidaridad laboral pasiva. En resumidas cuentas, ello conllevaba dejar atrás arduas disputas jurisprudenciales, abriendo camino a la posibilidad de condenar al deudor solidario aún en casos en que no se hubiera demandado al empleador. Ello se explica en la naturaleza misma de las obligaciones solidarias, dado que no existe un deudor principal diferenciado del solidario, sino que son todos deudores en pie de igualdad, si se configura el supuesto de solidaridad pasiva previsto en la norma.

ley 22.250; sino que, por el contrario, ello solo es posible dentro del marco de solidaridad específico previsto por el citado art. 32 del estatuto. La cuestión tiene significativa importancia porque el art. 30, LCT exige que exista coincidencia entre la actividad de la contratista y la normal y específica propia del establecimiento del contratante principal; en tanto que el art. 32 de la ley 22.250 solo prevé la posibilidad de extender solidariamente la responsabilidad contemplada en la norma a los empresarios, propietarios y profesionales cuando estos se desempeñen "como constructores de obra". Por lo tanto, en el esquema previsto por el referido art. 32 -dentro de cuyo marco específico de regulación pueden considerarse aplicables las disposiciones del art. 30, LCT- solo es posible extender la responsabilidad en forma solidaria al contratante principal, en la medida que este despliegue una actividad comprendida en el ámbito de la industria de la construcción (Voto del Dr. Pirolo al cual adhiere la Dra. González por razones de economía procesal)". BN 343. Pirolo-González - 22.062/07 — CNTrab., sala II, "Fariás Manuel domingo c/Gamma SRL y otros s/ despido", 16/05/2014.

(17) CNTrab., en pleno, "Ramírez, Maria Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos y Otro s/despido", 03/02/2006: "Es aplicable el art. 705 del Cód. Civil a la responsabilidad del art. 30 de la LCT".

Cuadra destacar que, para así resolver, los magistrados votantes sostuvieron la aplicabilidad del entonces vigente art. 705 del Cód. Civ. Velezano al supuesto del art. 30, LCT. En dicha tesitura, se consideró que devenía imperiosa la remisión a normas contenidas en el Código Civil, pues la LCT no contaba con una regulación autónoma del instituto de la solidaridad, proveniente del derecho común. En esta entelequia no resultaba razonable apartarse de los efectos que eran propios de esta especie de obligaciones, debiendo aplicarse el art. 705 del Cod. Civ.

Si bien el Plenario 309 remite al digesto derogado, cabe analizar la normativa que resulta concordante a la reseñada a efectos de considerar si es dable sostener la postura asumida en dicho fallo. Como se ha dicho con antelación, todas las hipótesis de solidaridad conllevan la libre elección del acreedor. Ello encuentra sustento en que, en las obligaciones solidarias, tal como sostuvo la CNAT en el fallo reseñado, no hay un deudor principal, sino que todos son deudores principales.

En el mismo sentido que su antecesor, el novel digesto en su art. 833 prevé: "El acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente". La norma resulta suficientemente clara como para efectuar un parafraseo, pues esta facultad resulta una nota distintiva de esta especie de obligaciones. En dicha tesitura, la solidaridad pasiva implica que cada deudor deba satisfacer la prestación al acreedor en forma íntegra, ampliando de esta manera la garantía de cumplimiento ante la insolvencia de alguno de los deudores obligados, y ello constituye la esencia de las obligaciones solidarias propiamente dichas. Sin embargo, la insolvencia del deudor no constituye un requisito de procedibilidad para el planteo de la acción, en forma conjunta o indistinta por parte del acreedor; por lo tanto, la prueba de la insolvencia de los deudores deviene —a todas luces— impertinente.

IV.6. Solidaridad del estado ante el art. 30, LCT

La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación -como interprete final de la Carta Magna-, remitiéndose exclusivamente a la exégesis de la LCT ha fulminado, en inveterados pronunciamientos, la extensión de responsabilidad del

estado-contratista. En el sentido antes expresado, la CS entendió que corresponde disponer la inaplicación de la responsabilidad solidaria con fundamento en el art. 30, LCT, en virtud de su carácter de persona jurídica de derecho público, exenta del ámbito de alcance de la norma laboral general, conforme el art. 2º, LCT. A mayor abundamiento, dispuso en el caso “Golden Chef”: “El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es empleador según el Régimen de Contrato de Trabajo —salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes en su ámbito— por ello no puede ser alcanzado por una responsabilidad solidaria que solo es inherente a los sujetos del contrato de trabajo, pues ello es incompatible con el régimen de derecho público” (18).

(18) CS, “Gómez Susana Gladys c/Golden Chef S.A. y Otros”, 17/09/2013 G. 78. XLV - SAJ: FA13000139. A continuación, se efectúa una síntesis de la Sentencia del Alto Tribunal, que fue objeto de comentario por parte del suscripto. Tema: Ámbito de aplicación subjetivo LCT. Solidaridad Laboral. Improcedencia respecto de la Administración Pública. Se hace lugar a la queja, se declara procedente el Recurso Extraordinario Federal y se revoca la Sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en adelante, CNAT) en cuanto responsabilizó en los términos del art. 30 de Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para fallar en tal sentido el Tribunal Inferior consideró que el servicio que prestaba la actora -Susana Gladys Gómez- para la demandada GOLDEN CHEF S.A. en el seno de la maternidad Sardá dependiente del Gobierno de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires formaba parte inescindible de la actividad normal y específica propia del nosocomio. Ergo, el GCABA en su carácter de gestor de los hospitales públicos de la jurisdicción debía responder solidariamente con la demandada en los términos del art. 30, LCT. La CNAT interpreta la norma mencionada en el sentido que resulta innecesaria la acreditación del fraude al trabajador, estableciendo una responsabilidad objetiva. En este sentido, considera que esta responsabilidad deviene del deber de control que tiene el GCABA respecto del cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones laborales, aduciendo que el precepto no efectúa distinción ni excluye expresamente a la Administración Pública. En prieta síntesis en el caso “Gómez”, por contrario imperio la Corte decidió revocar la Sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había condenado solidariamente al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, responsabilizándolo en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo por créditos indemnizatorios reclamados por la trabajadora contra su empleadora, la cual explotaba -mediante un contrato de concesión- el servicio de elaboración y distribución de comidas en los hospitales dependientes de

Cabe puntualizar que, en la misma fecha (17/09/2013) la CS hizo lugar al Recurso de Queja confirmando la Sentencia de Cámara en los autos “Monrroy, Elsa Alejandra c/ Infantes SRL y Otro”; ratificando de este modo la inaplicabilidad de la responsabilidad solidaria de los entes públicos (CS, Fallos 308:1591; 312:146; 314:1679 y 321:2345). De esta manera, el Excmo. Tribunal Címero de la Nación sostiene, con los precedentes reseñados, el criterio establecido en “Mónaco c/ Cañogal”.

De la lectura de los fallos referenciados, se advierte que el Máximo Tribunal de la Nación no ha efectuado un control de convencionalidad o constitucionalidad de la norma de menor jerarquía. Adunado a ello, cabe contrastar el Fallo con dos convenios suscritos por Argentina en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, a saber, el N° 158 (relativo a la terminación de la relación de trabajo) y el N° 173 (sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador). En rigor, es dable señalar que las mencionadas convenciones no han sido ratificadas por nuestro país pero cobran relevancia desde que, por un lado determinan las consecuencias ante el distracto -receptadas por nuestro derecho interno- y, por el otro, intentan resguardar el crédito del trabajador ante la posible insolvencia del deudor, que en la actualidad se encuentran parcialmente receptadas en lo que atañe a privilegios propios de los créditos laborales y omitidas en lo tocante a la constitución de un fondo que garantice el pago.

En función de lo expresado en el párrafo precedente, y siendo que la responsabilidad solidaria del Estado apunta a que el trabajador pueda ver satisfecho un crédito que se estima irrenunciable —en virtud de lo consagrado en el art. 12, LCT—, sería plausible efectuar una interpretación con base en el principio *pro-homine* —implícito en la Constitución histórica y expre-

aque. Entendió el Címero Tribunal que el GCABA no es empleador según el régimen de la LCT -salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito- por lo que mal puede ser alcanzado, entonces, por una responsabilidad solidaria que solo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo (conf. art. 2º, inc. a) y 26, LCT) y porque, además, dicha regulación es incompatible con el régimen de derecho público a que se halla sujeto el Estado.

samente incorporados en la vigente al otorgar jerarquía constitucional a instrumentos internacionales vía el art. 75, inc. 22, CN—. En este orden de ideas, la tutela al trabajo en todas sus formas dispuesta por el art. 14 *bis*, CN conlleva la materialización del derecho protectorio, así como la inviolabilidad de los derechos reconocidos y la prohibición de renunciar a la aplicación de las normas especiales.

Finalmente, es necesario recordar lo aducido por la propia Corte Suprema de Justicia en lo que atañe a la inconveniencia de interpretar normas de derecho común —no federal—, adquiriendo singular relevancia lo sentado en la causa “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otros” (Fallos: 332:2815). Los casos que fueron objeto de análisis quedan comprendidos dentro de la propia autolimitación que señala la CS en el fallo de cita.

V. Conclusión

Como corolario de lo hasta aquí expresado, quiero poner de resalto que se han efectuado consideraciones en lo que atañe al concepto, caracteres, contenido y efectos del instituto de la solidaridad, el cual pertenece al ámbito del derecho común sobre el cual reposa el instituto de la solidaridad laboral.

En dicho temperamento podría afirmarse, sin temor a equivocarse, que existe una relación de género/especie entre el instituto del Derecho Civil y el propio del derecho del trabajo, que presenta matices propios en función de la autonomía del derecho del trabajo.

En base a ello en la solidaridad laboral, en tanto participa de los caracteres de este tipo de obligaciones, existe pluralidad de sujetos y unidad de prestación como tal. Sin embargo, la fuente principal de este tipo de obligaciones resulta ser la ley —en tanto el orden público juega un rol preponderante en la materia—. No obstante ello, no podría descartarse una convención al respecto siempre y cuando se respete el principio protectorio y el orden público establecido en resguardo de los derechos del trabajador.

Como se ha dicho a lo largo de la exposición, al derecho del trabajo solo interesa la solidaridad pasiva, por cuanto cabe atenerse a la fina-

lidad económica de la consagración normativa de dicho instituto, que —como se ha mencionado— tiende a ampliar las garantías con la inclusión de mayor cantidad de obligados al pago íntegro de la prestación debida.

En dicha tesitura, se estipuló en la norma contenida en el art. 30, LCT, un supuesto de solidaridad de fuente legal, cuya interpretación y aplicación resulta dinámica, en tanto la norma no busca guarecerse en una fórmula sacramental. Ello pues deviene necesario en atención a que la realidad económica, así como la constante evolución de la actividad comercial e industrial requieren una norma flexible que permita el encuadramiento de conformidad al principio de equidad del caso concreto.

El presente trabajo se ha planteado interpelar al lector, en orden a integrar las normas de derecho común con la especial impronta que ofrece el orden público laboral, el cual constituye un claro valladar a la autonomía de la voluntad que sustenta la libertad negocial propia del derecho civil y comercial. En dicho temperamento, ello resulta a todas luces necesario desde que en el marco del derecho del trabajo priman relaciones de asimetría fundado en el distinto poder negocial con que se encuentra dotado el trabajador respecto del empleador. Por ello deviene imprescindible la irrenunciabilidad prevista por el art. 12, LCT, la que constituye un salvoconducto para evitar que dicho poder negocial se lleve al campo de la acción concreta.

Ahora bien, en lo concerniente a la solidaridad del Estado-contratista, y en atención a que la CS no puede erigirse como un tribunal de “tercera instancia”, serán los operadores del sistema judicial los encargados de bregar por nuevas interpretaciones, efectuando novedosos planteos dirigidos a contrastar las normas de jerarquía inferior efectuando en cada caso —atento resultar difuso— el control de constitucionalidad y convencionalidad, siempre que puedan demostrar el perjuicio concreto; evitando formulismos o meros planteos en abstracto y acompañando dichos postulados con prueba conducente.

Desde la óptica del Estado, puede obrarse con diligencia, siempre que encaminen su accionar a, en particular, efectuar exhaustivos análisis de los sujetos previo a contratar, imponer dentro

de las pautas negociales la obligación de establecer garantías perdurables a los créditos de naturaleza laboral, y en general, hacer uso del deber de policía del trabajo intensificando los controles a las empresas contratistas del Estado. Ante dichas omisiones, no puede privarse a los jueces de determinar —en el caso concreto— si se apartan del criterio establecido por nuestro Máximo Tribunal en los casos reseñados, adunando argumentos de peso que justifiquen su posición.

Sin perjuicio de lo mencionado con antelación, y en cuanto a la obligatoriedad del seguimiento de los precedentes de CS deviene interesante citar a la Dra. María Angélica Gelli en cuanto la distinguida autora señala que la Constitución Nacional no declara obligatorias las resoluciones de la Corte Suprema para las demás instancias ni resulta aplicable el sistema *stare decisis*. En dicha tesitura, explica que solo si esta regla de “valor moral, retórico o de ejemplaridad” es clara, precisa y proviene de la mayoría de sus integrantes “en cuanto a la decisión y a los argumentos que sostienen la decisión emana deber de seguimiento” (19).

No obstante ello, en función de lo expresado, y en aras a que los noveles planteos y pronunciamientos no naufragen en la doctrina de la arbitrariedad (20) sustentada por el Máximo Tribunal, será faena de los operadores judicia-

les aportar nuevos argumentos que justifiquen un apartamiento de la postura del Máximo Tribunal en cada caso.

VI. Bibliografía general

GRISOLÍA, Julio Armando, “Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t II.

PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo “Tratado de Obligaciones”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, 1ª ed. revisada,

GRISOLÍA, Julio A. y AHUAD, Ernesto J., “Ley de contrato de trabajo comentada”, Editorial Estudio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 7ª ed.

ARESE, César y MACHADO, José, “Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, 1ª ed.

ALTERINI, Jorge H. (dir.), ALTERINI, Ignacio A. (coord.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, t. IV, TRIGO REPRESAS, Félix A., autor de las glosas a los art. 724 a 864.

LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), “Código Civil y Comercial comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. V, SILVESTRE, Norma Olga, autora de las glosas a los artículos 805 a 864.

CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, Herrera, Marisa (dir.), SÁENZ, Luis R. J. (coord.) “Código civil y comercial de la Nación comentado”, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. III, autores de glosas artículos 805 a 852 Dres. Silvia Tanzi y Juan Manuel Converset.

(19) GELLI, María Angélica “La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema” (A propósito de “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.” y la libertad expresiva), LA LEY 2014-B, 383.

(20) (...) [D]e los fallos CS 212-51 y 160, emana la consecuencia que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (conf. causa: “Balbuena, César A. s/extorsión” [ED, 97-732]) (...)” (Fallos 307:1095).

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO

Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables.

Con nota de Julián A. de Diego

1. — La única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio; ello frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional.
2. — Las previsiones vigentes de nuestro derecho interno en materia civil vedan el otorgamiento de un trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer; ello en virtud de lo dispuesto en el art. 402 del Cód. Civ. y Com.
3. — La afirmación de los jueces de la causa, sobre la base de la doctrina plenaria del fuero, relativa a que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del art. 182 de la LCT en caso de despido por causa de matrimonio, pero que la presunción contenida en el art. 181 solo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben probar que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace, es arbitraria. La ley no restringe su protección a la hipótesis de despido de trabajadoras mujeres. No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón.
4. — La Ley de Contrato de Trabajo prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, entre otros, por motivo de sexo (art. 17) y considera trato desigual al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81). Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los arts. 180 a 182 de la LCT es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres; sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que el capítulo en el que se ubican estas normas de modo inadecuado integre el título VII de la ley referente al Trabajo de Mujeres.
5. — Si bien la Cámara, en el caso, puso de relieve la existencia de poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación en el terreno laboral, haciéndose así eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el sistema protector particularmente dirigido a ella; al centrarse solo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio. El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, incluso, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.
6. — Los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar ese tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia. En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías, pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.
7. — El régimen normativo protector contra el despido motivado por el matrimonio reconoce su génesis en el hecho de que, ante la asunción de responsabilidades familiares —derivada de la unión conyugal— por parte de los trabajadores, los empleadores temen que el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad productiva de aquellos se vean afectados, lo que los induce a desvincularlos.
8. — Las directivas internacionales consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares. Más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el patrón sociocultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de proteger a los varones de la dis-

criminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

9. — El régimen protectorio contra el despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción consagrada en el art. 181 de la LCT, abarca tanto a mujeres como a varones. El capítulo prohíbe el despido por causa de matrimonio, lo que supone que la finalidad perseguida consiste en proteger precisamente la institución del matrimonio y, por consiguiente, que la garantía abarca a ambos cónyuges independientemente de su sexo. (Del voto del Dr. Rosenkrantz).
10. — La presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debe ser aplicada sin distinciones en razón de género. El diseño normativo actual no contiene norma alguna que restrinja la aplicación del régimen protectorio del despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción, a los trabajadores en función de su sexo. (Del voto del Dr. Rosatti).
11. — La decisión de considerar que no rige a favor del trabajador varón la presunción del despido por causa de matrimonio importa recurrir a consideraciones que no encuentran acogida en una sociedad global en la que imperan criterios que se alejan de los estereotipos vigentes en otro tiempo, enmarcados en un contexto sociocultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reco-

nocimiento que hoy ha logrado tanto a nivel nacional como internacional. (Del voto del Dr. Rosatti).

12. — De la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprende el principio de trato igualitario de los integrantes primarios de ese núcleo social (del voto del Dr. Rosatti).
13. — Una visión actual conlleva afirmar que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (del voto del Dr. Rosatti).
14. — Restringir la exégesis de los arts. 180 a 182 de la LCT al supuesto exclusivo del matrimonio de la trabajadora mujer implicaría privar de tutela al trabajador varón, a quien también corresponde atribuir el ejercicio de tareas de cuidado, conforme al mandato del bloque de constitucionalidad. (Del voto del Dr. Rosatti).

CS, 24/09/2020. - Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz SA s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/40617/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

La Corte Suprema equiparó al hombre y a la mujer en las presunciones del despido por causa de matrimonio

Julían A. de Diego (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo “Puig” de la Corte Suprema.— III. Conclusión.

I. Introducción

La legislación ha protegido desde antaño a la maternidad y al matrimonio dentro del sistema legal, frente a cualquier acto de discriminación o de abuso de derecho que pudiese generar el empleador, como un mecanismo tuitivo en favor de la mujer.

En el art. 178 (LCT) se prohíbe el despido en forma relativa de la mujer por causa de maternidad, y se presume salvo prueba en contrario que el despido es por causa de maternidad si se produce este sin causa, por una causa falsa o por una causa insuficiente, dentro del plazo de protección desde la fecha de notificación por del estado de maternidad por un lapso de 15 meses (siete meses y medios previos a la fecha presunta del parto y siete meses y medio posteriores al parto), castigando al empleador con las indemnizaciones legales ordinarias más una indemnización agravada (art. 182, LCT) de un año de remuneraciones (13 salarios).

En el art. 181 (LCT) se prohíbe el despido en forma relativa por causa de matrimonio de la mujer, y se presume salvo prueba en contrario que el despido es por causa de matrimonio, o por una

causa falsa o por una causa insuficiente, dentro del plazo de protección desde la fecha de notificación y por un plazo de 9 meses (tres meses previos a la celebración del matrimonio y seis meses posteriores a esta), castigando al empleador que ejecutara el despido con las indemnizaciones legales ordinarias más una indemnización agravada (art. 182, LCT) de un año de remuneraciones (13 sueldos). Esta protección especial se encuentra en el Título VIII Capítulo III de la LCT dedicado a la mujer.

En el Plenario “Drewes” (1990) la justicia laboral había determinado que la presunción en favor de la mujer no operaba en el caso del varón, que podía acceder a la indemnización agravada de un año de remuneraciones si demostraba que el despido fue por causa de matrimonio (1).

El *onus probandi* por ende recaía sobre el varón que era quién invocaba el acto injurioso de la desvinculación por causa de matrimonio.

La Corte Suprema en el caso “Puig”, en un fallo basado en el principio de igualdad, de inclusión, y de no discriminación, equipara a la mujer y al hombre en la protección contra el despido por

(*) Asesor de empresas y de entidades empresarias, Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y Académico de Número de la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(1) CNTrab., en pleno, “Drewes, Luis A. c. Coselec, S. A.”, 23/03/1990, LA LEY 1990-C, AR/JUR/193/1990: En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182 de la ley de contrato de trabajo (ADLA, XXXVI-B, 1175; t. o. 76).

causa de matrimonio, incluyendo la presunción iuris tantum, o sea, salvo prueba en contrario, y beneficia por tanto al varón con la indemnización agravada si su desvinculación se produjo sin causa en el período legal de protección, o sea dentro de los tres meses anteriores a la celebración del matrimonio o dentro de los seis meses posteriores a la misma.

Es un acto de reivindicación de que la igualdad entre el hombre y la mujer, en favor del varón, ya que se trata de un derecho que ostenta cada uno frente al otro, y recíprocamente (2).

II. El fallo “Puig” de la Corte Suprema

El fallo es por demás interesante, porque no se expidió sobre la parte más débil sino por el contrario, lo hizo por la parte que generalmente no necesita semejante protección como es el caso del varón. En rigor, la que siempre fue amparada fue la mujer como posible víctima frente al despido por causa de matrimonio.

En rigor, es difícil de admitir y de concebir que un varón sea objeto del despido porque decidió contraer matrimonio, salvo antiguos casos en donde en los contratos con los actores de teatro cine o televisión se prohibía al varón contraer matrimonio, porque se consideraba que afectaba la imagen masculina de un *sex symbol*, (antecedentes de la década de los 60).

Sin perjuicio de que tales cláusulas eran nulas, de nulidad absoluta equiparable a un acto inexistente, por afectar normas de orden público sobre derechos personalísimos, la mujer tuvo antecedentes más graves.

En efecto, uno de los precedentes se relacionaba con las azafatas de los aviones, a las que se les prohibía contraer matrimonio, y si lo hacían se las sancionaba retirándolas del servicio activo o se las despedía.

(2) CS, “Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz SA s/ despido”, 24/09/2020, SJA 21/10/2020, 63. La única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio; ello frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional.

En el fallo se comienza por afirmar que el art. 181 (LCT) *tiene una sola interpretación si equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio; y agrega que ello frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional.*

A su vez, si recurrimos al derecho común, sus normas vedan el otorgamiento de un trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer; ello en virtud de lo dispuesto en el art. 402 del Cód. Civ. y Com.

Luego critican el Plenario “Drewes” (1990), relativa a que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del art. 182 de la LCT en caso de despido por causa de matrimonio, pero que la presunción contenida en el art. 181 solo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben probar que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace, es arbitraria. Agregan luego: “[L]a ley no restringe su protección a la hipótesis de despido de trabajadoras mujeres”. “No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón.

La Corte no trata, y parece haberlo hecho adrede, que en la realidad es probable que la mujer sea discriminada por cambio de estado civil, y en cambio, no se conoce en la realidad que el hombre sufra la misma contingencia. Esa es la razón por la cual la protección frente al despido por causa de matrimonio está incluida dentro del Título que solo ampara a la mujer que trabaja.

En cambio, la Corte se concentra en el hecho de que la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, entre otros, por motivo de sexo (art. 17) y considera trato desigual al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81).

Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los arts. 180 a 182 de la LCT es que sus disposiciones son aplicables in-

distintamente a hombres y mujeres; y luego critica al legislador al afirmar que sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que el capítulo en el que se ubican estas normas de modo inadecuado integre el título VII de la ley referente al Trabajo de Mujeres.

Debemos destacar que, considerando los precedentes de la LCT y las fuentes utilizadas, no hubo tal error, y fue deliberada la protección establecida en favor de la mujer, que era el sujeto afectado en la realidad de tales actos de discriminación arbitrarios.

Solo se conocen casos anteriores a los años 50 donde en algunas empresas extranjeras prohibían el matrimonio entre empleados de la misma firma, y si se daba despedían a uno o a ambos trabajadores.

En el fallo se establece que Cámara, en el caso, puso de relieve la existencia de poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación en el terreno laboral, haciéndose así eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el sistema protector particularmente dirigido a ella; al centrarse solo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio.

El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, incluso, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.

Luego agrega que los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar ese tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia.

En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías, pues permite superar las dificultades que

normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.

Si bien la Corte hace referencia a que el régimen normativo protector contra el despido motivado por el matrimonio reconoce su génesis en el hecho de que, ante la asunción de responsabilidades familiares —derivada de la unión conyugal— por parte de los trabajadores, los empleadores temen que el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad productiva de aquellos se vean afectados, lo que los induce a desvincularlos.

En otros términos, que el matrimonio le imponga al varón, conforme a su nuevo rol, que el empleador especule con que no va a cumplir sus obligaciones normales y habituales, por los deberes domésticos.

Creo que se ha confundido sin dudas los deberes del varón dentro del núcleo familiar, con que ellos sean considerados por el empleador como una circunstancia que motive el despido, en virtud de que estos menoscabarán su desempeño laboral.

Las directivas internacionales consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares.

Más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el patrón sociocultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos.

Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de proteger a los varones de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

La afirmación es un tanto aventurada, ya que en la realidad de todos los días y en el marco de los recursos humanos, el hecho de que hombres y mujeres contraigan matrimonio formalmente, es un acontecimiento visualizado en forma positiva, y no se conocen casos en los cuales se hayan evaluado despidos de varones por informar que contraen matrimonio, ni siquiera por las ra-

zones atendibles por cierto para otra evaluación cualquiera, establecidas en el fallo sobre el nuevo marco de los quehaceres domésticos y la distribución equitativa de estos entre los cónyuges.

En el voto del Dr. Rosenkrants afirmó: “El régimen protectorio contra el despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción consagrada en el art. 181 de la LCT, abarca tanto a mujeres como a varones. El capítulo prohíbe el despido por causa de matrimonio, lo que supone que la finalidad perseguida consiste en proteger precisamente la institución del matrimonio y, por consiguiente, que la garantía abarca a ambos cónyuges independientemente de su sexo.

Luego, el Dr. Rosatti fue más allá de la discriminación en razón del sexo o del estado civil, y agregó: “... La presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debe ser aplicada sin distinciones en razón de género”. “El diseño normativo actual no contiene norma alguna que restrinja la aplicación del régimen protectorio del despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción, a los trabajadores en función de su sexo”.

Llama la atención que la Corte Suprema no haya citado la ley 23.592 (3) sobre discriminación, a la que recurrió incluso de oficio en el pasado, formando parte de fallos significativos, que en su art. 1° dispone: “...[Q]uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

Luego agrega que a los efectos de esta norma se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”. Destacamos que la ley 23.592 no forma parte de la legislación laboral, y sus efectos son transver-

sales, pero se aplican a los casos de discriminación arbitraria en el mundo del trabajo.

III. Conclusión

El caso “Puig” nos recuerda, salvando las distancias, el caso “Vizzoti”, donde parte de la doctrina, incluyéndonos hemos criticado el fallo de la Corte por alterar el texto de la legislación, cuando esa es una atribución del Parlamento que conforme a la Constitución Nacional es el órgano del estado con la función de dictar las leyes.

En el caso de autos, a un derecho clara y exclusivamente consagrado para la mujer, en donde no se incluye al varón con el beneficio de la presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, importa una reformulación de la ley de fondo, donde el texto no resulta a todas luces aplicable al varón igual que a la mujer.

La violación del principio de igualdad en igualdad de circunstancias también encuentra en este fallo una excepción a la regla creada por la jurisprudencia tradicional de la misma Corte Suprema.

La segunda crítica, muy opinable, por cierto, es que el derecho del trabajo es un derecho tuitivo, y, por ende, el legislador, y el juez guiado por lo que impone la legislación vigente, deben propender a proteger al más débil. Esta hiposuficiencia se la visualiza claramente en la mujer en las hipótesis de maternidad y de matrimonio, y no ocurre lo mismo con el varón.

En el caso “Vizzoti” se formalizó una “reforma legislativa creando un nuevo modelo de liquidación de la indemnización por despido” claramente dirigido a los que tienen salarios en la franja superior como ejecutivos y directivos de empresas que son los más favorecidos por el sistema y no son justamente, los que requieren de la equidad y de la protección de normas tuitivas que busquen restablecer desequilibrios e injusticias.

El fallo “Puig” sin dudas reivindica al varón que a menudo, se lo desvaloriza y se lo critica frente a la mujer en la vida conyugal, en las obligaciones domésticas, y en las responsabilidades familiares.

(3) Ley 23.592: Sancionada el 03/08/1988; promulgada el 23/08/1988; BO del 05/09/1988.

ACOSO SEXUAL LABORAL

Comprobación. Dificultad probatoria. Denuncia mediante telegramas laborales. Omisión de dar detalles. Envío de fotos íntimas. Conducta de la trabajadora acosada. Desigualdad de género. Contrato de trabajo a temporada. Configuración. Despido indirecto. Conclusión anticipada de la temporada. Procedencia. Indemnización agravada prevista por el art. 2º de la ley 25.323. Indemnización agravada por falta de entrega del certificado de trabajo. Disidencia.

Con nota de Marcelo J. Salomón

1. — Las declaraciones testimoniales son coincidentes y concretas respecto a que la trabajadora que se colocó en situación de despido sufría por parte de un encargado un hostigamiento sexual y psicológico, no solo de manera directa y personal, sino también de forma indirecta y pública, al tener en su poder fotos personales de ella, hacerlas conocer a otras personas sin su consentimiento y formular manifestaciones respecto de cuáles eran sus pretensiones sexuales respecto no solo de la accionante, sino también de todas las empleadas recién ingresantes.
2. — Encontrándose acreditados los indicios que perfilan como probable una violencia psicológica derivada de episodios con connotaciones sexuales en el marco de la ejecución del contrato de trabajo y, con ello, lo nuclear de su marco fáctico, se encontraba a cargo del empleador —y, en el caso, nada probó— acreditar que el comportamiento del encargado denunciado no era constitutivo de agravios morales [1].
3. — Si bien en los telegramas no se precisan los hechos en concreto que para los trabajadores configuraron acoso laboral sexual, al tratarse de una situación de gravedad que pudiera afectar derechos personalísimos de la persona, puede relativizarse la formalidad rigurosa en cuanto a la precisión esperable de una misiva laboral de intimación previa a la extinción laboral.
4. — La invocada circunstancia de que la trabajadora enviara fotos íntimas suyas al encargado no se encuentra acreditada, pero si hubiera existido realmente esa circunstancia, de ella no puede derivarse que debía tolerar con posterioridad al supuesto envío esas fotos, el continuo acoso del señor en el ámbito laboral; postular lo contrario implicaría seguir consintiendo la violencia sexual hacia la mujer expresamente vetada, no solo en los ámbitos públicos, sino también privados.
5. — No puede reprocharse a la mujer la tardía puesta en conocimiento a sus superiores sobre la situación que atravesaba, ya que quedó demostrado que, al hacerlo formalmente con el envío de una misiva postal, la respuesta que recibió por parte del presidente del directorio de la sociedad demandada al negar tal situación luego de consultar únicamente con el presunto acosador no fue la que más se ajusta a un empresario previsor e interesado en mantener la integridad de sus trabajadoras.
6. — La pretendida defensa de la empleadora en torno a que fue la propia trabajadora quien se habría procurado la situación de acoso por enviar fotos íntimas a su victimario permitiría concluir prima facie que el empleador comparte el patrón socio cultural que sostiene la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.
7. — El contrato de temporada es de tiempo indeterminado, aunque con prestaciones discontinuas, esto es, que se cumplen plenamente en determinadas épocas del año y están sujetas a repetirse en cada ciclo; durante el período de actividad, la relación se desarrolla en todos sus aspectos y las partes están sujetas a la observancia de los deberes de cumplimiento y de conducta; en cambio, durante el de receso, el trabajador deja de prestar el servicio y el empleador, de pagar la remuneración, pero no obstante ello, el vínculo jurídico subsiste.
8. — La situación de despido indirecto en la que se colocaron los trabajadores es legítima, dado que existió la conclusión anticipada de la temporada, pero el empleador no acreditó los motivos por los cuales disminuyó la producción y el consiguiente exceso de mano de obra; más si ninguna explicación se otorgó en las misivas postales respecto a si aquellos serían convocados para temporadas siguientes.
9. — El incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323 se aplica tanto cuando el empleador despide sin causa, como cuando los motivos invocados como justa causa no resultan probados, como en los supuestos de despido indirecto.
10. — Considerando que la 26.727 de trabajo agrario no contiene pautas relativas a la falta de entre-

ga de documentación al momento de la extinción del vínculo, corresponde la aplicación de la sanción prevista en el art. 80, LCT, toda vez que no se oponen a la naturaleza y modalidades de la ley de trabajo agrario.

11. — La situación de despido indirecto en la que se colocaron los trabajadores no puede convalidarse, ya que el demandado acreditó mediante publicaciones periódicas e informes de INTA la sequía que denunció como fundamento para concluir anticipadamente la temporada; más si fue una medida que se tomó para los actores y para 17 personas más. (Del voto en disidencia de la Dra. Regina).

i CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Acoso sexual laboral.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Actividad: Trabajadora agraria.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$150.000

CTrab., Salta, sala II, 04/10/2019. - R., J. D.; R., P. E. c. El Mangrullo SA s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/34804/2019]

i JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Pellicori, Liliana Silvia", 15/11/2011, Fallos 334: 1387, AR/JUR/68958/2011, sostuvo que en los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

i COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

El acoso sexual en el contrato de trabajo: dos miradas jurisdiccionales sobre cómo acreditar los hechos denunciados

Marcelo J. Salomón (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso denunciado y las resoluciones judiciales en comentario.— III. El acoso sexual ejecutado por el supervisor y tolerado por la patronal.— IV. Otros tópicos de la sentencia: la “emergencia”, causales de extinción del contrato de trabajo y la extensión del proceso.

I. Introducción

En el fallo que anotamos, como en su antecedente revisado, se abordan asuntos que circundan con creciente frecuencia la vida laboral argentina. Uno de ellos, en progresiva visibilidad, es el acoso sexual laboral impulsado por el empleador o por dependientes jerárquicos de este, quienes usufructuando la asimetría de poder que genera el vínculo contractual procuran favores sexuales bajo extorsión laboral; el otro tópico que ventila el fallo, es el impacto legal que genera la declaración estatal de diferentes “emergencias” (sean económicas, climáticas, tributarias, etc.) en la regulación del contrato de trabajo, y las supuestas modificaciones que aquellas pueden conllevar en las pautas legales y convencionales sobre los contratos de trabajo.

II. El caso denunciado y las resoluciones judiciales en comentario

Los hechos que sustentan el reclamo acontecieron en la temporada estival del año 2013,

en el interior de la provincia de Salta, en una finca cuya actividad principal es la producción y manufactura del tabaco, encontrándose los reclamantes (una mujer y su pareja varón) vinculados con la patronal bajo la modalidad contractual de temporada (arts. 17 y ccs. de la ley 26.727, Trabajo Rural).

La trabajadora y su pareja requirieron a su empleador que tomara medidas para hacer cesar un persistente acoso sexual laboral hacia la actora que llevaba adelante el encargado general de la finca, empleado jerárquico de la empresa.

La patronal negó enfáticamente cualquier acoso de su dependiente y extinguió el contrato de trabajo invocando la finalización del ciclo de producción por razones climáticas que influyeron centralmente en la referida temporada.

Frente a ello, ambos actores —colocándose en situación de despido indirecto— reclamaron las indemnizaciones que se derivan de la interrupción anticipada de un contrato de temporada; de manera adicional la trabajadora reclamó por los daños y perjuicios generados por el acoso sexual del que fue víctima por parte del empleado jerárquico de la firma.

Respecto al acoso sexual del superior sobre la trabajadora, la prueba colectada centralmente

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Docente investigador SECyT (Categoría III).

se asienta en testimonios de otros dependientes de la firma, que describen el actuar del encargado y —de manera llamativa— también se recepitó el testimonio del sindicado como acosador.

La sentencia de grado rechazó por completo ambas demandas, por considerar que no se había demostrado ningún tipo de acoso sexual por parte del supervisor y que las leyes de emergencia eran de aplicación al caso y como tal permitían la interrupción anticipada al ciclo habitual de cada año.

El fallo de la Alzada dictado en el mes de octubre de 2019 resuelve por unanimidad, tener por acreditado el acoso sexual del supervisor y condenar a la patronal al pago de una indemnización adicional. Respecto a la influencia de la llamada “emergencia agropecuaria” en la extinción del vínculo, la decisión no fue unánime. La mayoría del tribunal (integrada por la Dra. Domecq, autora del voto y el Dr. Petersen, quien adhiere íntegramente al primer voto), repugna la supuesta emergencia como causal dirimente de la extinción y en consecuencia avala el reclamo de ambos actores; en cambio, la minoría (en el voto de la Dra. Regina) propone la confirmación de la sentencia de primera instancia respecto del trabajador (pareja de la actora), por entender confirmada la situación de emergencia climática con clara incidencia en la temporalidad del contrato y por lo tanto en la extinción del contrato.

III. El acoso sexual ejecutado por el supervisor y tolerado por la patronal

Las posiciones sostenidas por las resoluciones dictadas en este caso claramente identifican dos posturas antagónicas respecto a un entramado fáctico de acuciante realidad para los dependientes, en general mayormente mujeres, como es la denuncia y comprobación del acoso sexual (1).

(1) Para consultar el tema, entre otros puede verse: ROO, Diego M., “Acoso laboral. Acoso sexual. Diferencias y similitudes”, DJ del 07/04/2010, 845, Cita Online AR/DOC/1053/2010; GONZÁLEZ PONDAL, Tomás I., “La degeneración invisible: acoso sexual en el ámbito laboral”, Sup. Act. Del 30/09/2008, Cita Online AR/DOC/2433/2008; SÁENZ, Patricia, “Acoso sexual, una de las manifestaciones de la violencia laboral”, Sup. Act. del 27/04/2006, Cita Online AR/DOC/1566/2006.

En una primera posición, en franca minoría jurisprudencial y con escaso aval doctrinario, se identifican aquellos tribunales —como el de primera instancia— que sostienen una postura rígida y exigente en cuanto a la tipificación y demostración de las circunstancias y los hechos que sustentan la denuncia del acoso. En una segunda postura —posición que compartimos y auspiciamos— hay tribunales (como el que dictó el presente fallo) que solamente requieren la demostración de indicios, la sospecha de ejecución de una actitud dudosa para desde ese atalaya reclamarle al empleador o al denunciado como acosador la justificación, por la negativa, de la no persecución sexual.

Vale la pena recordar que, desde el abordaje jurisdiccional procesal, el acoso sexual puede ser identificado como una forma de discriminación —en este caso sexual— además, de un acto de violencia hacia la mujer (2).

Al respecto es señera y sostenida la doctrina “Pellicori” (3) de nuestra Corte Federal en cuanto establece que resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, se presenten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

El fallo en comentario se enrola en la tesis propugnada por nuestra Tribunal Címero, muestra de ello es el meduloso razonamiento concatenado para arribar a la solución final y la valoración de la prueba colectada en la causa.

(2) Al respecto, puede verse: AMBESI, Leonardo J., “El convenio de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y el sistema jurídico laboral argentino. Una aproximación”, en Suplemento Derecho del Trabajo, DT 2019 (noviembre), 153, Cita Online AR/DOC/2437/2019.

(3) Para profundizar el tema puede leerse, entre otros: GONZÁLEZ ROSSI, Alejandro - KHEDAYÁN, Eugenia P., “Los cambios en el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la carga probatoria en los casos de discriminación laboral”, DT 2018 (agosto), 1828, Cita Online AR/DOC/1533/2018; SCOTTI, Héctor J. - DUBRA, Diana, “La carga de la prueba en los casos de despidos discriminatorios”, DT 2012 (marzo), 481, Cita Online AR/DOC/665/2012.

En una posición que valoramos la sentencia enarbola un reproche, de manera incuestionable, hacia la actitud judicial de la patronal quien endeblemente se ha defendido (pretendiendo que la actora demostrara los hechos denunciados) generando insignificante prueba para desvirtuar los indicios acercados por la trabajadora, siendo su más enérgica actitud haber indagado al propio denunciado, sobre la ejecución del acoso laboral.

Este postulado se ve acrecentado con el escrutinio que se realiza respecto de las facultades de dirección y control empresarial y la obligación de resguardo de su personal que le competía a la patronal y que en este caso no realizó (como bien se destaca en el extenso consid. V, piedra axial de la valoración probatoria).

Otra arista particular del caso, que la sentencia con solvencia sortea y protege del examen judicial, es el desarrollo de la vida personal de la actora y su derecho a la imagen (en concreto la trabajadora se había tomado fotos o videos en actos de intimidación sexual), ya que anula la postura defensiva del denunciado y de la patronal respecto a una valoración claramente machista y sexista por ellos sostenida (cfr. testimonio del propio acosador) lo cual, mal que nos pese a la sociedad argentina, es moneda corriente en muchos de los ámbitos laborales actuales. Con precisión la sentencia, en el consid. IV) afirma: "Tal comentario denota la presencia de un patrón socio cultural que tiende no solo a desprestigiar a las mujeres que no responden a las reglas de comportamiento y vestimenta que son consideradas apropiadas —en este caso, para el declarante y, a sazón, hostigante— sino también a trasladar la responsabilidad de los hechos denunciados a las mujeres mismas, quienes por vestir de determinada manera son ubicadas en una situación de culpabilización por los hechos que la pudieran tornar en su lugar de trabajo como víctima de violencia hacia su integridad psicofísica".

En línea con lo antes dicho, la sentencia destaca que la demostración de los hechos que circundan un acoso sexual o la violencia laboral, son de dificultosa probanza y sopesa acertadamente —a nuestro modo de ver— los aportes testimoniales de varios dependientes sobre el actuar del encargado jerárquico denunciado

como acosador y sobre el control patronal de su desempeño para confirmar la presunción del actuar acosador del empleado jerárquico de la empresa.

En el plano argumental, la sentencia se afincada en normas supraleales derivadas del techo axiológico contenido en el llamado bloque de constitucionalidad (4) (tal como se lee en el consid. IV), actitud que gratamente se visualiza de manera cada vez más asidua en las resoluciones judiciales del país (5). Respecto al efecto que las llamadas acciones positivas deben tener en la búsqueda y materialización de los DD.HH. de las personas en situación de vulnerabilidad, calificada doctrina, desde hace tiempo viene sosteniendo que "el juez debe interpretar el ordenamiento jurídico también a la luz del principio de acción positiva del Estado" (6).

Finalmente, a la hora de cuantificar la reparación del daño causado por el acoso sufrido por la actora (consid. VIII), el tribunal invocando diferentes fallos, se enrola en una postura de autonomía judicial para determinarla —más propia de una tesis privatista que laboral—, apartándose quizás del criterio general establecido por el legislador laboral. Esto es así porque si de acuerdo con la Carta Magna Nacional y su reparto de competencias constitucionales, corresponde al Congreso Nacional —en ejercicio de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia— fijar las pautas reglamentarias de los derechos; y si la expresión parlamentaria en el ámbito la-

(4) Para estudiar la problemática y realidad normativa que se deriva del "bloque de constitucionalidad", recomendamos, por su profundidad en el análisis, MANILL, Pablo L., "El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional Argentino", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, Cita Online AR/DOC/10997/2003 y sucesivas publicaciones en el tema del autor.

(5) Al respecto, puede consultarse: DEVOTO, Pablo A., "El convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, y la recomendación 206: una normativa internacional necesaria. Comentarios sobre sus aspectos más relevantes", DT 2019 (noviembre), 164, Cita Online AR/DOC/3082/2019.

(6) Con provecho para todos, recomendamos la lectura: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las acciones positivas", Asociación de Abogados de Buenos Aires, abril 2001.

boral siempre ha sido (a excepción de los arts. 95 y ccs., LCT) la de fijar “parámetros económicos de cálculos” (pudiendo citarse como ejemplos de ello el rescaramiento por embarazo/matrimonio, las penalidades por despidos en la tutela sindical, las indemnizaciones de la ley 24.013, o los mecanismos indemnizatorios aplicables a los riesgos del trabajo, entre muchos otros) no pareciera sensato que el juez del trabajo a la hora de cuantificar un daño se aparte de tan consolidado precepto legislativo, más aún en un supuesto factico-legal que se encuentra vacuo de reglamentación específica. Más claramente: en otra posible solución, la sentencia se podría haber asentado para sancionar el acoso sexual laboral tolerado por la patronal en algunos de los módulos indemnizatorios establecidos en la LCT (v.gr.: art. 182, duplicación art. 245, entre otras posibles opciones), respetando así el criterio de tabulación objetiva de la reparación de daños derivados del contrato de trabajo.

IV. Otros tópicos de la sentencia: la “emergencia”, causales de extinción del contrato de trabajo y la extensión del proceso

Si bien el objeto central del comentario requerido por la editorial era la sanción judicial al acoso sexual, no queríamos soslayar otros tópicos que se abordan en la sentencia o que esta trasluce.

Uno de ellos es la causal de extinción del contrato de trabajo: así la patronal ha argumentado la implicancia climática en la extensión temporal del contrato. No obstante, los actores, ignorando tal extinción contractual “producen” una segunda extinción argumentando el acoso laboral supra analizado (7).

(7) Este “intrínquis extintivo” es concluyentemente incompatible con la Ley de Contrato de Trabajo (aplicable por remisión al presente caso) la que rotundamente establece (art. 243 y ccs.) que el contrato se extingue una sola vez y que aquella parte que ha resuelto la rescisión deberá cargar con las consecuencias de tal decisión. Es decir, nunca podría haber acontecido una “segunda extinción” a través de un despido indirecto, sino lo que debió valorarse es la infundada rescisión anticipada de la patronal y desde allí cargar con las indemnizaciones que se generen por tal actuar ilegal.

Más allá de la particularidad de la “doble extinción”, nuevamente se observan dos posiciones judiciales respecto a la influencia jurídica de la emergencia climática sobre el contrato de trabajo de los actores. Para el juez *a quo* y la minoría de la Cámara, fue justificado la interrupción anticipada del plazo de la temporada por las inclemencias climáticas, casi sin exigir prueba determinante más que las sucesivas declaraciones legislativas de emergencia y publicaciones periodísticas (tal como se puede leer en la reseña del consid. I) y en el voto de la Dra. Regina); no compartimos esta postura jurisprudencial pues, a nuestro juicio, se enaltece en el mérito judicial las consecuencias de “expresiones legislativas abiertas” (leyes sectoriales particulares) de dudosa implicancia en el marco legal laboral, alterando con tal posición, el esquema general diseñado por el derecho del trabajo para la admisión de causales extraordinarias (tanto en suspensiones como en las extinciones) en el contrato de trabajo (8).

La mayoría del tribunal, en posición que empatizamos, rechaza la causal climática argumentada por la patronal, y de manera sucinta (consid. III) rechaza la extinción patronal —avalada por el tribunal *a quo*— y admite las indemnizaciones por interrupción incausada del contrato de trabajo.

Finalmente, no queremos concluir nuestras reflexiones sin remarcar otro aspecto que la sentencia denota. Si bien la “tutela judicial efectiva” (art. 18, CN, Tratados de DD.HH., entre otros) ha sido invocado para fundamentar parte de la resolución no se puede pasar por alto que el desenvolvimiento del litigio y la temporalidad del dictado de la resolución en comentario denotan una llamativa contradicción con el referido axioma constitucional, el que también implica insuperablemente que el justiciable obtenga una sentencia motivada y fundada en un tiempo razonable. En concreto: el largo proceso judicial de la causa patentiza la tardía “tutela judicial”, en cuanto a la línea de temporalidad existente entre los hechos juz-

(8) Entre otros, puede verse: JUEGUEN, María C., “La emergencia económica y su incidencia en el ámbito de las relaciones de trabajo y del Derecho del Trabajo”, JA, Cita Online: 0003/1000004.

gados (año 2013) y la resolución dictada (año 2019). Esta reflexión no implica cargar responsabilidades personales, sino busca propiciar que los diferentes operadores judiciales (abogados, peritos auxiliares y miembros de los tribunales) nos consustanciemos con el paradigma constitucional de la “respuesta judicial

a tiempo” (pilar central de la Tutela Judicial Efectiva) y mancomunadamente trabajemos y nos esforcemos en lograr brindar respuestas con premura a hechos de tanta gravedad para las trabajadoras y de fuerte connotación social para la comunidad toda, como son el acoso sexual y la violencia laboral.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

DERECHO A CONSTITUIRSE EN UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Servicio penitenciario. Provincia de Entre Ríos. Doctrina de la Corte Suprema referida al personal policial. Aplicabilidad. Disidencia.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — La prohibición de asociarse con fines gremiales es aplicable tanto al personal policial como al personal penitenciario según el derecho vigente en la Provincia de Entre Ríos; por consiguiente, sin perjuicio de que dicha normativa pueda modificarse o derogarse en el futuro, la peticionante no puede constituirse hoy como una entidad sindical.
2. — Si bien la doctrina de “Sindicato Policial” —Fallos: 340:437, AR/JUR/8443/2017— fue elaborada teniendo en miras al personal policial, no al personal penitenciario, en ambos supuestos, sin embargo, se trata de miembros de fuerzas de seguridad estatales cuya organización, actividades y estatutos legales exhiben una clara similitud. El servicio penitenciario de la Provincia de Entre Ríos pertenece, al igual que la policía provincial (arts. 1 y 2 de la ley 5654), a la rama activa de Seguridad (art. 1° de la ley 5797). Por otro lado, las funciones asignadas al personal penitenciario son también las de seguridad y defensa (artículo 9° y le competen las “facultades y atribuciones correspondientes a su calidad de depositario de la fuerza pública” (art. 10).
3. — Las disposiciones legales que tiene en claro fin de preservar la disciplina interna, prohíben las quejas o los reclamos grupales no debe verse como un obstáculo decisivo para que el personal policial y penitenciario pueda crear una asociación que, respetando la disciplina interna, cumpla un rol significativo en la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de ese colectivo de trabajadores, máxime cuando no se desprende la existencia de disposición legal alguna que en forma expresa le prohíba al personal policial y penitenciario de dicha provincia asociarse con fines gremiales. (del voto en disidencia del doctor Maqueda).
4. — El derecho de la demandante a ser reconocida como organización sindical resulta de la aplicación directa del art. 14 bis, primer párrafo in fine, de la Constitución Nacional, sin que sea necesaria intermediación normativa alguna sino la mera inscripción en un registro especial (del voto en disidencia del Dr. Rosatti según su disidencia en “Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, Fallos: 340:437, AR/JUR/8443/2017, a la cual remite).

CS, 03/12/2020. - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social c. Asociación Profesional Policial y Penitenciaria de Entre Ríos s/ ley de asoci. sindicales.

[Cita on line: AR/JUR/64507/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

Es cuestión de tiempo para que las fuerzas de seguridad se sindicalicen: un destacado voto en minoría en un decisorio de la CS

Alejandro Gabet ^(*)

Nuevamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve un caso sentado postura contraria en cuanto a la posibilidad de la sindicalización de las fuerzas de seguridad, y en este caso referido al Servicio penitenciario de la Provincia de Entre Ríos.

En minoría los Dres. Maqueda y Rosatti declaran procedente el Recurso Extraordinario que de haber prosperado habría cambiado la historia de una sinrazón inexcusable que lleva décadas sin resolverse.

Explicaciones que intentan justificar las decisiones en el sentido contrario a la sindicalización, sostienen entre otros motivos, del peligro que puede representar los reclamos colectivos tanto de las fuerzas armadas como de seguridad.

El primer error es la no discriminación entre las fuerzas armadas y las de seguridad, hecho este que otros países si lo han considerado.

Debemos tener en cuenta que los reclamos más importantes que necesitan de la protección de un sindicato son los individuales.

Aquellos que permiten la protección ante la férrea verticalidad de la fuerza, donde la autoridad jerárquica puede superar el sentido común.

Cabe preguntarnos entonces si otras organizaciones que se hallan sindicalizadas están totalmente descontroladas por el solo hecho de hallarse sindicalizada. La respuesta al interrogante, seguramente debemos encontrarlos en las noticias diarias y concluir que es lo que sucede. Pero a modo de incipiente respuesta señalaremos que la gran mayoría de las organizaciones no tienen problemas.

Debemos entonces analizar que, si existiera la posibilidad de generarse alguna situación problemática en el manejo con los sindicatos, esta ya no sería por hallarse sindicalizada la organización.

Obsérvese que sin estar sindicalizados se han producido movimientos colectivos en alguna fuerza de seguridad. Y para los que están pensando que hubiere sido más peligroso si los miembros de una fuerza estuviesen agremiados, podemos responder sin la menor duda que se equivocan.

Una fuerza de seguridad agremiada tendría en primer lugar que coordinar cualquier movimiento colectivo con su asociación sindical, ello solo ya evita el caos que genera no saber quiénes son los interlocutores de un conflicto.

Lamentablemente en la presente causa en comentario, la CS ha respondido girando alre-

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

dedor del tema sin suerte de continuidad, obsérvese el punto 10 de la resolución que inicia señalando la diferencia entre las fuerzas armadas y la policía realizada por la OIT respecto al derecho a agremiarse y que las normas que limitan dicho derecho son restrictivas.

Para luego concluir dicho apartado 10 mencionando que si bien la interpretación debe ser restrictiva la prohibición de asociarse alcanza también al Servicio Penitenciario.

En este punto viene bien el señalar que países que en diversos países que han reconocido la diferencia entre las fuerzas armadas y la policía, estas últimas se hallan sindicalizadas.

Nuestro vecino país hermano la República Oriental del Uruguay, en un proceso que se inició con huelgas policiales de 1987 y 1992, recién en el año 2005 el Parlamento reconoce la posibilidad de sindicalización de la policía. Es así como se crea el SUPU y se logra la modificación de la ley orgánica en el año 2015.

Los votos en minoría de los Dres. Maqueda y Rosatti nos abre un incipiente camino al derecho a constituir una Organización Sindical de las Fuerzas Policiales, en un plazo más cercano que lejano, será una realidad incontestable.

Basta mirar al mundo actual y preguntarnos que nos está pasando en nuestra querida patria la República Argentina.

DESPIDO POR FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO

Requisitos de la comunicación rescisoria. Descripción clara de los motivos en los que se funda la ruptura del contrato de trabajo. Vicisitudes del mercado. Riesgo empresario. Improcedencia.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — Las vicisitudes del mercado, incidentes en el riesgo de la empresa, en cuanto frustrantes de las expectativas tenidas en cuenta al organizarla, son ajenas al art. 247, LCT, ya que no inciden sobre el objeto del contrato. Así como el trabajador no participa de los beneficios de la empresa tampoco debe compartir sus quebrantos.
2. — Los términos en los que fue cursada la comunicación rescisoria no cumplen con los recaudos previstos por el art. 243, LCT, porque no reflejan una expresión lo suficientemen-

te clara de los motivos en los que se fundó la ruptura del contrato de trabajo. Es derivación práctica del principio de buena fe y —fundamentalmente— del derecho de defensa, la explicación reflexiva en términos precisos y claros de las razones alegadas como causa del despido. Esto no tiene otra finalidad que poner en conocimiento del actor, desde el inicio del conflicto, los hechos concretos sobre los que se funda el acto rupturista.

CNTrab., sala I, 04/11/2020. - Rojas, Juan Matías c. Farji y Compañía SRL s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/70177/2020]

 **COSTAS**

Se imponen a la accionada.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

Improcedencia de invocar en forma genérica la “falta o disminución del trabajo” para encuadrar el distracto en el art. 247, LCT

Emiliano A. Gabet (*)

Cuando el empleador invoca la falta o disminución de trabajo para fundar la extinción de la relación de trabajo no puede limitarse a citarla en forma genérica. Por aplicación del art. 243,

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de “Derecho Laboral y Seguridad social”, “Derecho Procesal Civil y Comercial” y del “Taller de Litigación Civil y Comercial” (Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

LCT, la misiva del distracto debe ser autosuficiente en cuanto a su contenido.

El art. 247, LCT, no define ni brinda ejemplos de que se puede considerar “falta o disminución del trabajo”. Dicha frase o latiguillo por sí sola nada nos ilustra por lo que, recae en cabeza del empleador describir en cada caso cual es o cuales son las causas que considera que permiten encuadrar la extinción en las previsiones de la citada norma.

Pero dicho contenido, como hemos destacado, debe ser alegado por imperio del art. 243, LCT, en el texto con el que se lo notifica en forma fehaciente al trabajador.

La jurisprudencia ha acuñado el principio que no puede invocarse dicha causa cuando estamos ante un riesgo propio de la empresa ya que el trabajador no tiene por qué cargar con el riesgo empresario.

Así las cosas, el criterio con el que se debe analizar la causa es restrictivo atento que nos encontramos ante una limitación parcial de la responsabilidad indemnizatoria (art. 247, LCT)

en caso de confirmarse la razón dada para justificar el distracto.

Sentado ello, queda claro que el fallo en comentario ha resuelto el caso en forma correcta. La invocación genérica de la causa minó desde un principio el éxito de que la misma fuera convalidada en sede judicial.

A modo de conclusión, no se debe perder de vista que la pericial contable en un caso con las presentes aristas tiende a validar la causal invocada y no, como sucede en muchos casos, a descubrirla.

DESPIDO INDIRECTO

Procedencia. Falta de entrega de los recibos de sueldo. Condena al pago de la indemnización prevista en el art. 10 de la ley 24.013. Improcedencia de la multa del art. 80 de la LCT. Disidencia. Acción civil. Prueba de la situación de violencia que sufrió la trabajadora. Inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Responsabilidad solidaria del empleador y del autor material del acto de violencia. Responsabilidad civil de la ART.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — El despido indirecto es procedente pues la falta de entrega de los recibos de sueldos –por sí sola– constituye injuria suficiente para justificar el distracto.
2. — Corroborado en autos que la remuneración de la trabajadora accionante estaba conformada por el pago de comisiones de venta mensuales y acreditado que dichas comisiones no se encontraban registradas, abonándose clandestinamente, se encuentra acreditado el presupuesto que dispone el art. 10 de la ley 24.013 tornando procedente la multa allí prevista.
3. — La principal acreditación del hostigamiento de la trabajadora, y ambiente insano de labor, fue precisamente, la reacción de su superior hacia ella quien, ante el simple reclamo por diferencias salariales, la increpó violentamente estallando en ira, con la particularidad, que dicha reacción, fue de tal magnitud que, por sí sola, sería causal de la incapacidad psicológica que padece la accionante. De tal suerte, es que considero que vivenció un hecho de suma gravedad que le causó graves perjuicios, por lo que debe ser indemnizada con fundamento en las normas civiles.
4. — La inconstitucionalidad planteada por la parte actora en la demanda es procedente, porque si bien es válido que en el régimen de riesgos del trabajo se recurra a sistemas tarifarios, que por ser tales no establecen una reparación plena, no es admisible que ese régimen sea cerrado y excluyente, de modo que la víctima, por su sola condición de trabajador, esté impedido de acceder a otra vía legal para obtener una reparación integral que compete a cualquier ciudadano. En definitiva, propicio la declaración de la inconstitucionalidad del art. 39, LRT, en este caso concreto.
5. — Serán solidariamente responsables la empleadora, como también el autor material del hecho violento y los maltratos, ello de conformidad con los arts. 1749 y 1753 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 9° de la ley 1225 de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que, no sólo no se guardó cierto “cuidado” en relación con el trato que recibía la actora, sino que tampoco se tendió a evitar la “expansión innecesaria del riesgo”, al que se veía expuesta la trabajadora.
6. — Acreditado que el quien fuera el superior de la trabajadora tuvo una reacción violenta desmedida contra ella, ante su reclamo laboral y que dicha reacción fue la causal principal de la incapacidad psicológica que aqueja a la dependiente, entiendo que resulto lisa y llanamente, en un incumplimiento del deber de seguridad por parte del empleador (art. 75, LCT), actitud que constituyó en un abuso del poder de dirección, de una forma que atento contra la salud psíquica de la dependiente –y la cual merece ser indemnizada–. (arts. 65, 66, 67 y ccts., LCT).
7. — La ART resulta es responsable en los términos del derecho común, por la incapacidad psicológica que padece la trabajadora a raíz del episodio violento y los maltratos recibidos de parte de un superior, toda vez que no sólo no probó haber realizado visitas, ni “recomendaciones” a la empleadora de la actora, como tampoco constan exámenes de ingreso ni periódicos a la actora, de modo que no cumplió con el fin de prevenir.
8. — No advierto que el requisito establecido en el decreto 146/01 desnaturalice el sentido de la norma reglamentada, dado que más allá de contemplar un tiempo razonable para la confección de la documentación correspondiente, solo establece una mera formalidad de fácil cumplimiento que en ningún caso obsta a la satisfacción de la obligación sustancial, que no es la obtención de una multa sino la efectiva entrega de las certificaciones correspondientes. De tal modo, y en tanto el accionante no formuló su requerimiento en los términos previstos en el decreto 146/01, la multa señalada en el párrafo que antecede no será procedente (del voto del Dr. Perugini).
9. — El decreto reglamentario N° 146/01 resulta inconstitucional, porque dicho decreto exige al trabajador esperar un plazo de treinta días corridos, a partir de la extinción del contrato de trabajo para que el empleador haga entrega de los certificados de trabajo. Dicha requisito-

ria, que se impone al trabajador, constituye un exceso reglamentario en relación con la norma superior que reglamenta (art. 80 LCT, conf. art. 45 de la ley 25.345), pues se encuentra en abierta contradicción con lo previsto en la materia por los arts. 28 y 99 inc. 2 de la CN, y torna inconstitucional el mencionado art. 3 del mencionado decreto (del voto en disidencia parcial de la Dra. Cañal).



CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

La trabajadora fue protagonista de un episodio de violencia física y hostigamiento por parte de su superior luego de que realizara un reclamo laboral.

Referencias de la víctima:

Sexo: femenino

Actividad: Vendedora

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$36.000.-

Daño patrimonial

Daños varios: \$180.000 (daño material)

Tasa de interés: Activa del Banco Nación desde el 18/07/2012, hasta el 31 de mayo de 2014, fecha en la que se aplicarán las tasas de la CNAT, por el período de vigencia correspondiente a cada una (Actas CNAT Nro. 2601, 2630 y 2658).

CNTrab., sala III, 14/10/2020. - B. I., M. d. J. c. M. L. R. y otros s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/51453/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

Desnaturalización de la interpretación y aplicación de la normativa laboral bajo el velo de un indebido proteccionismo: apostilla sobre el art. 80, LCT, y su reglamentación

Alejandro Gabet (*)

La indemnización por la falta de entrega de los certificados de trabajo previstos en el art 80 de la LCT no deja de ser un interesante tema para un comentario, especialmente ante la existencia de

un debate sin miras de concluir en cuanto a si es o no inconstitucional el dec. 146/2001 que lo reglamenta. La pregunta es si el mismo desnaturaliza o no la norma que lo reglamenta.

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

Justamente en la presente causa podemos observar la defensa que realizan dos miembros de la Sala III en uno u otro sentido. Por nuestra parte intentamos una aproximación a la problemática señalada trayendo al presente comentario —a modo de apostilla— lo señalado por la jurisprudencia en el tema.

Encontramos por ejemplo que, "... las exigencias contempladas en el dec. 146/2001 configuran el trámite inicial de un procedimiento que puede derivar en el pago de una indemnización adicional a la que prevé la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que sus prescripciones deben ser cumplimentadas debidamente..." (1). También resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha indicado: "... El requerimiento fehaciente al que hace referencia el art. 80, LCT, recién puede ser llevado a cabo por el trabajador cuando el empleador no hubiera hecho entrega de las constancias o del certificado dentro de los treinta días corridos de extinguido el vínculo, conforme lo dispuesto por el dec. 146/2001..." (2). Ahora bien, intentando hacer foco con respecto al plazo exigido de treinta días, podemos señalar: "... Si la intimación efectuada por el actor para que se haga entrega del certificado del art 80, LCT, fue hecha con anterioridad a los treinta días corridos de extinguida la relación como prevé la norma (cfr. dec. 146/2001) corresponde el rechazo de la indemnización en cuestión" (3).

Por supuesto, también existe jurisprudencia que nos indica que resulta irrelevante para formular el emplazamiento del art 80 LCT que el trabajador no haya aguardado los treinta días (4). A modo de síntesis y con el debido res-

peto, hago textualmente propio lo indicado por el Dr. Perugini en su voto cuando señala: "... [Q]ue no advierto que el requisito establecido en el decreto 146/2001 desnaturalice el sentido de la norma reglamentada, dado que más allá de contemplar un tiempo razonable para la confección de la documentación correspondiente, solo establece una mera formalidad de fácil cumplimiento que en ningún caso obsta a la satisfacción de la obligación sustancial, que no es la obtención de una multa sino la efectiva entrega de las certificaciones correspondientes..."

Por otro lado, debemos tener presente que la confección de la totalidad de los certificados no es posible en forma simultánea con el distracto. Por ejemplo, las cargas sociales del mes en curso del despido recién se verán reflejadas en el sistema de AFIP al mes siguiente.

Todo esto nos lleva a que el análisis constitucional de la normativa y su reglamentación no puede realizarse en abstracto. Si partimos de absolutos claramente el resultado no será satisfactorio.

Como fuera señalado por Pío XI en su encíclica *divini redemptoris*, además de la justicia conmutativa existe la justicia social. Y dicha justicia exige a los patronos y obreros todo lo que fuere necesario para lograr el bien común. "Todos los actores sociales", incluidos aquellos que tienen la obligación de juzgar.

Por ello un proteccionismo desmesurado lo único que logra es alejarnos del bien común y de la justicia social.

(1) (CNTrab., Sala I, "Kees, Federico M c/ Belt S.A. y otro", 11/03/2003).

(2) (CNTrab., Sala II, "Multicolor SA c/ Sanmartino Maria T.", 09/07/2003).

(3) (CNTrab., Sala V. "Saccone, María C. c/ Global Service S.A.", 19/05/2003)

(4) (CNTrab., Sala X, Mamani, Alberto R. c/ Job Servicios Integrales SA y otros, 27/10/2003 y "Recchi-muzzi, Alejandra K, c/ Viaggini, Angel y otros", 14/07/2004)

FACULTADES DEL EMPLEADOR

Ejercicio abusivo del *ius variandi* invocado por la trabajadora para fundar el despido indirecto. Política de rotación de personal entre sucursales. Rechazo de la pretensión.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — Los testimonios citados permiten tener por acreditada la circunstancia relativa a que la demandada implementa la política de rotación de su personal entre sus diversos locales ubicados, todos ellos, dentro de los límites de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para suplir ausencias del personal; y que ello era avisado y notificado con antelación suficiente, además de comunicárselo al momento de su ingreso a la empresa, así como que el tiempo que llevaba trasladarse entre una y otra sucursal era de aproximadamente media hora en transporte colectivo. En suma, se encuentra acreditada en la causa la existencia de razón funcional para la alteración dispuesta por la demandada.

2. — Si bien la trabajadora invocó que el cambio de lugar de tareas le provocó perjuicios económicos, morales y profesionales, lo cierto es que no describió ni especificó en qué consistían aquellos, todo lo cual impide concluir o afirmar que el ejercicio del poder de organización y dirección comprendido dentro de la amplitud del objeto implique una violación del art. 66 de la LCT. En definitiva, no habiendo la actora acreditado los presupuestos fácticos que sustentaron su decisión rupturista, cabe confirmar el rechazo de la demanda en cuanto persigue el cobro de las indemnizaciones derivadas de la extinción dispuesta, por improcedente.

CNTrab., sala V, 30/11/2020. - Rodríguez, Maite Bárbara c. Calzarte SRL s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/63699/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

Acreditación de la razón funcional para alterar el lugar de trabajo: un caso sobre el legítimo ejercicio del *ius variandi*

Emiliano A. Gabet (*)

El ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador no está prohibido por la ley de contrato de trabajo.

Así el art. 66 de la LCT ordena: "... [E]l empleador está facultado para introducir todos aque-

llos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador...".

Ello es una derivación propia del poder de dirección resultando exigible que la medida adoptada supere el tamiz de la razonabilidad.

El decisorio en comentario resulta muy interesante en cuanto al modo que desarrolla y

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

tiene por acreditada la razón funcional de la alteración de las condiciones del trabajo que se debatía en el juicio.

Una política de rotación del personal en los distintos locales sitios en la Ciudad de Buenos Aires no es de imposible implementación si se cumplen determinados requisitos.

En principio, debemos partir de la existencia de una política —en este caso de rotación de personal para cubrir ausencias— volcada en un documento escrito que tiene que haber sido notificada a los empleados. Pero ello solo no basta como hemos indicado, debe ser razonable lo allí dispuesto.

Aquí es donde se resalta en el decisorio que la rotación era avisada y notificada con una debida antelación, implementándose dentro de los límites de la ciudad y, en cuanto al factor tiempo

del traslado de una sucursal a otra, no era irrazonable.

Es destacable el fallo en comentario en cuanto analizó las particularidades del caso en concreto validando de esa forma el poder de dirección del empleador. Cuando éste es prolijo en cuanto a las formas de implementación de las políticas y/o decisiones existe una mayor probabilidad de que sus medidas sean convalidadas judicialmente en caso de existir judicialización del conflicto.

Si bien la prolijidad operativa del empleador indicada no asegura per se el éxito —prolijidad en la implementación no es lo mismo que razonabilidad de la medida— queda claro que, de existir por parte de la judicatura la apertura a tratar y analizar los hechos sin prejuicios ni preconceptos, el acceso a fallos como el que se comenta sería mucho más profuso.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CONTRATO DE TRABAJO

Deberes del trabajador. Despido injustificado. Falta de prueba de la conducta endilgada por la empleadora.

1. — Los deberes que imponen los arts. 62 y 63 de la LCT y en especial, el deber de fidelidad cuyo cumplimiento exige el art. 85, LCT, tienen un contenido ético y patrimonial, en consecuencia, la ruptura por violación a los deberes de diligencia, colaboración y buena fe debe derivar de uno o más hechos que conculquen las expectativas acerca de una conducta leal y acorde con dichos deberes creadas con el devenir del vínculo.
2. — Estimo que no está acreditado el hecho invocado al actor en el despacho resolutorio consistente en que en momentos en que se hallaba en la zona de *lockers*, tomo una campera —que había dejado su compañero— la guardó en su mochila y se retiró del lugar con la misma, sin dar aviso alguno a sus superiores, y sin dejar dicha prenda para su resguardo, obrando en forma contraria a las normas internas en cuanto al hallazgo de pertenencias, ya que hay prueba alguna que permita tener por acreditada dicha inconducta.

**CNTrab., sala II, 03/02/2021. - Jover, Pablo Andrés
c. Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ despido.**

[Cita on line: AR/JUR/72/2021]

Expediente N° 78.804/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 03 de 2021.

El doctor *Piroló* dijo:

La sentencia de primera instancia hizo lugar a las pretensiones salariales, indemnizatorias y sancionatorias deducidas en el escrito inicial.

A fin de que sea revisada esa decisión por este Tribunal de Alzada, interpuso recursos de apelación la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, en los términos y con los alcances que explicita en su respectiva expresión de agravios. La perito contadora apela los honorarios regulados en su favor por considerarlos reducidos.

Al fundamentar el recurso, la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA se agravia porque la Sra. Juez *a quo* entendió que el despido directo resultó injustificado; refiere que se efectuó una incorrecta valoración de las pruebas obrantes en autos. Cuestiona

la admisión del incremento previsto en el art. 2 de la ley 25.323 y la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT.

Sólo con el fin de adecuar el tratamiento de las cuestiones planteadas a un método expositivo que posibilite un lógico desarrollo argumental, estimo conveniente analizar los agravios expresados por la parte demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA del modo que se detalla a continuación.

Crítica la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA que la Sra. Juez de primera instancia haya concluido que la decisión resolutoria que adoptó el día 04/08/2017 no se ajustó a derecho. Considero que no asiste razón a la recurrente.

Los términos de los agravios imponen memorar que llegan sin cuestionamiento ante esta Alzada las conclusiones de la Sra. Juez *a quo* según los cuales el distracto se produjo en virtud del despido directo dispuesto por Hipódromo Argentino de Palermo SA mediante CD del 04/08/2017 (ver fs. 21 e informativa al Correo a fs. 105/114).

Ahora bien, en la mencionada comunicación resolutoria, la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA sostuvo que “...En nombre y representación del Hipódromo Argentino de Palermo SA, atento la grave falta que cometiera, en tanto el día 02/08/2017 a las 19 hs. aproximadamente, en momentos en que se hallaba en la zona de lockers, tomo Ud. una campera —que había dejado su compañero, I. D., colgada— la guardó en su mochila y se retiró del lugar con la misma, sin dar aviso alguno a sus superiores, y sin dejar dicha prenda en el sector Welcome, para su resguardo, obrando en forma contraria a las normas internas en cuanto al hallazgo de pertenencias olvidadas o extravías. A ello se agrega que el Sr. D. efectuó el reclamo por el extravío de dicha campera a su superior, la Sra. N. G. y al Jefe Principal de Seguridad, y que al serle requeridas a Ud. las explicaciones del caso, las mismas no fueron satisfactorias. En consecuencia, habiendo generado con su impropio actitud enormes perjuicios para esta empresa, y habiendo perdido en forma absoluta la confianza sobre su persona, y considerando esta parte que su conducta no se corresponde con los deberes de diligencia, colaboración y buena fe que debe mediar en toda la relación laboral, hechos estos que por su gravedad constituyen una injuria de tal magnitud que impiden la prosecución normal de la relación laboral, esta empresa en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 67 y 68 de la LCT, ha dispuesto despedirlo bajo su exclusiva culpa en los términos del art. 242 de la LCT. Finalmente, le hacemos saber que su liquidación final será depositada en su cuenta sueldo, dentro del plazo de ley. Asimismo, le informamos que sus certificados de trabajo (art. 80

de la LCT) se encuentran a su disposición en la sede de esta empresa, y que su Certificación de Servicios y Remuneraciones, se hallará confeccionada dentro del plazo que posibilita el nuevo sistema implementado por ANSES...” (ver fs. 21 e informativa al Correo a fs. 105/114).

A su vez, el actor mediante TCL de fecha 14/08/2016 respondió rechazando los términos del despido dispuesto por la ex empleadora.

En atención a la forma en que ha quedado trabada la litis, dado el despido directo dispuesto por la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, incumbía a ésta acreditar no sólo la existencia de los hechos imputados a Jover, sino, además, que su accionar pueda considerarse constitutivo de una injuria que no admitiera el mantenimiento del vínculo (art. 377 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); y, a mi entender, esto último no fue acreditado.

Nótese que los testigos D. B., G. y A., propuestos por la demandada, fueron desistidos en la audiencia del día 02/07/2019 y en la resolución de fecha 03/07/2019.

Cabe memorar que los deberes que imponen los arts. 62 y 63 de la LCT y en especial, el deber de fidelidad cuyo cumplimiento exige el art. 85 LCT tienen un contenido ético y patrimonial. En consecuencia, la ruptura por violación a “los deberes de diligencia, colaboración y buena fe” —como invocó la recurrente— debe derivar de uno o más hechos que conculquen las expectativas acerca de una conducta leal y acorde con dichos deberes creadas con el devenir del vínculo. Esta expectativa se puede frustrar a raíz de un suceso que lleva a la convicción de que el trabajador ya no es confiable, pues cabe esperar la reiteración de conductas similares; y estimo que, en el caso, no hay evidencia alguna de que la conducta del actor durante una relación de 10 años no se haya adecuado al cumplimiento de sus deberes porque, valoradas las circunstancias analizadas en el marco de las obligaciones que emanan de un contrato de trabajo, estimo que no está acreditado el hecho invocado al actor en el despacho resolutorio consistente en que “el día 02/08/2017 a las 19 hs. aproximadamente, en momentos en que se hallaba en la zona de lockers, tomo Ud. una campera —que había dejado su compañero, I. D., colgada— la guardó en su mochila y se retiró del lugar con la misma, sin dar aviso alguno a sus superiores, y sin dejar dicha prenda en el sector Welcome, para su resguardo, obrando en forma contraria a las normas internas en cuanto al hallazgo de pertenencias...”.

A esta altura del análisis, cabe señalar que la sentenciante señaló que “...la accionada no ha acercado a la causa prueba alguna que permita tener por acre-

ditada las inconductas que le endilgó al trabajador como injuria impeditiva de la continuidad del vínculo, teniendo en cuenta que la documental atribuida al actor obrante a fs. 73, ha sido desconocida por el accionante a fs. 92 vta. y no se ha instado la prueba pericial caligráfica que permita dar andamio a la postura de la demandada de atribuir dicha manifestación al actor, lo que resulta contundente para sellar la suerte del presente reclamo...” Sostiene la recurrente que “la sentencia se dicta pendiente la producción de pruebas (pericial caligráfica), y en plena vigencia del ASPO...”, “...los autos pasan a sentencia, a pedido de la parte actora, en tales condiciones, y cuando obviamente, resultaba imposible que se llevara adelante la pericial caligráfica pedida por mi mandante”. Además, sostiene en el memorial recursivo que la Sra. Juez *a quo* designó audiencia a efectos de que la parte actora reconozca la documentación acompañada por la accionada y que el accionante no concurrió.

Ante los argumentos expuestos por la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, cabe señalar que, aun de considerarse que el actor incurrió en la conducta descrita en el despacho del día 04/08/2017 consistente en que “en momentos en que se hallaba en la zona de lockers, tomo Ud. una campera —que había dejado su compañero, I. D., colgada— la guardó en su mochila y se retiró del lugar con la misma, sin dar aviso alguno a sus superiores, y sin dejar dicha prenda en el sector Welcome” —conducta que se encontraría reconocida en el descargo efectuado por el actor, suscripto de puño y letra— (lo cual sólo considero en grado de hipótesis ya que, reitero, no se encuentra acreditado), dicha conducta valorada en el contexto global de la relación mantenida por las partes, no adquiriría entidad impeditiva del mantenimiento del vínculo; dado que, para considerarla como configurativa (o no) de una injuria que hiciera imposible la continuidad de la relación, es necesario valorarla junto con los restantes antecedentes disciplinarios del trabajador durante los 10 años de antigüedad que tenía en la empresa. Desde esa perspectiva, aún en la hipótesis que se viene analizando, es evidente que la conducta descrita en el despacho resolutorio, habida cuenta de que Jover no contaba con antecedentes disciplinarios por causas similares que puedan considerarse desfavorables, no aparece como impeditiva del mantenimiento del vínculo; y, acaso, bien pudo haber sido sancionada mediante una medida proporcionada a su real significación que tuviera en consideración la falta de antecedentes disciplinarios por causas similares y su antigüedad, antes que adoptar la extrema decisión de resolver el vínculo (arg. arts. 10, 62, 63, 67 y subs. y 242 LCT). En virtud de lo expuesto, resulta innecesario disponer la medida para mejor proveer solicitada vinculada al sorteo de un perito calígrafo.

Resta señalar que la recurrente en el memorial recursivo sostuvo que de la prueba pericial contable (Punto 7) “surgen las sanciones disciplinarias oportunamente aplicadas”. Si bien se desprende de la prueba pericial contable, la existencia de dos sanciones disciplinarias, lo cierto es que los antecedentes invocados, carecen de entidad pues más allá de que se refieren a hechos ocurridos en los años 2009 y 2013, bien es sabido que los antecedentes invocados por la empleadora al decidir un despido, sólo pueden tenerse en cuenta en la medida en que la causa contemporánea al distracto se encuentra debidamente acreditada circunstancia que, como quedó expresado, no se advierte cumplimentada en el caso de autos.

En definitiva, tal como se indicó más arriba, no está probado en modo alguno que el actor haya incurrido en algún incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que pueda considerarse configurativo de una causal objetiva de violación de “deberes de diligencia, colaboración y buena fe” ni determinante de pérdida de confianza, ni motivo válido de la decisión segregatoria; y en tales condiciones, estimo que el despido careció de causa legítima.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de anterior instancia en cuanto condenó a la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, al pago de las indemnizaciones previstas en el art. 232, 233 y 245 de la LCT.

Se agravia la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA por la condena al pago del incremento previsto en el art. 2 de la ley 25.323.

Sobre el punto, cabe señalar que el actor intimó fehacientemente a su ex-empleadora —entre otras cosas— para que le abone las indemnizaciones correspondientes al despido incausado (ver informativa al Correo a fs. 105/114); y la empleadora demandada no se avino en modo alguno a abonarle dichas indemnizaciones. Por otra parte, es evidente que colocó al accionante en situación de tener que promover esta acción para procurar su cobro; y que, a pesar de haberle imputado ciertos incumplimientos quedó claro que la ex-empleadora carecía de elementos que pudieran justificar objetivamente su decisión resolutoria. En consecuencia, y como no se han esgrimido causas que justifiquen la falta de pago de las indemnizaciones que corresponden a un despido incausado, entiendo que también corresponde confirmar el fallo apelado en cuanto viabilizó el incremento dispuesto por el art. 2 de la ley 25.323.

La demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA cuestiona la procedencia de la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT; pero, a mi juicio, no asiste razón a la recurrente.

Cabe señalar liminarmente que, el actor cumplió acabadamente con el recaudo previsto en el art. 3 del decreto 146/2001 reglamentario de la ley 25.345 porque, luego de haber transcurrido el plazo de 30 días corridos a contar desde la extinción del contrato sin que la empleadora haya hecho entrega de la certificación respectiva, mediante TCL de fecha 17/11/2017 (ver informativa al Correo a fs. 105/114) requirió en forma concreta el cumplimiento de la obligación que establece el art. 80 LCT, (conf. art. 45 de la ley 25.345). La demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA sostiene que “mi mandante puso a disposición del actor la documentación respectiva, sin que este la hubiese retirado, y finalmente se han acompañado a estos autos”. Sin embargo, soslaya los argumentos de la *a quo* por cuanto sostuvo que “...del instrumento acompañado por la propia accionada a fs. 45/48 surge una certificación bancaria con fecha 24/10/2017, ello deslucce la postura de la demandada en la materia y autoriza concluir que los mencionados certificados no se encontraban a disposición de la trabajadora en plazo legal...”. Contra estos aspectos del decisorio, la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA no efectuó crítica concreta y razonada alguna como lo exige el art. 116 LO, por lo que llegan incólumes a esta Alzada.

Cabe memorar que de acuerdo a lo previsto en la norma mencionada, el empleador está obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo en el que deben constar: a) el tiempo de prestación del servicio, b) la categoría y tareas desempeñadas, c) las remuneraciones percibidas, d) los aportes y contribuciones efectuadas a los organismos de seguridad social y e) la calificación profesional obtenida en los puestos de trabajo en que se hubiere desempeñado (cfr. ley 24.576).

Obsérvese que, habiendo sido intimada la empleadora, es decir, Hipódromo Argentino de Palermo SA no demostró que, antes de la demanda, hubiera efectuado en forma concreta su ofrecimiento de entrega del certificado de trabajo. Por ello, propicio confirmar la sentencia recurrida en el punto y desestimar el agravio de la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA.

Las costas de Alzada, propongo imponerlas a cargo de la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, vencida en los aspectos principales de la controversia (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En atención al mérito y extensión de la labor desarrollada durante el trámite en primera instancia y a las pautas que emergen, del art. 38 LO, 1, 6, 7, 9, 19 y 39 y ccs. leyes 21.839 y del dec. 16.638/1957; (actualmente contempladas en sentido análogo por los arts. 16 y ccs. de la ley 27.423), considero que los honorarios

correspondientes a la perito contadora no lucen reducidos, por lo que propicio confirmarlos.

A su vez y con arreglo a lo establecido en el art. 30 ley 27.423), habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, propongo que se regulen los honorarios por esas actuaciones en el 30% y 30% de lo que corresponde a cada una de ellas por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

El doctor *Pompa* dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto del doctor *Piroló*, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal resuelve: 1°) Confirmar la sentencia dictada en la instancia de grado anterior en todo lo que decide; 2°) Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA; 3°) Regular los emolumentos de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada Hipódromo Argentino de Palermo SA, por los trabajos realizados en esta Alzada, en el treinta por ciento (30%) y en el treinta por ciento (30%), de lo que corresponde a cada una de ellas por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior; 4°) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1° de la Ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Roberto C. Pompa*. — *Miguel Á. Piroló*.

CONTRATO DE TRABAJO

Servicios de portero y de vigilador en un local. Relación de trabajo.

1. — Analizada la prueba rendida en la causa se advierte que, contrariamente a lo concluido por la sentencia de grado, ningún elemento aportó la accionada a fin de desvirtuar la presunción del art. 23, LCT. Por el contrario, las declaraciones testimoniales ofrecidas por el accionante, ambos ex empleados de la demandada fueron contestes al señalar que veían al actor realizar tareas de seguridad y control de entrada y salida de mercadería en la puerta del local de aquella. Ninguna relevancia guarda el hecho que destaca la sentencia de grado referido a que los deponentes dijeron haber visto al actor hasta el año 2009 y 2007, respectivamente, en tanto lo que se encuentra controvertido es la

calidad de la prestación y no el tiempo en que la misma se habría desarrollado.

2. — Las declaraciones testimoniales precedentemente reseñadas, analizadas conforme los dictados de la sana crítica (arts. 386, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90, LO) no hacen más que corroborar el desempeño personal del actor en el ámbito de una empresa ajena para la realización de tareas que integran el giro normal y habitual de esta última, sin que las observaciones efectuadas por la accionada pudieran menoscabar su entidad probatoria.

CNTrab., sala II, 30/12/2020. - Bórquez, Hugo Victoriano c. Estampados Rotativos SA y otro s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/73342/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 08/06/2001, "López, Pedro v. Pérez Redrado, Hernán y otro", 30001630.

Expediente N° 3310/2018

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 30 de 2020.

El doctor *Stortini* dijo:

Contra la sentencia de la instancia anterior se alza la actora, quien controvierte que, tras considerar que no se encontraba acreditada la prestación de servicios invocada en el inicio, la judicante de grado hubiera rechazado la demanda interpuesta en todas sus partes. Refiere la quejosa que en la anterior instancia se efectuó un incorrecto análisis de las constancias de autos y se omitió valorar prueba que acredita la existencia de una relación de dependencia entre las partes.

Reiteradamente se ha sostenido que existe relación de dependencia cuando una persona pone a disposición su capacidad de trabajo para participar en un sistema productor de bienes y servicios, a través de una organización empresaria total o preponderantemente ajena que, a la vez, realiza su finalidad sobre la base de la libre disposición del propio servicio brindado. No obstante la apariencia que le haya dado la empleadora a la relación que uniera a las partes, en materia de derecho del trabajo lo que cuenta es la verdadera situación creada, sin que importe el nombre que las partes le atribuyeran. Corresponde al juzgador determinar, en base a los hechos que considera probados, la naturaleza jurídica del vínculo, sin que la apariencia real disimule la realidad (conf. SCBA, 09/11/1977, *in re* "Márquez, Nelson y otros c. Agua y Energía Eléctrica", ED, T. 78, p. 544).

De los términos del responde se advierte que al contestar la acción Estampados Rotativos SA se limitó a negar las manifestaciones iniciales (art. 356 inc. 1° Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) aunque incumplió con el inciso 2° de dicha norma adjetiva al omitir precisar los hechos que sustentarían su defensa en el pleito. A su vez a fs. 152 (en decisión que llegó firme a esta instancia) se le tuvo a la demandada por reconocidas las facturas acompañadas por Borquez, las que dan cuenta de la prestación de servicios del accionante como portero durante los primeros años y, a partir del año 2008, como vigilador.

Dicho reconocimiento pone en cabeza de la accionada la obligación procesal de demostrar que, por las circunstancias, las relaciones o causas que motivaron dicha prestación no se trató de un contrato de trabajo (cfr. arts. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 23 de la LCT).

Claro que atento el carácter *iuris tantum* de dicha presunción legal, la misma puede verse desvirtuada mediante la producción de prueba que determine que efectivamente la prestación de servicios no tiene como causa un contrato de trabajo. Ello quedará en cabeza del beneficiario de los servicios, quien deberá acreditar que “el hecho de la prestación de servicios”, está motivado en otras circunstancias, relaciones o causas distintas de un contrato laboral (arts. 377 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 23 LCT).

Analizada la prueba rendida en la causa se advierte que, contrariamente a lo concluido por la Sra. Juez de grado, ningún elemento aportó la accionada a fin de desvirtuar la mentada presunción. Por el contrario, las declaraciones testimoniales ofrecidas por el accionante (M. a fs. 145/vta. y G. a fs. 146/ vta.), ambos ex empleados de Estampados Rotativos SA fueron contestes al señalar que veían a Borquez realizar tareas de seguridad y control de entrada y salida de mercadería en la puerta del local de la accionada. Ninguna relevancia guarda el hecho que destaca la judicante *a quo* referido a que los deponentes dijeron haber visto al actor hasta el año 2009 y 2007, respectivamente, en tanto lo que aquí se encuentra controvertido es la calidad de la prestación y no el tiempo en que la misma se habría desarrollado.

Las declaraciones testimoniales precedentemente reseñadas, analizadas conforme los dictados de la sana crítica (arts. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 LO) no hacen más que corroborar el desempeño personal del actor en el ámbito de una empresa ajena para la realización de tareas que integran el giro normal y habitual de esta última, sin que las observaciones efectuadas por la accionada a fs. 150 pudieran menoscabar su entidad probatoria.

No empecé a ello que el actor extendiera facturas para percibir la contraprestación dineraria de sus servicios, en tanto como es sabido, el contrato de trabajo prescinde de las formas frente a la evidencia incontestable de los hechos, máxime cuando como en el caso, no se ha logrado demostrar siquiera mínimamente, el carácter de empresario de quien prestara el servicio (esta Sala, sentencia N° 89.421 del 08/06/2001 *in re* “López, Pedro c. Pérez Redrado, Hernán M. y otros/ despido”, con criterio de compartó).

A ello se suma la regularidad mensual de los pagos efectuados por la demandada como retribución a esas tareas (obsérvese asimismo la correlatividad de las facturas) y la similitud de los importes a través de los meses, que permiten calificar como contrato de trabajo a la relación habida entre las partes.

El art. 26 de la LCT define al “empleador” como “la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia que requiera los servicios de un trabajador” y en el caso, no se ha demostrado que el actor cumpliera con los requisitos que exige el art. 5 de la RCT, por lo que considero que este se encontraba inserto en una organización empresaria ajena que es lo que define el estatus del trabajador en el sentido del derecho del trabajo.

Lo hasta aquí expuesto me lleva a revocar lo decidido en grado en este aspecto y a reputar acreditada la existencia de relación de dependencia invocada en el inicio por la accionante.

Consecuentemente, valoradas las circunstancias analizadas en el marco de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo que se ha tenido por probado, estimo que la decisión resolutoria adoptada por el trabajador mediante misiva del 02/05/2016 ante la respuesta dada por la accionada a su intimación del 19/04/2016 luce justificada (art. 242 LCT), lo que me lleva a reputar procedentes las indemnizaciones reclamadas con fundamento en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

También habrá de prosperar el salario de los días correspondientes al mes de despido y el aguinaldo y las vacaciones proporcionales al distracto, además de los salarios correspondientes a abril y días trabajados del mes de mayo de 2016 y de los aguinaldos peticionados por el período no prescripto, todos conceptos de los que no obra constancia de cancelación.

En cuanto al importe del salario a tener en cuenta para el cálculo de los conceptos diferidos a condena, habré de estar a la presunción que emana del art. 55 de la LCT, lo que me lleva a tener por ciertos los importes denunciados en el inicio. Así las cosas, toda vez que dichos importes resultan inferiores a los previstos

en el CCT 130/75 para la categoría desempeñada por el actor, habré de proponer también la procedencia de las diferencias salariales reclamadas, las que prosperarán por los importes que surgen de la liquidación de fs. 5/vta.

No prosperarán los aguinaldos reclamados por el período 2014/2015 toda vez que los mismos se encuentran incluidos en el cálculo de las diferencias salariales.

Asimismo, toda vez que el actora cumplió con la comunicación que prevé el art. 11 de la ley 24.013 (ver oficio al Correo de fs. 106) habré de propiciar la procedencia de la multa que emana del art. 8 de la ley 24.013, así como la que prevé el art. 15 de dicho texto normativo en tanto el despido se produjo dentro de los dos años de haber cursado el trabajador su intimación a regularizar el vínculo.

De igual modo corresponde hacer lugar a la multa que prevé el art. 2 de la ley 25.323 en tanto habiendo intimado el actor al pago de las indemnizaciones correspondientes al despido, la accionada no hizo efectivas las mismas, obligándola a iniciar la presente acción.

Por el contrario, no corresponde hacer lugar a la multa que emana del art. 80 LCT, en tanto la actora no intimó a la demandada a la entrega de los certificados de trabajo en el plazo dispuesto en el art. 3 del decreto 146/2001 esto es, luego de transcurridos treinta días de la extinción del vínculo.

Ahora bien, el accionante dirigió la acción también contra Jorge Eduardo Block en su carácter de socio de Estampados Rotativos SA El rechazo de la demanda dispuesto en la anterior instancia ante la falta de acreditación, a criterio de la judicante *a quo*, de la relación laboral invocada, llevó a esta a omitir expedirse acerca de la responsabilidad del codemandado Jorge Eduardo Block, por lo que aun cuando el accionante no hubiera incluido en sus agravios consideración alguna al respecto, se impone su tratamiento en esta alzada.

Sentado ello, corresponde señalar que la escritura constitutiva de Estampados Rotativos SA (ver fs. 80/82) dio cuenta del carácter de Presidente de dicha sociedad del codemandado Jorge Eduardo Blockn, circunstancia que permite responsabilizarlo como administrador en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley de sociedades.

En el contexto fáctico apuntado, dado que la clandestinidad del vínculo habido entre el actor y la empresa demandada constituye un recurso para violar la ley (LCT y la LNE), el orden público laboral expresado

en los arts. 7º, 12, 13 y 14 de la LCT), la buena fe (art. 63 del mismo ordenamiento) y para frustrar derechos de terceros (a saber, los propios trabajadores, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial), ello determina frente a terceros la responsabilidad solidaria del codemandado en su calidad de administrador por los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento (conf. arts. 54 y 59 ley de sociedades comerciales ya cit.).

No obsta a lo expuesto lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Palomeque, Aldo R. c. Benemeth SA y otro” —ED, 203-81— del 03/04/2003 dado que en dicho pronunciamiento se alude a aspectos fácticos propios de dicha causa y lo previsto en el art. 54 de la ley de sociedades, sin que se remarcara un criterio interpretativo acerca de los aquí mencionados arts. 59 y 274 de la ley 19.550 en los que se funda la responsabilidad atribuida.

En definitiva, corresponde extender la condena de autos en forma solidaria sobre el codemandado Jorge Eduardo Block.

Conforme lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta la fecha de ingreso (01/06/2003) y la remuneración de \$15.658,67 denunciada en el inicio (art. 55 LCT), el accionante será acreedor a los conceptos e importes:

- 1) Indemnización por antigüedad: \$203.562,71;
- 2) Indemnización sustitutiva de preaviso: \$31.317,34;
- 3) SAC sobre preaviso: \$2.609,77;
- 4) Integración mes de despido: \$14.648,43;
- 5) SAC sobre integración: \$1.220,70;
- 6) Salario abril y prop. Mayo /16. \$16.668,90;
- 7) SAC proporcional 1º semestre/16: \$5.303,74;
- 8) Vacaciones proporcionales 2016: \$7.303,12;
- 9) Vacaciones gozadas 2014/2015: \$26.000;
- 10) Diferencias salariales: \$91.828,62;
- 11) Art. 8 ley 24.013: \$93.954.-;
- 12) Art. 15 ley 24.013: \$253.358,95;
- 13) Art. 2 ley 25.323: \$126.679,47.

Todo lo cual hace un total de \$874.455,75 que deberá ser abonado por los demandados Estampados Rotativos SA y Jorge Eduardo Block dentro del quinto día

de notificada la liquidación prevista en el art. 132 LO y devengará intereses a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (Resolución de Cámara N° 2601/14 de fecha 21/05/2014 y 2630 del 27/04/2016), desde que cada suma es debida hasta el 30/11/2017. A partir del 01/12/2017 los intereses se calcularán a la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación, conforme se resolvió en Acta CNAT N° 2658 del 08/11/2017.

De igual modo, los demandados deberán hacer entrega al actor del certificado de trabajo de conformidad a las circunstancias acreditadas en esta causa, dentro del plazo de 5 días de notificada la liquidación prevista en el art. 132 de la LO, bajo apercibimiento de las sanciones conminatorias que, en función de las circunstancias del caso, deberá imponer el Juez de Primera Instancia en la etapa de ejecución, en caso de incumplimiento (conf. arts. 37 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En virtud de las argumentaciones expuestas y con arreglo a lo establecido por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y regulaciones de honorarios dispuestas en la anterior instancia y proceder a su determinación en forma originaria.

En orden a ello y en función de dicho resultado, las costas de ambas instancias deben ser impuestas a la demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En cuanto a los honorarios por lo actuado en la instancia de grado, de conformidad con lo establecido por los arts. 16, 21 y cctes. de la ley 27.423, corresponde regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado del actor y de los demandados Estampados Rotativos SA y Jorge Eduardo Block en la cantidad de ...uma (que al día de la fecha representan \$...), ...uma (que al día de la fecha representan \$...) y ...uma (que al día de la fecha representan \$...), todos ellos conforme a la Acordada CSJN N° 36/2020.

A su vez, y con apego a lo establecido en el art. 30 de la ley 27.423, habida cuenta el mérito, la calidad y la extensión de la labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora y del demandado Jorge Eduardo Block propongo regular los honorarios por esas actuaciones en el 30% de lo que le corresponde percibir a cada una por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

Adhiero a las conclusiones del voto del doctor *Stortini*, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125, 2ª parte de la ley 18.345), el Tribunal resuelve: 1º) Revocar la sentencia de grado y condenar a los demandados Estampados Rotativos SA y Jorge Eduardo Block a pagar al actor Hugo Victoriano Borquez la suma de \$874.455,75 (pesos ochocientos setenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cinco con setenta y cinco centavos) en la forma y con más los intereses fijados en el considerando respectivo; 2º) Condenar a los demandados a hacer entrega al actor de los certificados de trabajo de conformidad a las circunstancias acreditadas en esta causa, dentro del plazo de 5 días de notificada la liquidación prevista en el art. 132 de la LO, bajo apercibimiento de las sanciones conminatorias que, en función de las circunstancias del caso, deberá imponer el Juez de Primera Instancia en la etapa de ejecución, en caso de incumplimiento; 3º) Dejar sin efecto la distribución de las costas y las regulaciones de honorarios efectuadas en la anterior instancia; 4º) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de los demandados vencidos; 5º) Regular los honorarios correspondientes a las tareas efectuadas en la anterior instancia en la forma dispuesta en el considerando respectivo; 6º) Fijar los honorarios de Alzada de la actora y demandado Jorge Eduardo Block en el 30% de lo que a cada una le corresponda percibir por sus trabajos en la instancia anterior; 7º) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la Ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Cópiese, regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Roberto Pompa*. — *Daniel E. Stortini*.

PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN PANDEMIA

Repartidor a domicilio. Orden a la demandada de desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil del actor mediante su identidad digital. DNU 329/2020. Verosimilitud del derecho

1. — Corresponde revocar la resolución apelada y, consecuentemente, admitir la medida cautelar ordenando a la demandada que proceda inmediatamente a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil del actor mediante su identidad digital (ID), a fin de que continúe prestando servicios en la misma forma y condiciones en que lo hizo hasta el 17 de julio de 2020. El art. 2º del DNU 329/2020 prohibió los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días, que ha sido objeto de sucesivas prórrogas.
2. — De los términos de los correos electrónicos y telegramas acompañados por el actor se des-

prende que la demandada, si bien desconoció el carácter laboral de la relación, reconoció en cambio la existencia de una vinculación continuada en virtud de un contrato (al que calificó como de “locación de servicios”). Asimismo, las facturas acompañadas dan cuenta de la percepción de sumas similares, con periodicidad mensual, desde julio de 2019 a julio de 2020. Estos elementos, apreciados a la luz de la presunción del art. 23 de la LCT, permiten tener por acreditada la verosimilitud del derecho, entendida simplemente como la posibilidad de que ese derecho exista y no como una incontestable realidad.

3. — Resulta sumariamente acreditado que la demandada decidió rescindir unilateralmente el vínculo a partir del 17 de julio de 2020 y si bien invocó una motivación, los términos empleados (“incumplimiento de la cláusula 7.1.7 del contrato comercial que firmara”) no permiten al tribunal, por el momento, apreciar con claridad la existencia o inexistencia de una causa justificada de rescisión

CNTrab., sala IV, 02/02/2021. - Montero Dufour, Matías Nahuel c. Repartos YA SA.

[Cita on line: AR/JUR/117/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo Nro. 20 30/12/2020 “Solís, Miguel Fernando c. Repartosya S.A. s/ Medida cautelar” AR/JUR/70513/2020.

Causa N° 22.777/2020/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, febrero 2 de 2021.

Considerando: 1. Que el actor promovió el dictado de una medida cautelar innovativa “a fin de que se ordene la Inmediata reinstalación del actor y se condene a abonar a la demandada los salarios caídos desde el despido notificado (cuya nulidad se persigue)... a raíz del bloqueo de la cuenta ID 37.470 y hasta la efectiva reincorporación conforme fueron devengados mes por mes contra Repartos Ya SA”.

El Sr. Juez *a quo* desestimó dicha petición por entender, en síntesis, que “no luce —en esencia y al menos en esta instancia del proceso— acreditado que la relación que ligara a las partes se encuentre subsumida en la órbita de aplicación de la Ley de contrato de Trabajo, pues como el propio actor refiere en su presentación del inicio, la accionada negó la existencia de una relación laboral, extremo que impide —al menos *prima facie* y sin que esto implique adelantar

opinión sobre el fondo del asunto— tener por acreditado este extremo...”

Esta decisión fue apelada por el actor a mérito de la presentación incorporada al sistema Lex 100 el día 20 de octubre.

2. Que el art. 2° del decreto de necesidad y urgencia n° 329/2020 prohibió los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días, que ha sido objeto de sucesivas prórrogas.

Como se expresa en los considerandos del citado DNU, esa medida se origina en la imperiosa necesidad de “garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social” que “solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales, que no serán más que una forma de agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar”.

3. Que de los términos de los correos electrónicos y telegramas acompañados por el actor se desprende que la demandada, si bien desconoció el carácter laboral de la relación, reconoció en cambio la existencia de una vinculación continuada en virtud de un contrato (al que calificó como de “locación de servicios”).

Asimismo, las facturas acompañadas dan cuenta de la percepción de sumas similares, con periodicidad mensual, desde julio de 2019 a julio de 2020.

Estos elementos, apreciados a la luz de la presunción del art. 23 de la LCT permiten, desde una perspectiva meramente provisional y sin perjuicio de la decisión que quepa adoptar en definitiva (a la luz de las defensas que pueda esgrimir la demandada y de las pruebas que ambas partes puedan producir), tener por acreditada la verosimilitud del derecho, entendida simplemente como la posibilidad de que ese derecho exista y no como una incontestable realidad, que solo podría quedar establecida al cabo del proceso de conocimiento, en la sentencia definitiva.

Al respecto conviene recordar que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN, Fallos: 306:2060 y 315:2956, entre muchos otros).

4. Que, asimismo, resulta sumariamente acreditado que la demandada decidió rescindir unilateralmente el vínculo a partir del 17 de julio de 2020 (ver, en especial, la carta documento del 4 de agosto del mismo año) y si bien invocó una motivación, los términos empleados (“incumplimiento de la cláusula 7.1.7 del contrato comercial que firmara”) no permiten al Tribunal, por el momento, apreciar con claridad la existencia o inexistencia de una causa justificada de rescisión.

5. Que tales circunstancias fácticas permiten tener por configurado el presupuesto del peligro en la demora, en el contexto de un derecho que se advierte con suficiente verosimilitud, por lo que correspondería acceder a la cautela requerida, mientras tanto sea sustanciada la cuestión de fondo, con intervención de la contraria, en aras de su garantía de defensa en juicio —art. 18 CN—.

Al respecto corresponde señalar que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que deba recaer. Esas medidas están destinadas a satisfacer cualquier petición que, por el paso del tiempo (el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final), resulte materialmente irrealizable. (Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. VIII —Procesos cautelares —voluntarios—, Editorial Abeledo - Perrot, p. 13.).

Cabe reiterar que las medidas preventivas no requieren prueba terminante y plena del derecho invocado y en el presente caso el Tribunal advierte que concurren suficientes elementos para tener por configurada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora en la medida que requiere la provisionalidad de la actual decisión.

No debe soslayarse en el análisis, que las circunstancias fácticas sobre las que el actor fundó su pretensión podrían variar en el futuro y, tras ello, modificarse sustancialmente la situación procesal, por lo que este tipo de medidas no causan estado.

Por lo expuesto y oído el Sr. Fiscal General interino, corresponde revocar la resolución apelada y, consecuentemente, admitir la medida cautelar ordenando a la demandada que proceda inmediatamente a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil del actor mediante su identidad digital (“ID”) 37.470, a fin de que continúe prestando servicios en la misma forma y condiciones en que lo hizo hasta el 17 de julio de 2020, bajo apercibimiento de astreintes, a razón de \$1.000 por cada día de retardo. Que como lo ha decidido este Tribunal en casos análogos, no corresponde por el momento expedirse sobre las costas, sin perjuicio de lo que en su momento se resuelva

al decidirse sobre el fondo de la cuestión (esta Sala, 30/09/2009, SI 47.023, “Yegros, Claudio O. y otros c. Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/ cobro de salarios”; id., 17/05/2011, SI 47.917, “González Herrera, Mario O. c. Ferrocarril General Belgrano SA s/ juicio sumarísimo”; id., 25/10/2011, SI 48.526, “Becerra Duo, Paola A. c. Galeno Argentina SA s/ acción de amparo”; CNAT, Sala V, SI 70.202, 08/11/2007, “Robotti, Sandra L. c. Schori SRL y otros s/ despido”). Cópiese, regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvase. — *Héctor C. Guisado.* — *Silvia E. Pinto Varela.*

DESPIDO POR FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO

Aplicación restrictiva de la figura. Exclusión de situaciones de riesgo empresario.

La directiva prevista en el art. 247, LCT, no cobija situaciones de riesgo empresario como la pérdida de clientela, la caída de ventas, la crisis económica y demás factores engendrados por el sistema de competencia comercial y la producción capitalista, debiendo la parte empresaria acreditar que tal situación le es ajena, inimputable e imprevisible. La pérdida de uno de sus clientes resulta un factor insuficiente como para concluir que nos encontramos con un riesgo ajeno a la actividad empresarial, máxime siendo la emplazada una entidad especializada en la prestación de servicios de limpieza.

CNTrab., sala VI, 16/03/2021. - Villanueva, Ana Ángela c. Tecnic Limp SA s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/5928/2021]

Expediente N°: CNT 39341/2018

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 16 de 2021.

El doctor *Pose* dijo:

La demandada entiende su decisión rupturista encuentra aval jurídico en el art. 247 de la LCT y, a todo evento, postural por exorbitante el monto de condena fijado por imperio del art. 245 de la LCT, esto es \$208.201,50. Por su parte, la perito contadora persigue la elevación de sus emolumentos profesionales.

El primer agravio no es viable: el art. 247 de la LCT obliga al empleador a acreditar: a) la existencia de falta o disminución de trabajo que, por su gravedad no consienta la prosecución del vínculo; b) que tal situación no le sea imputable; c) que respetó el orden

de antigüedad y el sistema de cargas de familia; d) la perdurabilidad de la situación y e) la contemporaneidad del despido con la situación de crisis (conf. Etala, “Contrato de Trabajo”, T. II. p. 320; Rubio, “Régimen legal del contrato de trabajo”, p. 306; CNTr. Sala X, 19/05/2000, “Madgira c. Tintas Letta SA”, TSS 2000-723; íd. 25/04/2019, “Falcón c. Multigranos SA”).

Cabe señalar, en tal sentido, que la figura es vista con disfavor tanto por la doctrina como por la jurisprudencia propiciando su aplicación restrictiva (conf. Fernández Madrid, “Práctica Laboral Empresaria”, T. II, p. 1079; Capón Filas, “Derecho del trabajo”, p. 753; CNTr. Sala I, 11/08/2010, “Giménez c. Cem Empresario SA”, DT 2011-7-1695; íd. 06/07/2016, “Villavicencio c. Layout Consultores SA”; Sala II, 29/12/1989, “Galarza c. Dragados y Obras Portuarias”, JA, 1990-III-274; Sala III, 02/08/1978, “Decerto c. Clínica Odontológica Modelo”, TSS 1979-151; Sala IV, 01/02/1984, “Sanz c. Tapiales SA”, JA, 1984-I-62; Sala V, 31/08/1988, “Garis c. Frigorífico Minguillón SA”, LA LEY 1988-E-239; Sala VI, 24/8/09, “Alfonzo c. Badaracco”, DT 2009-A-1153; Sala VII, 24/05/1996, “Torres c. Astori”, JA, 1997-II-128; Sala X, 25/04/2003, “Vique c. Morixe Hnos SA”, DT 2003-A-692) y que, incluso, se imponga al empleador la carga de demostrar que adoptó medidas activas tendientes a paliar y/o evitar la situación de crisis, al margen de las efectivizadas contra sus subordinados (CNTr. Sala II, 08/40/2013, “De la Cruz c. Editorial Sarmiento SA, DLSS 2013-1659”; Sala VI, 30/05/2019, “Pezzati c. Fifteen Group SRL”; Sala X, 25/04/2003, “Vique c. Morixe Hnos SA”, DT 2003-A-692).

Bajo este esquema de pensamiento se entiende que la directiva no cubra situaciones de riesgo empresario como la pérdida de clientela, la caída de ventas, la crisis económica y demás factores engendrados por el sistema de competencia comercial y la producción capitalista (CNTr. Sala I, 11/08/2010, “Giménez c. Cem Empresarios SRL”, DT 2011-7-1695; Sala VI, 17/06/1999, “Taborda c. Arrufat SA”, DJ 1999-3-204; Sala VII, 12/11/2001, “Medina c. Tecotex SA”, DT 2002-A-516; Sala VIII, 10/09/2003, “Martínez c. Mustafa”, DT 2004-A-814; 29/12/2005, “Benedetti c. San Sebastián SA”, DT 2006-B-1054; 17/04/2017, “Giudice c. La Economía Comercial SA”) y debiendo la parte empresaria acreditar que tal situación le es ajena, inimputable e imprevisible (CNTr. Sala III, 12/07/2007, “Chaves c. Buenos Aires Alimentos SA”, DT 2008-1-64; Sala IV, 29/06/2001, “Favaro c. Sena Automotores SA”, DJ 2001-3-1123; Sala V, 29/09/2003, “Pormi c. Café Parque Soc. de hecho”, DT 2004-A-507; Sala VI, 24/08/2009, “Alfonso c. Badaracco”, DT 2009-10-1153; Sala IX, 29/03/2005, “Araujo Toral c. Complejo Agroindustrial San Juan SA”; íd. CNCom. Sala D, 03/12/2001, “Lodigiani y Leali SA”, LA LEY, 2002-C, 862) y, en el caso, la pérdida de uno de sus clientes resulta un factor insuficiente como para concluir que

nos encontramos con un riesgo ajeno a la actividad empresarial, máxime siendo la emplazada una entidad especializada en la prestación de servicios de limpieza.

El segundo de los agravios, por el contrario, es viable: tomando la remuneración base a que hace referencia la juzgadora —esto es \$13.880,10, ver considerandos de fs. 120— y con una antigüedad de seis períodos la indemnización por antigüedad asciende a \$83.280,60 que debe reemplazar el monto de \$208.201,50 debiendo, también, reducirse la punición del art. 2° de la ley 25.323 a \$56.908,41 (50% de la sumatoria de \$462,67, \$30.073,55 y \$83.280,60).

En síntesis, el monto de condena debe reducirse a \$188.356,12 (\$462,67, \$30.073,55, \$83.280,60, \$17.630,89 y \$56.908,41).

En cuanto a los honorarios impugnados corresponden su confirmación por ser equitativo el porcentual fijado: 7% (art. 38, LO).

En síntesis, entiendo corresponde: 1) Modificar el fallo de primera instancia reduciendo el monto de condena a \$188.356,14; 2) Confirmar lo decidido en materia de costas y honorarios; 3) Imponer las costas de alzada por su orden y 4) Fijar los honorarios de alzada en el 30% de la suma regulada en la instancia anterior.

La doctora *Craig* dijo:

Que adhiero al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la LO), el Tribunal resuelve: I. Modificar el pronunciamiento de grado reduciendo el monto de condena a \$188.356,14 (pesos ciento ochenta y ocho mil trescientos cincuenta y seis con catorce centavos), confirmando lo decidido en materia de costas y honorarios. II. Imponer las costas de alzada por su orden. III. Regular los honorarios de alzada en el 30% de la suma regulada en la instancia anterior. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Carlos Pose*. — *Graciela L. Craig*.

DESPIDO

Presentación de una liquidación final. Fecha a partir de la cual operó el distracto. Prueba del horario nocturno.

1. — El hecho de que la trabajadora el 03/12/2012 percibiera los distintos rubros de liquidación final —SAC proporcional y vacaciones propor-

cionales—, no es, una simple presunción, sino una circunstancia irrefutable que demuestra que la relación laboral feneció antes de esa fecha, máxime, frente a la inexistencia de elementos de juicio que la contraríen.

2. — Debe desestimarse reclamo por diferencias salariales derivadas del supuesto “horario nocturno” cumplido, ya que el horario de trabajo no es un dato de anotación obligatoria en el libro del art. 52 de la ley 20.744, razón por la cual no se activa ninguna presunción por su falta de exhibición.

CNTrab., sala VIII, 08/03/2021. - Vio, Gabriela Inés c. Borgese, Eduardo José s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/4190/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 13513/2013

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 8 de 2021.

El doctor *Pesino* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia, del 27/06/2018, que recepitó parcialmente la pretensión actoral, se alzan la señora Vio y, también, el señor Borgese. El perito contador y los abogados de la accionante apelan la cuantía de los honorarios regulados a su favor, por entenderla reducida.

II. Arriba firme a esta instancia que la señora Vio se desempeñó a las órdenes de Borgese, quien explotaba una residencia geriátrica, desde el 17/10/2012 en adelante.

III. Trataré en primer lugar el recurso que deduce la parte actora, en el que objeta, básicamente, que la magistrada *a quo* concluyera que el distracto se produjo el 30/11/2012 y, por ende, que desestimara lo que denunciara en su presentación inaugural respecto de que fue ella, en verdad, quien se colocó en situación de despido, el 24/01/2013, ante la falta de pago de las horas nocturnas (dijo que trabajaba de lunes a domingos, con un franco, de 14 a 22 hs.), y el incumplimiento al deber de ocupación. La queja no tendrá favorable recepción en mi propuesta.

Es que, contrariamente a lo que se señala en el memorial, el hecho de que la señora Vio, el 03/12/2012 (ver recibo en el anexo), percibiera los distintos rubros de liquidación final (SAC proporcional y vacaciones proporcionales), no es, a mi juicio, una simple

presunción sino una circunstancia irrefutable que demuestra que la relación laboral feneció antes de esa fecha y, frente a la inexistencia de elementos de juicio que la contraríen, considero acertado que ese momento se estableciera en el 30/11/2012, como alegara el señor Borgese en su responde.

Para más, en todo caso, si ese recibo de haberes no fuera tan contundente, al menos sería suficiente para invertir la carga de la prueba en base a la teoría de las cargas dinámicas y para situar en cabeza de la pretensora el deber de demostrar que después del 03/12/2012 continuó a las órdenes del señor Borgese y que en enero de 2013 le fueron negadas tareas. Sin embargo, no existe elemento de juicio alguno, en el *sub-lite*, que corrobore esas alegaciones —repárese que ni siquiera se cuestiona en la queja que así se concluyera en la sede de grado—.

Así, y previo a aclarar, en razón de lo que se apunta en el memorial, que el hecho de que el demandado denunciara, al efectuar la baja de AFIP, que el contrato feneció el 03/01/2013 por “renuncia” —un dato absolutamente insincero—, no altera en ningún modo la cuestión —en tanto en el derecho del trabajo prima el principio de la realidad—, voto por confirmar la sentencia apelada en tanto fijó como fecha de extinción del contrato de trabajo que uniera a Vio con Borgese el 30/11/2012. Esto conlleva mantener, también, el rechazo de todos los rubros que se reclamaron —y se reclaman en la queja— so pretexto de que el distracto se produjo en enero de 2013 (salarios de diciembre de 2012 y enero de 2013, vacaciones proporcionales, etc.; ver cuarto agravio); así lo dejo propuesto.

IV. A mi entender, las doctrinas plenarias son, en la actualidad, de aplicación obligatoria, en tanto incluso aun antes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitiera la Acordada 23/2013 sostuve que, en virtud de lo dispuesto por el art. 15 de la ley 26.853, la derogación de los arts. 302/303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación no podía considerarse vigente (art. 12 del mismo cuerpo normativo) y confirma este criterio la sanción de la ley 27.500, por lo que corresponde desestimar este argumento central de la entidad accionada. Por eso, dado que, al momento de la extinción, la señora Vio tenía una antigüedad en su empleo de un mes y unos pocos días, propicio confirmar, asimismo, el rechazo de la reparación por antigüedad dispuesto en origen en base a la doctrina que emana del plenario “Sawady” de la CNAT. Se impone, por esto mismo, confirmar la cuantía de la multa del artículo 2 de la ley 25.323 establecida en primera instancia.

V. Considero que el solo testimonio de J. M. L., que dijo haber visto a Vio dos veces por semana “cubrir” la enfermería de 14 a 22 hs., en modo alguno es demostrativo de la jornada de trabajo denunciada en la

presentación inaugural (todos los días, con un franco, de 14 a 22 hs.). Máxime cuando el propio L. dijo que la accionante trabajaba, en verdad, de 13 a 21 hs. y que, al respecto, coincidieron el resto de las personas que, al igual que él, declararan a propuesta del demandado (V. y V.).

En consecuencia y sin dejar de señalar que el horario de trabajo no es un dato de anotación obligatoria en el libro del artículo 52 de la ley 20.744, razón por la cual no se activa ninguna presunción por su falta de exhibición, voto por desestimar el agravio que gira en torno a la desestimación del reclamo por diferencias salariales derivadas del supuesto “horario nocturno” cumplido.

VI. Propicio mantener, también, la cuantía de la sanción del artículo 132 bis de la ley 20.744, que se declarara procedente en primera (\$12.000,39).

Es que, aunque es cierto que en los escasos 40 días que se desempeñara a sus órdenes, el demandado omitió las sumas debidas en concepto de obra social de la señora Vio; la realidad es que, en el caso concreto, la aplicación literal de la norma conllevaría, atento el tiempo transcurrido desde la ruptura del contrato de trabajo y la de la sentencia (68 períodos), diferir a condena una suma que, como puede inferirse, resultaría exorbitante y absolutamente desproporcionada con la magnitud del incumplimiento en el que incurriera el señor Borgese.

Al respecto, comparto lo resuelto por la Sala II en la sentencia definitiva N° 110.590 del 06/06/2017, dictada *in re* “López, Alberto M. c. Costa, Carlos A. y otro s/ despido” (Expte N° 2728/2014), respecto de que “[l]a sanción establecida por el art. 43 de la ley 25.345 —denominada, no en vano, “Prevención de la evasión fiscal”— procura vencer la resistencia del deudor y compelerlo a cumplimentar aquello a lo cual está obligado (...) [y] “presenta, en definitiva, características represivas propias del ius puniendi del Estado, que llevan a considerarla una disposición de naturaleza penal, y a aplicar, para su valoración, los principios rectores de aquel sistema”.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al respecto, que “la pena y cualquier otra consecuencia jurídica penal del delito —impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela—, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho”; en tanto que “[t]oda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado” (Gramejo, Marcelo E. s/ robo en grado de tentativa, 05/09/2006, Fallos: 329:3680). Y, en mi

opinión, condenar a la parte empleadora a abonarle a su dependiente [68 salarios, en el caso], por adeudar a los organismos previsionales [un ínfimo importe], resulta manifiestamente irrazonable y, en base los lineamientos expuestos, una pena cruel y desproporcionada con la magnitud del hecho ilícito. En este contexto, y en el entendimiento de que los efectos de la benignidad normativa en materia penal operan de pleno derecho, es decir, aún sin petición de parte (Fallos: 330:454), considero que resulta plenamente aplicable al *sub examine* lo dispuesto por el art. 794 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación —que mantiene la redacción del último párrafo del art. 656 del Cód. Civil derogado—, situado en la Sección 5°, denominada “Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias”, que establece que “los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”; razón por la cual, en base a lo dicho desde antaño por el más Alto Tribunal del país respecto de que “corresponde al prudente arbitrio del juez, moderar las penas demasiado rigurosas, teniendo en cuenta la gravedad del caso y las prácticas de los tribunales” (Fallos: 12:315”).

Por este motivo, como lo adelanté, voto por confirmar la cuantía de la multa del artículo 132 bis de la ley 20.744 diferida a condena en primera instancia.

VII. En otro orden de ideas, considero que el recurso deducido por el señor Borgese fue incorrectamente concedido.

La liquidación efectuada en origen y, por ende, el máximo que podría discutir el demandado en Alzada, asciende a \$30.501,15. Ese importe no supera la cuantía mínima de apelabilidad que, de acuerdo a la estipulado en el artículo 106 de la ley 18.345 y en las Actas. N° 138 y 139 de la Asamblea del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, al momento de concederse el recurso el 28/08/2018, ascendía a \$36.000. La queja, por ende, no debió haber sido concedida.

VIII. De más está decir que, a los fines de determinar el monto de apelabilidad previsto en el artículo 106 de la ley 18.345 no deben computarse los intereses compensatorios, ya que sería suficiente el mero transcurso del tiempo para soslayar el límite legal.

IX. Atento al mérito, extensión y calidad de las labores desplegadas en grado, las leyes vigentes en cada uno de los actos procesales cumplidos y el monto total por el cual progresa la acción (arts. 38 de la LO. 6, 7, 9, 19 y 39 de la ley 21.839, y 21 y 22 de la ley 27.423), considero que la cuantía de los emolumentos regula-

dos en favor de los abogados de la accionante y del perito contador (15% y 6% del monto de condena más intereses, respectivamente), luce correcta y ajustada a derecho y por eso voto por confirmarla.

X. Para finalizar, de acuerdo al resultado de los recursos interpuestos, voto por imponer las costas de Alzada en el orden causado; a cuyo fin, en orden a lo que prevé el artículo 30 de la ley 27.423, propicio fijar los honorarios de los abogados de la señora Vio y los de los letrados del señor Borgese, en el 30% de lo que, en definitiva, le corresponda percibir a cada una por su desempeño en la instancia anterior.

La doctora *González* dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto precedente por análogos fundamentos, el Tribunal resuelve: Por lo que resulta del acuerdo que antecede. 1) Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el señor Borgese; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravios; 3) Establecer las costas de segunda instancia en el orden causado; 4) Regular los honorarios de la representación de la accionante, y los de los abogados del señor Borgese, por su actuación ante esta sede, en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda percibir a cada una por su desempeño en la instancia anterior. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente, devuélvase. — *Víctor A. Pesino*. — *María D. González*.

DIFERENCIAS SALARIALES

Diferencia en el pago de ciertos adicionales a empleados de distintos establecimientos de un mismo empleador.

El reclamo por diferencias salariales debe rechazarse al estar basado en una comparación realizada respecto de trabajadores que prestan servicios en dos establecimientos distintos de un mismo empleador, pues conforme surge del art. 6° de la LCT los conceptos de “empresa” y de “establecimiento” son diferentes, por lo tanto, las particulares y específicas circunstancias de cada establecimiento pueden dar lugar a diferentes condiciones de trabajo.

CNTrab., sala X, 02/03/2021. - Zelarayan, Noemí Elizabeth c. Galeno ART SA s/ diferencias de salarios.

[Cita on line: AR/JUR/1037/2021]

Expte. N° 75.370/2017

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 2 de 2021.

El doctor *Stortini* dijo:

1) Vienen estos autos a la alzada a propósito de los recursos que contra el pronunciamiento remoto de fecha 18/08/2020 interpusieron las partes a tenor de los memoriales digitales incorporados los días 24/08/2020 (actora) y 31/08/2020 (demandada), los cuales no merecieron réplica. También existen apelaciones por los honorarios regulados a los profesionales intervinientes.

2) Comienzo por dar tratamiento a los agravios vertidos por la demandada.

El principal agravio de Galeno Argentina SA se ciñe a la decisión del magistrado que me precede de admitir la demanda por diferencias salariales reclamadas por el adicional “rendimiento/asistencia y puntualidad” y el rubro “escalafón” con fundamento en el sistema que dicha entidad implementa para calcular los ítems mencionados de sus empleados en dos de sus nosocomios, “Sanatorio de la Trinidad Palermo” y “Sanatorio de la Trinidad Mitre” (en este último trabaja la actora).

Esta sala ha sostenido en un comienzo que resultaban procedentes las diferencias requeridas y así se pronunció con primer voto del doctor Corach y adhesión del suscripto en segundo voto (sentencia definitiva N° 19.450 del 24/02/2012 en los autos “Avalos, Carlos G. c. Galeno Argentina SA s/ diferencias de salarios”; asimismo sentencia definitiva del 23/02/2012 en autos “Dominguez Vallejos, Lidia Y. c. Galeno Argentina SA s/ diferencias de salarios”).

Los mencionados casos fueron resueltos en función de las aristas particulares de cada pleito y los concretos planteos de los respectivos litigantes; esto último teniendo presente la jurisdicción “limitada” del Tribunal de segunda instancia en cuanto se halla ceñido en el punto en la medida de los agravios articulados por los recurrentes, sin posibilidad válida de incursionar en aspectos fácticos no cuestionados en la apelación que se trate. En la mencionada causa “Avalos” el trabajador, quien tenía la categoría laboral de “camillero”, obtuvo sentencia favorable pero allí se precisó que había llegado a “...firme a esta instancia que la demandada explota dos sanatorios... como una misma unidad en los términos de los arts. 5° y 6° de la LCT” (ver el primer voto en la causa indicada, en el considerando II, anteuúltimo párrafo).

Ahora bien. En relación con el caso que ahora interesa cabe memorar que el principio igualitario que

prescribe el art. 81 de la LCT no enmarca una igualdad mecánica sino que alude a trabajadores ubicados en situaciones iguales en esencia o “en identidad de situaciones”, tal como reza la norma. El legislador argentino redactó la referida norma inspirándose en un fallo anterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que el mencionado art. 81 utiliza textualmente expresiones del Alto Tribunal en el caso “Ratto, Sixto y otros c. Productos Stani” (sentencia del 26/08/1966, Fallos: 265:248). El artículo en cuestión tiene fundamento, en lo que aquí atañe, en el derecho de igualdad de trato con la finalidad de excluir la discriminación del empleador, aunque con la expresa aclaración que esa igualdad debe regir —como dije antes— “en identidad de situaciones”.

Sobre tal base, advierto dos obstáculos a la pretensión de la actora de reconocimiento de diferencias salariales con sustento en la invocada existencia de discriminación salarial.

He sostenido antes de ahora que no es válida la comparación que realiza la demandante al considerar aisladamente cada uno de los rubros en cuestión. Para determinar la aseverada discriminación debió compararse íntegramente la estructura salarial de la trabajadora en el sanatorio donde efectivamente cumple tareas con la que habría cobrado en el supuesto de laborar en el otro sanatorio, pero no apreciar de modo aislado el rubro que aquí se trata en ese lugar y en el otro (ver mi voto en SD N° 20.083 de esta Sala X del 31/07/2012 *in re* “Lagos, Noemí G. c. Galeno Argentina SA s/ diferencias de salarios”).

Asimismo y tal como lo expresé en el fallo aludido, para verificar si la pretensora experimentó o no un concreto perjuicio remuneratorio debió tomarse el íntegro salario que aquel cobra en el establecimiento que trabaja y el que cobraría de desempeñarse en el otro. Memoro en ese sentido la reiterada doctrina del Máximo Tribunal en orden a que corresponde centralizar el análisis en la estructura remuneratoria para así determinar si se produce un menoscabo concreto en el salario; es decir si se ocasiona una merma específica al apreciar “*in totum*” la remuneración (ver, entre otros, Fallos 312:1054; 315:502).

El restante obstáculo resulta de la comparación que formula la actora en el pago de cada rubro en uno y otro sanatorio.

Creo oportuno recordar autorizada doctrina en cuanto ha sostenido que el “establecimiento” al que hace referencia el art. 6° de la LCT es una parte diferenciada y técnicamente autónoma pues puede ocurrir que las condiciones de trabajo, por peculiares situaciones dadas en cada establecimiento (en una empresa que tiene varios), difieran dentro de la mis-

ma empresa, hecho éste “...que puede tener relevancia en orden, por ejemplo, al principio de trato igual...” establecido por el antes mencionado art. 81 (conf. López, Centeno y Fernández Madrid, en Ley de Contrato de Trabajo Comentada, T. I, ps. 97/8, Ed. Contabilidad Moderna, 1987). A su vez, Julio Caballero y Jorge Pico afirman que la igualdad debe ser analizada en caso concreto y para ello la unidad de cotejo para establecer la existencia o no de la situación igualitaria “...deberá hacerse considerando todo el ámbito de la empresa o, en su caso, del establecimiento (unidad técnica de ejecución, conforme art. 6° LCT)...” (ver Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario Ackerman, T. III, ps. 232/3, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005).

En el caso aquí objeto de análisis, la comparación en el pago del rubro que efectúa la actora concierne a trabajadores de otro “establecimiento” de la misma sociedad demandada. Y aquí se encuentra otro impedimento a la pretensión de la demandante a poco que se aprecie que el art. 6° de la LCT entiende por establecimiento a “la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa”, lo cual evidencia a las claras que empresa y establecimiento se diferencian ya que una misma empresa puede componerse de varios establecimientos y cada uno de ellos conforma entonces una comunidad particular.

En otras palabras, los conceptos de “empresa” y de “establecimiento” son diferentes y lo deja en claro el propio art. 6° en cuanto distingue entre la explotación de la empresa (cuyo concepto brinda el art. 5°) y del establecimiento (“destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones”). Por tanto, las particulares y específicas circunstancias de cada establecimiento (en una empresa con más de uno) pueden dar lugar a diferentes condiciones de trabajo. Y ello porque una cosa es la discriminación arbitraria y otra una diferenciación razonable en la medida en que se tenga presente que el principio de igualdad no es absoluto o mecánico —como antes dije— sino en igualdad de circunstancias (conf. fallo antes citado).

En definitiva, propicio modificar este aspecto del fallo y rechazar las diferencias salariales reclamadas por el adicional “rendimiento/asistencia y puntualidad” y por el rubro “escalafón”.

3) Al denominado “segundo agravio”, corresponde estar a lo resuelto en el considerando precedente.

4) Doy tratamiento a los agravios vertidos por la actora.

En lo que respecta al rechazo del rubro “A cuenta de futuros aumentos” y sin perjuicio de los fundamentos

esbozados en el considerando 2° para desestimar el resto de las diferencias pretendidas, la apelante tampoco demostró haber realizado las mismas tareas u ostentar idéntica categoría laboral que aquellos empleados que identificó en la demanda tal como se destacó en grado, lo que lleva a rechazar, sin más, este tramo de la queja.

5) La solución propuesta en este voto torna inconducente analizar la crítica en materia de intereses y determina que carezca de andamiaje el agravio por la desestimación del daño moral, resaltando en este último aspecto la ausencia —en definitiva— del invocado trato discriminatorio en perjuicio de la pretensora.

Cabe memorar que para que proceda el resarcimiento por tal vía es menester que se configuren los presupuestos de hecho —esto es el “ilícito civil”— a los que la ley le imputa obligación de indemnizar (conf. arts. 1109, 1067 y 1078 Cód. Civil, vigentes a la época de los hechos), los cuales —más allá de la solución de rechazar la totalidad de las diferencias reclamadas— no se verifican en el “*sub lite*”.

6) La nueva solución del litigio impone que se den sin efecto las costas y honorarios regulados en primera instancia (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo que genera que resulten abstractos los recursos interpuestos en relación con estos tópicos.

En cuanto a las costas, sugiero que sean impuestas —para ambas instancias— en el orden causado (y las comunes por mitades) en atención a que la actora válidamente pudo considerarse asistida de mejor derecho para litigar al tener en cuenta la índole de la cuestión suscitada (art. 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Los honorarios de primera instancia serán fijados para la representación letrada de la actora, de la demandada y de la perito contadora considerando las pautas arancelarias pertinentes y las labores desarrolladas en esa etapa, en las sumas actuales de \$13.800, \$18.400 y \$6.900, respectivamente (art. 38 LO).

Asimismo regulo los emolumentos de los profesionales intervinientes por la actora y demandada por su actuación en esta alzada en el 30% para cada uno de ellos de los que les corresponda percibir por la intervención profesional en la anterior instancia (art. 38, LO).

Voto, en consecuencia, por: 1) Revocar el fallo de primera instancia y rechazar la demanda interpuesta por Noemí Elizabeth Zelarayán contra Galeno Argentina SA. 2) Dejar sin efecto las costas y honorarios fijados en primera instancia. 3) Imponer las costas —para

ambas instancias— en el orden causado (las comunes por mitades) en atención a que la actora válidamente pudo considerarse asistida de mejor derecho para reclamar al tener en cuenta la naturaleza del reclamo interpuesto (art. 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 4) Regular los honorarios correspondientes a la representación letrada de la actora, demandada y perito contadora por labores desarrolladas en esa etapa en las sumas actuales de \$..., \$... y \$..., respectivamente (art. 38 LO). 5) Fijar los emolumentos de los profesionales intervinientes por la actora y demandada por su actuación en esta alzada en el 30% para cada uno de ellos de los que les corresponda percibir por la intervención profesional en la anterior instancia (art. 38, LO).

El doctor *Corach* dijo:

I. Adhiero al voto que antecede aunque por las razones que explicaré a continuación.

En casos similares al que aquí se trata he sostenido (en lo que se refiere al reclamo sustentado en las diferencias entre los premios “por rendimiento” o “asistencia y puntualidad”) que cuando de las constancias de autos se advierte que el demandante percibió una suma fija sustancialmente inferior al porcentaje variable que, por idéntico concepto, percibieron otros dependientes y la demandada no demostró la existencia de causas o razones objetivas que justifiquen un trato desigual, no cabe más que concluir que el demandante sufrió un trato discriminatorio en materia salarial dado que se le abonó una remuneración inferior a la que se les abonaba a otras personas en sus mismas condiciones.

Así he tenido ocasión de hacerlo en numerosos precedentes (ver SD N° 19.450 del 24/02/2012, *in re* “Avalos, Carlos G. c. Galeno Argentina SA s/ diferencias de salarios” y SD N° 19.448 del 23/02/2012, *in re* “Domínguez Vallejos, Lidia Y. c. Galeno Argentina SA s/ diferencias de salarios”, ambas del registro de esta Sala X), donde sostuve que la igualdad de trato a la que se refiere el art. 81 de la ley de contrato de trabajo, se manifiesta en el principio de no discriminación y se refiere a la situación de quienes se encuentran en idénticas circunstancias y que si la demandada explota dos sanatorios distintos, que deben considerarse como una misma unidad en los términos de los arts. 5° y 6° de la LCT y admitirse las diferencias reclamadas.

No obstante ello, sobre el tema que nos ocupa esta Sala reiteradamente en su mayoría ha decidido en sentido contrario (ver entre otras SD del 15/07/2019 en autos “Zacarías, Mercedes R. c. Galeno Argentina SA s/ accidente - acción civil”, Expte. N° 10.662/2014”) por lo que, dejando a salvo mi opinión contraria al

respecto, razones de economía procesal, hasta tanto no sea objeto de otra discusión por una hipotética nueva composición del Tribunal, me llevan a adherir al voto del doctor Stortini, incluso en lo concerniente a costas de alzada y honorarios.

El doctor Leonardo J. Ambesi no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Revocar el fallo de primera instancia y rechazar la demanda interpuesta por Noemí Elizabeth Zelarayán contra Galeno Argentina SA. 2) Dejar sin efecto las costas y honorarios fijados en primera instancia. 3) Imponer las costas —para am-

bas instancias— en el orden causado (las comunes por mitades) y regular los honorarios correspondientes a la representación letrada de la actora, demandada y perito contadora por labores desarrolladas en esa etapa en las sumas actuales de \$..., \$... y \$..., respectivamente. 4) Fijar los emolumentos de los profesionales intervinientes por la actora y demandada por su actuación en esta alzada en el 30% para cada uno de ellos de los que les corresponda percibir por la intervención profesional en la anterior instancia. 5) Cópiase, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach.* — *Daniel E. Stortini.*

NOVEDADES LEGISLATIVAS

RESOLUCIÓN 142 (M.T.E. y S.S.)

Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo – Traslado de la modalidad presencial a la de trabajo a distancia, voluntario y prestado por escrito – Norma complementaria de la ley 27.555.

Fecha: 18/03/2021

Publicación: BO 19/03/2021

Síntesis: Se establece que, a partir del inicio de la vigencia de la ley 27.555 y mientras se mantengan las restricciones y/o recomendaciones sanitarias dictadas por las autoridades nacionales, provinciales o locales, la circunstancia de que los trabajadores y las trabajadoras se vean impedidos de cumplir con el deber de asistencia al lugar de trabajo y realicen las tareas en su domicilio en función de lo dispuesto por el dec. 260/2020 y la res. 207/2020 (M.T.E. y S.S.) o de las medidas que el empleador hubiera decidido implementar en forma preventiva para minimizar los riesgos de contagio, no podrá ser considerada como sustitutiva del acuerdo escrito que exige el art. 7° del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo como expresión de voluntad de las partes.

VISTO:

El EX-2021-23777965- -APN-DGD#MT, la Ley N° 27.555, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1033 del 20 de diciembre del 2020, el Decreto N° 27 del 19 de enero del 2021, y la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 54 de fecha 3 de febrero de 2021, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Ley N° 27.555 se creó el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo con el objeto de establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades que por su naturaleza y particulares características, lo permitan.

Que el artículo 19° de la citada ley establece que el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo entrará en vigor luego de NOVENTA días, contados a partir que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Que por el Decreto N° 27/21, se reglamentó la Ley N° 27.555 facultándose a este MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL a fijar la fecha de inicio del cómputo de los NOVENTA días indicados en el artículo 19.

Que el artículo 10 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1033/20 establece que, a la fecha de su dictado, ningún aglomerado urbano, ni departamento, ni partido de las provincias argentinas se encuentra alcanzado por las previsiones del aislamiento social, preventivo y obligatorio contenidas en el artículo 9° de dicha norma.

Que, en consecuencia, se dictó la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 54/21, estableciéndose que el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, previsto por la Ley N° 27.555, entrará en vigencia el 1° de abril de 2021.

Que, no obstante ello, para su aplicación deberán tenerse presente los principios de voluntariedad y reversibilidad establecidos por los artículos 7° y 8° de la mencionada ley, según los cuales, el traslado a la modalidad de teletrabajo, debe ser voluntario y prestado por escrito y, el consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación.

Que en virtud de la emergencia sanitaria declarada por la Ley N° 27.541 y ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, se dictaron numerosas medidas tendientes a disminuir la afluencia de personas en el transporte público y en los lugares de trabajo.

Que la situación epidemiológica permitió el establecimiento del “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” que supone el cumplimiento de reglas de conducta y recomendaciones necesarias para evitar la propagación del virus SARS-Cov 2 y, al mismo tiempo, facilitar la realización de actividades económicas y sociales en tanto presenten un protocolo de funcionamiento aprobado por la autoridad sanitaria.

Que sin embargo, subsiste la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en los incisos a); b) y c) del artículo 1° de la Resolución de esta Cartera Laboral N° 207/20 y sus modificatorias, así como la recomendación establecida en su artículo 4°, dirigida a los empleadores y empleadoras con el fin de disminuir la presencia de trabajadores y trabajadoras en el establecimiento, a aquellos indispensables para el adecuado funcionamiento del mismo, adoptando las medidas necesarias para la implementación de la modalidad de trabajo a distancia.

Que en función de ello, deviene necesario el dictado de la presente con el fin de establecer que tales circunstancias no podrán sustituir el acuerdo de voluntad de las partes en los términos del artículo 7° de la Ley N° 27.555.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios N° 22.520 (Texto Ordenado por Decreto N° 438/92) y sus modificatorias y complementarias y el artículo 18° de la Ley N° 27.555.

Por ello:

El Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación resuelve:

Art. 1° - Establécese que, a partir del inicio de la vigencia de la Ley N° 27.555 y mientras se mantengan las restricciones y/o recomendaciones sanitarias dictadas por las autoridades nacionales, provinciales o locales, la circunstancia de que los trabajadores y las trabajadoras se vean impedidos de cumplir con el deber de asistencia al lugar de trabajo y realicen las tareas en su domicilio en función de lo dispuesto por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020, sus modificatorios y complementarios, y la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207 del 17 de marzo de 2020 y sus modificatorias, o de las medidas que el empleador hubiera decidido implementar en forma preventiva para minimizar los riesgos de contagio, no podrá ser considerada como sustitutiva del acuerdo escrito que exige el artículo 7° del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo como expresión de voluntad de las partes.

Art. 2° - La presente medida comenzará a regir a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial de la REPÚBLICA ARGENTINA.

Art. 3° - Regístrese, etc. - Moroni.

RESOLUCIÓN CONJUNTA 4 (M.S.) (M.T.E. y S.S.)

Coronavirus (COVID-19) – Convocatoria de trabajadores vacunados, exceptuados del deber de asistencia al lugar de trabajo, para su retorno a la actividad laboral presencial – Norma complementaria de la res. 207 (M.T.E. y S.S.).

Fecha: 08/04/2021

Publicación: BO 09/04/2021

Síntesis: Se establece que los empleadores y las empleadoras podrán convocar al retorno a la actividad laboral presencial a los trabajadores y las trabajadoras, incluidos los dispensados y dispensadas

de la misma por encontrarse comprendidos en los incs. a), b) y c) del art. 1° de la res. 207/2020 (M.T.E. y S.S.), que hubieren recibido al menos la primera dosis de cualquiera de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 autorizadas para su uso en la República Argentina, independientemente de la edad y la condición de riesgo, transcurridos catorce días de la inoculación.

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-27618146-APN-DD#MS, las Leyes N° 27.491, N° 27.541 y N° 27.573, el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 y sus modificatorios y complementarios, las Resoluciones del MINISTERIO DE SALUD N° 627 del 20 de marzo del 2020, sus modificatorias y reglamentarias y N° 2883 del 29 de diciembre de 2020, la Resolución N° 207 del 16 de marzo de 2020 del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y sus modificatorias y complementarias, y

CONSIDERANDO:

Que por la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva N° 27.541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Que por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria con motivo de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el nuevo coronavirus COVID-19 por el plazo de UN año desde la entrada en vigencia de dicho decreto, el cual fue prorrogado por el Decreto N° 167/2021 hasta el día 31 de diciembre de 2021.

Que por el citado Decreto N° 260/2020 se facultó al MINISTERIO DE SALUD a adoptar las medidas que resulten oportunas y necesarias para la prevención de la propagación del SARS-CoV-2, con el objeto de minimizar sus efectos e impacto sanitario.

Que por el artículo 12 de este último Decreto se previó la actuación que corresponde al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL en la emergencia.

Que la Ley N° 27.491 declara la vacunación de interés nacional y la entiende como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. Asimismo, la considera como bien social, sujeta a principios de gratuidad, interés colectivo, disponibilidad y amplia participación.

Que por su parte la Ley N° 27.573 declara de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 en el marco de la emergencia sanitaria con el objetivo de asegurar la cobertura de la población con vacunas seguras y eficaces contra esta enfermedad.

Que una vacuna segura y eficaz para prevenir el COVID-19 es determinante para lograr controlar el avance de la enfermedad, ya sea disminuyendo la morbilidad o bien la transmisión del virus.

Que, en consecuencia, contar con vacunas no solo permite mejorar sustancialmente el cuidado de la vida y la salud de los y las habitantes del país, sino también ir restableciendo en plenitud las actividades económicas y sociales.

Que por Resolución N° 2883/2020 del MINISTERIO DE SALUD se aprobó el “Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina” el cual establece una estrategia de vacunación voluntaria, escalonada y en etapas no excluyentes, procurando ampliar progresivamente la población objetivo, permitiendo inmunizar de forma gradual a mayor cantidad de personas.

Que el Estado Nacional suscribió diversos acuerdos a los fines de adquirir vacunas en tiempo oportuno, lo cual permitió iniciar la vacunación en las 24 jurisdicciones del país de manera simultánea en el mes de diciembre pasado.

Que en la “II Reunión extraordinaria de la Comisión Nacional de Inmunización”, desarrollada el 1° de marzo de 2021, se instó a la elaboración de recomendaciones sobre el impacto de la vacunación en las licencias laborales y el potencial retorno a la actividad laboral de las personas vacunadas.

Que con los resultados disponibles al momento, las vacunas utilizadas en Argentina demostraron una adecuada eficacia para la prevención de las formas graves y de la muerte por la enfermedad, lo cual disminuye el riesgo y posibilita el retorno de los trabajadores y las trabajadoras a sus lugares de trabajo.

Que en virtud de ello, es necesario implementar estrategias que permitan recuperar la capacidad de trabajo de los diferentes sectores y establecer las condiciones necesarias para la reincorporación de las trabajadoras y los trabajadores a sus lugares de trabajo.

Que con fecha 26 de marzo de 2021, el MINISTERIO DE SALUD comunicó, en virtud de lo acordado con todas las jurisdicciones en el marco del Consejo Federal de Salud (COFESA), nuevas recomendaciones

relacionadas con la priorización de la primera dosis de las vacunas contra COVID-19 en la población objetivo, difiriendo la segunda dosis de cualquiera de las vacunas actualmente disponibles en nuestro país a un intervalo mínimo de DOCE semanas (tres meses) desde la primera dosis.

Que dicha recomendación tiene como fin proteger lo antes posible a la mayor cantidad de personas con alguna condición de riesgo y reducir el impacto de las muertes por esta enfermedad.

Que es muy importante resaltar que la recomendación hace referencia a la extensión del intervalo mínimo sugerido entre las dosis y no a la suspensión de la segunda dosis.

Que, por otra parte, además de la estrategia de la vacunación, es necesario reconocer la importancia de haber desarrollado e implementado protocolos específicos para cada sector a fin de prevenir y cuidar la salud de los trabajadores y las trabajadoras, protocolos que deben ser revisados y actualizados de manera permanente.

Que la coordinación entre las jurisdicciones permite el establecimiento de pautas para el retorno a la actividad laboral presencial en contexto de pandemia de trabajadores y trabajadoras vacunados, con la debida observancia de las recomendaciones sanitarias en materia de prevención y control de la salud pública, sin poner en peligro los esquemas implementados para evitar la propagación del nuevo coronavirus SARS-CoV-2, virus responsable del COVID-19.

Que ante las situaciones imprevistas y de emergencia generadas por la pandemia, el principio de buena fe se constituye como la herramienta que equilibra las relaciones, hechos, contratos y actos jurídicos que se vieron afectados en su desenvolvimiento.

Que en este sentido, el artículo 63 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 establece que las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.

Que el mencionado principio de buena fe es exigible, en especial, en aquellos supuestos en los cuales los trabajadores y las trabajadoras tuvieron la oportunidad de acceder a la vacunación y optaron por no vacunarse, en cuyo caso deberán llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para cumplir con la obligación de realizar la tarea y paliar los perjuicios que su decisión pudieren ocasionar al empleador o a la empleadora.

Que han tomado intervención los servicios jurídicos del MINISTERIO DE SALUD y del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios N° 22.520 (Texto Ordenado por Decreto N° 438/1992) y sus modificatorias y el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y sus modificatorios.

Por ello:

La Ministra de Salud y el Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social resuelven:

Art. 1° - Los empleadores y las empleadoras podrán convocar al retorno a la actividad laboral presencial a los trabajadores y las trabajadoras, incluidos los dispensados y dispensadas de la misma por encontrarse comprendidos en los incisos a), b) y c) del artículo 1° de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207/2020 y sus modificatorias, que hubieren recibido al menos la primera dosis de cualquiera de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 autorizadas para su uso en la República Argentina, independientemente de la edad y la condición de riesgo, transcurridos CATORCE días de la inoculación.

Art. 2° - Los trabajadores y las trabajadoras de la salud con alto riesgo de exposición, dispensados del deber de asistencia al trabajo por encontrarse comprendidos en los incisos b) y c) del artículo 1° de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207/2020 podrán ser convocados una vez transcurridos CATORCE días de haber completado el esquema de vacunación en su totalidad, independientemente de la edad y la condición de riesgo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5° de la presente.

Art. 3° - Los trabajadores y las trabajadoras convocados deberán presentar constancia fehaciente de vacunación correspondiente o manifestar, con carácter de declaración jurada, los motivos por los cuales no pudieron acceder a la vacunación.

Art. 4° - Los trabajadores y las trabajadoras comprendidos en los artículos 1° y 2° de la presente medida que tengan la posibilidad de acceder a la vacunación y opten por no vacunarse, deberán actuar de buena fe y llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para paliar los perjuicios que su decisión pudieren originar a los empleadores o empleadoras.

Art. 5° - Exceptuase a las personas incluidas en el artículo 3°, incisos V y VI de la Resolución N° 627/2020 del MINISTERIO DE SALUD y sus modificatorias y

complementarias, de lo previsto por los artículos 1° y 2° de la presente Resolución.

Art. 6° - La presente medida comenzará a regir a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Art. 7° - Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. - Vizzotti - Moroni.

RESOLUCIÓN 133 (S.T.)

Coronavirus (COVID-19) – Suspensión de procesos electorales, asambleas, y congresos en entidades sindicales – Prórroga del plazo establecido por el art. 1° de la res. 1199 (S.T.).

Fecha: 19/02/2021

Publicación: BO 23/02/2021

Síntesis: Se prorroga el plazo establecido por el art. 1° de la res. 1199/2020 (S.T.), relativa a la suspensión de los procesos electorarios y las asambleas y congresos en las entidades sindicales, hasta el 31 de agosto de 2021. Asimismo, se extiende la prórroga de mandatos por el plazo de ciento ochenta días.

VISTO:

El EX-2021-14193342- -APN-DGD#MT, el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, la Resolución N° 202 del 13 de marzo de 2020 del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, las Resoluciones N° 238 del 16 de marzo de 2020, N° 259 del 20 de marzo de 2020, N° 489 del 4 de mayo de 2020 y N° 1199/20 del 22 de setiembre de 2020 de la SECRETARÍA DE TRABAJO, y

CONSIDERANDO

Que en el marco de la ampliación de la declaración de emergencia pública en materia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/2020 (DECNU-2020-260-APN-PTE), esta Cartera Laboral ha dictado sucesivas normas para resolver la problemática institucional de las organizaciones sindicales reguladas por la Ley N° 23.551, procurando evitar mayores contagios y que se asuman conductas que podrían poner en peligro la salud de las personas, decisión justificada en el marco de la emergencia sanitaria y el contexto general de incertidumbre que tal situación produce para los órganos de representación sindical y la conformación de la voluntad colectiva.

Que la vigencia de la emergencia sanitaria y el desconocimiento sobre el momento en que la evolución de la pandemia permita dar por finalizada la emergencia referida, genera situaciones de incertidumbre que resultan contraproducentes a los fines del ejercicio de las representaciones correspondientes al ámbito de las asociaciones sindicales.

Que la referida emergencia sanitaria conlleva la posibilidad de un rebrote del virus COVID-19, como ya acontece en distintas regiones del mundo; no obstante el ponderable plan de vacunación que en nuestro país está ejecutando el PODER EJECUTIVO NACIONAL en coordinación con las jurisdicciones locales.

Que por esa razón, deviene necesario adoptar las medidas conducentes a fin de proteger la institucionalidad de las Asociaciones Sindicales de Trabajadoras y Trabajadores, y prorrogar los plazos de suspensión de los procesos electorarios y las asambleas y congresos en las entidades sindicales hasta el 31 de Agosto de 2021 y como consecuencia de ello, extender la prórroga de mandatos por el plazo de ciento ochenta días.

Que, en este estado de situación, es imperativo, para el ESTADO NACIONAL, brindar herramientas a las asociaciones sindicales que les permitan desarrollar su desenvolvimiento institucional, y la formación de la voluntad social en la medida en que ello sea posible.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto N° 50 del 19 de diciembre de 2019.

Por ello

El Secretario de Trabajo resuelve:

Art. 1° - Prorrógase el plazo establecido por el artículo 1° de la Resolución SECRETARÍA DE TRABAJO N° 1199/20 hasta el 31 de Agosto de 2021.

Art. 2° - Ampliase la prórroga del plazo establecido en el artículo 2° de la Resolución citada en el artículo anterior por el plazo de 180 días, a partir del 31 de Agosto de 2021.

Art. 3° - Quedan exceptuadas de la prórroga de mandatos aquellas asociaciones sindicales, federaciones y confederaciones que hubieran culminado su proceso electoral de renovación de autoridades con anterioridad al 16 de marzo de 2020.

Art. 4° - Los actos institucionales emanados de los órganos directivos de las asociaciones sindicales, necesarios para el normal cumplimiento de la vida sindical, podrán materializarse de manera virtual, por cualquiera de las plataformas utilizables a tal efecto, debiendo los intervinientes suscribir los registros correspondientes una vez finalizada la situación de emergencia.

Art. 5° - Instrúyase a la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, a analizar y autorizar, a petición de las entidades sindicales, la realización de las asambleas, congresos o actos que fueren factibles llevar a cabo, y a coordinar las acciones necesarias a fin de determinar los requisitos y cronogramas que reúnan las mejores condiciones sanitarias y de seguridad, en el marco de la pandemia de COVID-19, prestando especial atención a las razones de salud pública que motivan la presente, la situación de cada jurisdicción y el mantenimiento de la regularidad institucional, administrativa y contable de las entidades.

Art. 6° - Autorícese a la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales a dictar las normas reglamentarias y complementarias necesarias para el mejor cumplimiento de la presente.

Art. 7° - La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 8° - Regístrese, etc. - Bellotti.

DOSSIER

El pensamiento de “Héctor C. Guisado”: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social y procesal

Emiliano A. Gabet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría.— III. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente Dossier analizaremos el pensamiento del Dr. Héctor C. Guisado (1). La cita de los artículos de doctrina abarca en gran parte aquellos que se encuentran publicados en la base online de la editorial.

Es interesante destacar que siempre su análisis es integral, reseñando los antecedentes legislativos y, por demás importante, su encuadramiento en la realidad y actualidad social local e internacional.

Es así, que ha indicado con total claridad que, en cuanto a los vaivenes de la legislación laboral argentina (2), “... nuestro país exhibe una rara vocación por los movimientos pendulares, con manifestaciones en diversos órdenes de la vida social, desde los más trascendentes hasta otros

más triviales. El derecho del trabajo, tan sensible a los cambios que experimenta la sociedad, no parece haber escapado a esta vocación...” (3).

En cuanto a las obras publicadas por el Dr. Guisado cabe mencionar la actualización de la obra del Dr. Herrera “Extinción de la relación de trabajo”. Goldin —al presentar dicho libro— señaló “... cuando, como en este caso, se trata de una obra que estudia un sector del ordenamiento —del derecho positivo— y ha transcurrido tanto tiempo durante el cual el ordenamiento ha sufrido tantos cambios, suele ser más sencillo escribir una obra nueva que actualizar una precedente. En estos casos, la alternativa de la actualización solo se emprende y justifica cuando se reconoce en la obra una calidad y un rigor excepcionales que merecen ser rescatados para un indefinido tiempo por venir. Es sin duda el caso de libro sobre la Extinción de la relación de trabajo que Enrique Herrera, un jurista y profesor eminente, escribiera hacia el crepúsculo de los años 80 del siglo pasado y que hoy Héctor Guisado se propuso actualizar. Déjenme decir que haberlo hecho es, fundamentalmente, un aporte al conocimiento jurídico y a la preservación de su mejor acervo. Pero es también un modo, de rendir homenaje al autor original. En verdad, uno de los modos más auténticos y sustantivos de rendirle homenaje a un jurista es el

(1) Abogado. Especialista en Derecho del Trabajo (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo. Profesor en los postgrados de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires, Austral, Católica Argentina, Católica de Salta, sede Buenos Aires, y Nacional del Litoral. Profesor adjunto regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

(2) El autor llama “... reformas y “contrarreformas” laborales...”, en GUIADO, Héctor C., “La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo art. 66 de la ley de contrato de trabajo”, DT 2006 (mayo), 668, AR/DOC/1891/2006.

(3) GUIADO, Héctor C., “El nuevo régimen del período de prueba en la ley 25.250”, DT 2000-B, 1384, AR/DOC/3892/2001.

de reconocer la calidad y valía de su obra y vaya si se le reconoce cuando de este modo se procura su actualización. Tal es el homenaje de su hoy coautor —Héctor Guisado, prestigioso magistrado de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, distinguido profesor de la universidad y notable publicista— que ha hecho ciertamente un trabajo de alta calidad y por lo tanto a la altura de su objeto. Es el homenaje al que yo me asocio sin reservas en el recuerdo de un gran jurista, de un compañero en la vida académica, de un amigo muy querido que se fue ya hace tiempo, pero a quien, como se pone en evidencia en este acto, no se lo olvida. Como lo vengo de decir, Héctor Guisado ha estado a la altura de la tarea, y por ello esta obra tiene hoy legítimamente dos coautores —Herrera y Guisado— que la prolongan en el tiempo en el mejor nivel del derecho del trabajo argentino. Guisado ha enriquecido la obra con un minucioso examen del estado del arte y la literatura posterior a su original publicación, una actualización legislativa y jurisprudencial exhaustiva, un compromiso pleno con el tratamiento del tema y en su consecuencia, con el servicio al lector —el estudiante, el profesional— en la consideración de todas sus vertientes e implicaciones..." (4).

Como señaláramos al inicio, en este trabajo solo se reseña su labor doctrinaria en las publicaciones de la editorial. Invitamos al lector a leer sus fundados votos como Juez de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría

II.1. Derecho individual

II.1.a. Principio de primacía de la realidad. Concepto

Según la clásica definición de Plá Rodríguez —reproducida por Maza, Podetti y Vázquez Vialard, entre otros— este principio "significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos".

(4) Comentario de GOLDÍN, Adrián, "Extinción de la relación de trabajo" de HERRERA, Enrique - GUIADO, Héctor C., DT 2015 (diciembre), 2689, AR/DOC/3620/2015.

O, dicho de otra forma, también en palabras del propio Plá Rodríguez, compartidas por Justo López y por Zuretti, el significado de este principio es el de la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades, o las apariencias. De ahí que, como señala con agudeza Vázquez Vialard, las estipulaciones contractuales por escrito (que no son frecuentes en la práctica) no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba, en contrario, de los hechos. Estos se imponen sobre la denominación o calificación que las partes atribuyen a la relación contractual. De ahí que este principio es importante para resolver la situación en los casos de simulación, o de fraude laboral, tan frecuentes en la práctica para no cumplir con las exigencias mínimas de la ley. En tales circunstancias se toma en cuenta la realidad, no lo pactado. Pero la significación de este principio no se agota en la caracterización del contrato, sino que se extiende a todo el contenido y las circunstancias de la relación laboral, como, por ejemplo, la categoría del trabajador, su antigüedad, su jornada, su remuneración, etcétera. Así, p. ej., los datos que surjan de los asientos en libros o registros, las constancias de los recibos acerca de la fecha de ingreso, la función o el salario, o los horarios consignados en planillas, aun cuando hayan sido refrendados por la firma del trabajador, solo tienen un carácter presuntivo que puede ser desvirtuado por prueba en contrario.

GUIADO, Héctor C. "El principio de primacía de la realidad en el derecho del trabajo", DT 2020 (noviembre), 5, cita online: AR/DOC/3279/2020.

II.1.b. Regla de la condición más beneficiosa

1. Para el adecuado abordaje de la regla en examen es necesario distinguir entre los distintos tipos de condiciones: las de origen normativo (nacidas de leyes o convenios colectivos), las de fuente contractual (provenientes del contrato individual de trabajo) y las que se derivan de acuerdos colectivos irregulares. 2. Según mi parecer, la regla de la condición más beneficiosa se vincula exclusivamente con el segundo tipo de condiciones (las de fuente contractual). Solo tiende a proteger las situaciones personales más favorables, adquiridas por contrato individual o por concesión unilateral del empleador (en este último caso cuando la mejora, por su repetición,

se incorpora en definitiva al contrato y adquiere también carácter contractual). Estas condiciones más beneficiosas singulares no pueden ser modificadas o suprimidas unilateralmente por el empleador y subsisten a pesar de los cambios en el contexto normativo en el que tuvieron origen, aunque —a mi entender— pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de ambas partes. 3. En cambio, la regla de intangibilidad de la condición más beneficiosa es ajena a la sucesión de normas, ya que esta última cuestión se rige por otros criterios (los principios de “modernidad” y de “aplicación inmediata” a los que antes hice referencia). Las disposiciones heterónomas (leyes, convenios colectivos y, según mi opinión, también los convenios irregulares) pueden ser modificadas en cualquier sentido por otras de igual rango, sin que el trabajador pueda invocar como derechos adquiridos las condiciones provenientes de las normas anteriores, a menos que la nueva normativa contenga alguna cláusula transitoria que preserve el nivel de beneficio anterior. 4. Los convenios colectivos irregulares son verdaderos acuerdos colectivos. Sus cláusulas no se incorporan a los contratos individuales, sino que proyectan sus efectos sobre las relaciones de trabajo “desde afuera”. Por ello, pueden ser dejadas sin efecto por otro convenio colectivo (sea de la misma naturaleza, o de los regulados por la ley 14.250) y su vigencia está sujeta a las mismas reglas que rigen la sucesión normativa.

GUISADO, Héctor C., “La regla de la “condición más beneficiosa”, DT 2007 (abril), 375, cita online: AR/DOC/661/2007

II.1.c. *Ius Variandi*. art. 66, LCT. Acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo

Una vez notificado del cambio dispuesto por el empleador, el trabajador disconforme con la medida debería, antes de iniciar la acción judicial (o de darse por despedido), hacerle saber a aquel su oposición y requerirle el mantenimiento de las condiciones anteriores. Si bien no hay ninguna norma que imponga concretamente este proceder, entiendo que se trata de un recaudo exigido por el deber de actuar de buena fe (art. 63, LCT). Si el empleador insiste en efectivizar el cambio, el trabajador queda habilitado para ejercer las opciones que le reconoce el art. 66. Mientras tanto, puede retener su pres-

tación, en ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual prevista en los arts. 510 y 1201 del Cód. Civil. El trabajador puede tomarse un tiempo prudencial para iniciar la acción, a fin de consultar con un profesional y evaluar, con su asesoramiento, las posibilidades de éxito y los riesgos de cada vía. El hecho de que, mientras tanto, realice las nuevas tareas o se sujete a las modificaciones impuestas, no significa que haya aceptado el cambio. Sin embargo, el desempeño bajo las nuevas condiciones durante un largo lapso bastará para considerar que ha expresado de modo implícito su voluntad de consentir la modificación, con lo que perderá el derecho a cuestionarla. La acción que comentamos “se substanciará por el proceso sumarísimo”, es decir, el reglado por el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, o el que corresponda según el ordenamiento procesal de cada provincia. Una vez promovida la acción no se podrá “innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que estas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”. Esta es, a mi juicio, el aspecto más trascendente (y el más criticable) del precepto en examen. La norma se aparta, en este punto, de los antecedentes nacionales, provinciales e internacionales. En efecto, como se vio *supra*, el dec. ley 32.347/44 establecía que el trabajador debía “continuar en el desempeño de sus tareas, aceptando provisionalmente las condiciones impuestas”. Los Códigos Procesales Laborales de Mendoza y de San Luis también disponen idéntica conducta (la aceptación provisoria), salvo que las modificaciones “sean manifiestamente inaceptables, en cuyo caso, [el trabajador] podrá considerarse como suspendido”. Asimismo, en España, se prevé la impugnación de los traslados y desplazamientos, y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pero siempre “sin perjuicio de la ejecutividad” de la medida (arts. 40.1, 40.4 y 41.3 del Estatuto de los Trabajadores). El art. 66, en cambio, establece el criterio inverso al de los antecedentes referidos, vale decir, el mantenimiento de las condiciones anteriores hasta que recaiga sentencia definitiva, sin siquiera requerir la acreditación de la “verosimilitud del derecho” y del “peligro en la demora”, como lo exigen el Código Procesal Civil de la Nación (art. 230) y diversos ordenamientos provinciales. Pienso que la norma debería haber dejado mayor liber-

tad al juez para conceder o denegar la medida cautelar, previa verificación de la concurrencia de esos requisitos (o, al menos, del primero de ellos). Sin embargo, y más allá del juicio de valor que merezca el nuevo texto legal, creo que su redacción es categórica y no deja lugar a dudas: ante el solo pedido del trabajador, el juez deberá disponer sin más trámite la prohibición de innovar, en tanto no surja de la demanda que se trate de una modificación de carácter general (es decir que afecte a todo "el establecimiento o sección", como dice el precepto). De todas maneras, como la medida no causa estado y es provisoria, si el empleador acredita que se trata de un cambio de alcance general, el juez deberá revocarla. Podría suceder, en cambio, que del texto mismo de la demanda se desprendiera en forma manifiesta la inadmisibilidad de la acción. En efecto, podría surgir del relato del trabajador que la modificación no fuera unilateral sino bilateral (en cuyo caso escaparía del ámbito del *jus variandi*) o que la medida fuese perfectamente legítima. En tales casos (estrictamente excepcionales, por cierto, y apreciados con criterio restrictivo), el juez podría directamente rechazar in limine la acción. Cabe reiterar que ni el inicio de la acción, ni la prohibición de innovar, ni aun una eventual sentencia favorable al trabajador, afectan, a mi juicio, el poder de disolución del contrato que la misma LCT reconoce al empleador: este puede, en cualquier momento (antes, durante y después del trámite judicial) extinguir el vínculo, con o sin motivo justificado, con la única consecuencia (en este último supuesto) de la obligación de abonar las indemnizaciones pertinentes.

GUISADO, Héctor C., "La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo art. 66 de la ley de contrato de trabajo", DT 2006 (mayo), 668, cita online: AR/DOC/1891/2006.

II.1.d. Inembargabilidad del salario. Cuestiones generales

El tema que abordamos se enmarca dentro de un importante capítulo de nuestra disciplina, como es la defensa del salario. Este es normalmente el único ingreso del trabajador, que le permitirá satisfacer sus necesidades y las de su familia, por lo que necesita ser protegido, ante todo del empleador, pero también de los

acreedores de uno y de otro. Por cierto, que las deudas contraídas por los trabajadores con terceros, como señala de la Cueva, no atañen en forma inmediata y directa a la relación laboral, sin embargo, "las finalidades supremas del derecho del trabajo no son únicamente la defensa del trabajador frente al empresario, sino el aseguramiento efectivo de una vida decorosa en el presente, imposible si el salario está expuesto a pasar en todo o en parte a un posible enjambre de acreedores. Es así como las diversas legislaciones, interpretando el pensamiento y la valoración de la sociedad, han excluido a los créditos salariales del principio general, consistente en que el patrimonio es la garantía de los acreedores sometiéndolos a un régimen de excepción. La inembargabilidad del salario (total o parcial) es, pues, una tendencia universal, a la cual no ha sido ajeno nuestro país, que cuenta con antecedentes bastante remotos acerca de la limitación a la cautela, no solo del salario sino también de las indemnizaciones emergentes del contrato de trabajo. Podemos mencionar, entre otros, la ley 9511, el art. 13 de la ley 9688 y el art. 157, inc. 7°, del Cód. de Comercio (modificado por la ley 11.729).

GUISADO, Héctor C., "La inembargabilidad del salario y las indemnizaciones (Comentario al dec. 484/87)", DT 1987-B, AR/DOC/965/2005.

II.1.e. Indemnización por antigüedad. Cómputo del tiempo de servicios. Art. 18 y 19, LCT

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y de la Suprema Corte de Buenos Aires exige para la procedencia de la indemnización por despido una antigüedad en el empleo mayor a tres meses. A la misma solución conduce ahora el nuevo art. 92 *bis* de la ley de contrato de trabajo —introducido por la ley 24.465 (DT, 1995-A, 543)— según el cual los contratos de trabajo por tiempo indeterminado se entenderán celebrados a prueba durante los primeros tres meses. Durante este período de prueba —que puede ser ampliado hasta seis meses por los convenios colectivos de trabajo— el trabajador no tiene derecho a indemnización alguna con motivo de la extinción. Como en cualquier beneficio que se concede al trabajador en función de su antigüedad, el tiempo de servicios se computará con arreglo a lo previsto en los arts. 18 y 19 de la ley de contra-

to de trabajo. Es decir que se tendrá en cuenta el tiempo “efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador” (art. 18). También se considerará el lapso del preaviso concedido (art. 19). ¿Qué se entiende por tiempo “efectivamente trabajado”? Justo López considera que debe distinguirse entre el caso normal del contrato de trabajo de prestación continua y el excepcional del vínculo con prestación laboral discontinua pero reiterada en la misma época de cada año (contrato de temporada); hecha la distinción, el texto que hace referencia al tiempo efectivamente trabajado debe aplicarse solo al trabajo de temporada. En opinión de este autor, entonces, la antigüedad en el empleo sería —en el contrato de trabajo “común”— coincidente con el tiempo de duración del vínculo. Krotoschin, por su parte, sostiene que debe computarse como tiempo de servicios aquel durante el cual el contrato de trabajo estuvo suspendido por alguna causa legal (enfermedad o accidente inculpables, convocatoria al servicio militar, desempeño de cargos electivos o representativos, suspensiones por causas económicas), con excepción de aquellas suspensiones que son imputables al trabajador (por razones disciplinarias, o huelga, a menos que esta obedeciera a culpa del empleador). Creemos que este segundo criterio —más casuista, por así decir— se ajusta más al sistema de la ley de contrato de trabajo, donde hay diversas normas que también efectúan distinciones según el tipo de suspensión y específicamente adjudican o deniegan el carácter de “tiempo de servicios” a distintos lapsos de licencia.

GUISADO, Héctor C., “Algo más sobre el cálculo de la indemnización por despido arbitrario”, DT 1996-B, 2954, cita online: AR/DOC/9934/2001.

II.1.f. Incremento indemnizatorio art. 1º, ley 25.323

La ley 25.323 tuvo su origen en un proyecto del diputado Horacio F. Pernasetti, en el que se propiciaba originariamente la incorporación a la LCT de dos artículos (el 245 *bis* y el 245 *ter*) que preveían sendos incrementos indemniza-

torios: el primero para el caso de despido del trabajador no registrado (o registrado de modo deficiente) y el segundo para el supuesto de falta de pago de las indemnizaciones derivadas del despido. La Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados efectuó algunas modificaciones a la propuesta, la más relevante de las cuales fue la de suprimir la incorporación formal de los nuevos preceptos a la LCT, con lo cual aquellos pasarían a constituir un texto separado de aquel cuerpo normativo. El proyecto, que pasó prácticamente desapercibido en el ámbito profesional y académico, fue aprobado sin más cambios (y sin ningún tipo de debate) por ambas cámaras. Promulgada de hecho el 6 de octubre de 2000, la ley fue publicada en el Boletín Oficial el día 11 del mismo mes y entró en vigencia el día 20 de octubre (arts. 2º y 28 del Cód. Civil). En este estudio nos limitaremos a examinar el art. 1º de la ley, que en su primer párrafo establece: “[L]as indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), art. 245 y 25.013, art. 7º, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente”. Si bien —como anticipamos— no se registró debate en el recinto de ninguna de las cámaras, existe un valioso antecedente parlamentario que ilustra sobre la finalidad de la ley: el informe de su autor, que la mencionada Comisión hizo suyo y esgrimió para aconsejar la aprobación del proyecto. El citado informe comienza por poner de relieve el grave problema que representaba el trabajo clandestino, que había alcanzado “cifras escandalosas”. Seguidamente recuerda que, para combatir ese flagelo, en el año 1991 se sancionó la Ley Nacional de Empleo (nº 24.013), cuyo título II estaba destinado a establecer sanciones y multas para quienes tuvieran trabajadores no registrados. Para ello —continúa diciendo el informe— “en los arts. 7º, 8º, 9º y 10º se define claramente al empleo no registrado o registrado deficientemente, estableciéndose las multas correspondientes en los casos de no registración, registración en fecha posterior a la real y consignación en el documento laboral de una remuneración menor que la percibida por el trabajador”. Cabe hacer aquí una digresión para señalar que el párrafo que acabamos de transcribir ilumina el camino para dilucidar el más grave proble-

ma interpretativo que la nueva norma habría de suscitar: el significado de la expresión “registrada...de modo deficiente”. En el pensamiento del autor del proyecto (que la Comisión de Legislación del Trabajo hizo suyo en su dictamen) es claro que esas deficiencias son, ni más ni menos, las que reprimen los arts. 9º y 10º de la ley 24.013. El informe destaca asimismo que el régimen de la Ley Nacional de Empleo resulta insuficiente para cumplir acabadamente con la finalidad allí perseguida, pues las multas solo proceden cuando el trabajador (o la asociación gremial que lo representa) intima fehacientemente al empleador en los términos del art. 11 de la citada ley “dentro de una relación laboral vigente”. Sin embargo, el contexto laboral “caracterizado por una masiva precariedad en las condiciones de trabajo y un alto índice de desempleo, opera como un elemento disuasivo para el propio trabajador a la hora de hacer efectivo el reclamo habilitado por la ley 24.013, tal como está redactado en la actualidad”. Es por ello que —sigue expresando el informe— “en la gran mayoría de los casos el trabajador no cursa la intimación durante la vigencia de la relación laboral por temor a perder su puesto de trabajo o, en su defecto, por ignorancia de la norma, de la que recién toma conocimiento al tener que iniciar acciones legales...[d]e manera tal que la norma actual se torna prácticamente inoperante”. Esta situación —la del trabajador despedido que no ha cursado la intimación prevista en el art. 11 de la ley 24.013— refleja, a juicio del autor del informe, “un vacío legislativo” y el art. 1º del proyecto tiende entonces “a subsanar esta cuestión”. La nueva norma constituye precisamente “un instrumento inmejorable para disuadir al empleador de la contratación clandestina”, ya que contempla el agravamiento de las indemnizaciones dispuestas por el art. 245 de la LCT y el art. 7º de la ley 25.013, “de modo tal de proteger a ese trabajador que no solo fue víctima de una contratación irregular, sino que, además, ha sido despedido y se verá obligado a recorrer un largo y penoso camino para acceder al resarcimiento que le confiere la ley”. En suma, se desprende nítidamente de este antecedente parlamentario que el art. 1º de la ley 25.323 fue concebido como un régimen complementario del diseñado (para iguales supuestos) por la ley 24.013, aplicable en aquellos casos en que, pese a configurarse los requisitos sustanciales de los

arts. 8º, 9º y 10 de esta última ley (falta de registro o registro deficiente de la relación laboral), las indemnizaciones allí previstas no resultan procedentes por incumplimiento de recaudos formales (v. gr., omisión o insuficiencia de la intimación del art. 11). Esta relación de complementariedad queda aún más de relieve en el párrafo final del art. 1º de la ley 25.323, según el cual “el agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los arts. 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013”.

GUISADO, Héctor C., “El incremento indemnizatorio del art. 1º de la ley 25.323”, DT 2010 (julio), 1679, AR/DOC/3659/2010.

II.2. Riesgos del trabajo. Salud, higiene y medioambiente laboral

II.2.a. Ley de Riesgos del Trabajo. Aspectos positivos

A mi juicio, la reforma debería mantener y profundizar los aspectos positivos de la ley 24.557: el énfasis en la prevención de los riesgos del trabajo, la asignación de funciones en esta materia a las ART, la obligatoriedad del aseguramiento, la búsqueda de mecanismos que favorezcan la inmediatez en el goce de las prestaciones, la existencia de fondos de reserva y de garantía para asegurar el pago de aquellas, etc.

GUISADO, Héctor C., “Reforma a la ley de riesgos del trabajo”, Sup. Act. 21/10/2008, 1, cita online: AR/DOC/2781/2008.

II.2.b. Homogeneización de los sistemas resarcitorios de riesgos del trabajo en los países del MERCOSUR

En el art. 1º del Tratado de Asunción los países miembros asumieron el compromiso de “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes”, entre las que se encuentra ciertamente el área social. Ahora bien, como lo ha dicho el ilustre jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez, esa armonización no significa alcanzar la unificación legislativa, sino evitar las diferencias muy agudas que puedan llevar al dumping social o aquellas incompatibilidades que puedan generar dificultades en la integración. Asimismo, cabe recordar que, en la Declaración Sociolaboral del

MERCOSUR, los Estados Parte proclamaron el derecho de los trabajadores a ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, y asumieron compromisos tanto en materia de prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como en materia de amparo contra riesgos tales como la enfermedad y la invalidez (arts. 17 y 19). En síntesis, no es necesaria la homogeneización, pero sí una armonización, no solo de los sistemas resarcitorios sino también de los de prevención, con arreglo a los compromisos asumidos en la Declaración Sociolaboral y en otros documentos internacionales que allí se mencionan.

GUISADO, Héctor C., “Reforma a la ley de riesgos del trabajo”, Sup. Act. 21/10/2008, 1, cita online: AR/DOC/2781/2008.

II.3. Derecho internacional

II.3.a. Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT

A.- Resulta un criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también por la doctrina y jurisprudencia en general, que los convenios de la OIT tienen jerarquía supra legal, salvo el n° 87, que tendría jerarquía constitucional. B.- Corresponde a todos los jueces, de todas las instancias y jurisdicciones, efectuar no solo el control de constitucionalidad de las normas internas, sino también el control de convencionalidad de esas normas, es decir el escrutinio de su adecuación a las normas de los tratados internacionales (entre los que se encuentran, ciertamente, los convenios de la OIT) y a las interpretaciones que de estos han realizado sus respectivos órganos de control. C.- Más allá de algunos zigzagueos de la jurisprudencia de la CSJN, su doctrina más reciente es la que asigna a los comités de derechos humanos el carácter de intérpretes autorizados de los tratados de esa índole en el plano internacional. D.- A partir de 2008 la Corte ha modificado su tradicional postura negativa hacia los convenios de la OIT, y ha comenzado a apoyar sus decisiones en esos convenios y en las interpretaciones de sus órganos de control. En algunos de los fallos dictados a partir de ese año destacó el papel que ejercen esos órganos, consideró “de importancia” puntualizar los criterios del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos,

y señaló también que correspondía “tomar en especial consideración” las opiniones de dicha Comisión. E.- En la jurisprudencia de los demás tribunales (entre ellos, la Suprema Corte de Buenos Aires y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo) se avizora una tendencia más decidida (aunque todavía incipiente), que empieza a asignar carácter vinculante u obligatorio para los jueces, a la “jurisprudencia” de los órganos de control de la OIT. F.- Esa tendencia ha calado también en la doctrina mayoritaria y asimismo empieza a plasmarse en algunas normas legales o reglamentarias, como las leyes y el decreto antes mencionados, que otorgan fuerza obligatoria a las observaciones, recomendaciones y estudios de aquellos órganos de control. G.- Por mi parte, coincido con esa tendencia (a la que adscribí como magistrado), pues considero (en concordancia con las opiniones, más arriba citadas, de destacados autores y de la propia Comisión de Expertos) que, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga las opiniones de los órganos de control de la OIT, estas deben ser consideradas válidas y reconocidas, tanto en el plano internacional como en el nacional. Como expresa agudamente Etala, “para que las disposiciones de la Constitución de la OIT puedan ser efectivamente aplicadas, la interpretación de los Convenios debe ser uniforme, puesto que resultaría absurdo que cada miembro interpretara según su leal saber y entender un instrumento que ha sido ratificado por todos y cuya vigilancia en su aplicación efectiva ha sido confiada a la organización internacional”. El lector que haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí comprenderá entonces el sentido de la cita del epígrafe. Para evitar la absurda situación de que cada Estado (o sus tribunales de justicia) interpreten de modo diverso los Convenios de la OIT, existen “intérpretes autorizados” de esos instrumentos, llamados a efectuar su exégesis auténtica y uniforme, de la que no pueden apartarse los jueces nacionales. Esos “intérpretes autorizados” son el Comité de Libertad Sindical (en el ámbito de su competencia) y la Comisión de Expertos. En ausencia de recurso ante la Corte Internacional de Justicia, sus opiniones revisten carácter obligatorio para los tribunales de los Estados miembros respecto de los convenios por ellos ratificados.

GUISADO, Héctor C., “Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su in-

cidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional", DT 2012 (julio), 1675, cita online: AR/DOC/3497/2012.

II.4. Derecho procesal

II.4.a. Transformación y ampliación de la demanda

En la etapa de constitución del proceso —como enseña Colombo—, debe haber un determinado momento en que quede definitivamente fijado el contenido real de la controversia que ha de constituir, oportunamente, el objeto de la decisión, dependiendo de cada ordenamiento procesal establecer cuál ha de ser ese momento definitivo. La cuestión es indudablemente difícil, pues se encuentran en juego distintas exigencias: por una parte, el interés de alcanzar la verdad, que aconseja dejar hasta el momento de la decisión definitiva, la puerta abierta a todas las deducciones aun tardías, porque estas pueden aportar al juez nuevos elementos de convicción que favorezcan los fines de la justicia; por otra está el interés en la rapidez y en la buena fe procesal, que exige que las partes no prolonguen el proceso con un goteo bien dosificado de afirmaciones guardadas en reserva. Pero es dable observar que, si se excluyera por completo la posibilidad de modificar la demanda, podría darse el contrasentido de que un proceso engendrara otros procesos por cuestiones que pudieron haber sido resueltas en el primero, con lo cual la pretendida rapidez que se busca lograr se tornaría ilusoria. Como se ve, la oposición entre los valores y principios comprometidos (justicia, derecho de defensa, celeridad y economía procesal) torna necesaria la búsqueda de soluciones equilibradas que, sin amparar la mala fe ni la negligencia en el demandante, le permitan corregir los defectos u omisiones originarios, a fin de posibilitar el pleno reconocimiento de sus derechos, preservándose al mismo tiempo el derecho de defensa del demandado y el interés general que se traduce en el logro de una justa, ordenada y económica solución de los litigios.

GUISADO, Héctor C., "Transformación y ampliación de la demanda en el procedimiento laboral", LA LEY 1991-C, 51, cita online: AR/DOC/8955/2001.

II.4.b. Rebeldía en el proceso laboral

La palabra "rebeldía", que evoca una actitud de desobediencia, de sublevación al mandato judicial, es propia de una época en la que la comparecencia al proceso constituía un deber y como señala Alcalá y Zamora, no se acompaña con el verdadero sentido de la institución en los códigos contemporáneos. En efecto, modernamente se considera que los litigantes tienen cargas (y no deberes) en el proceso, cuyo incumplimiento no es propiamente contrario a derecho, sino contrario a un imperativo del propio interés. Pues bien, más allá de lo equivoco de la expresión, lo cierto es que el uso ha consagrado al vocablo "rebeldía" para designar a la inactividad en el litigio sea esta total (no comparecencia al proceso o abandono de este) o respecto de algún acto en particular (vgr., no contestación de la demanda, o de una vista o traslado, inasistencia a la audiencia de posiciones). La rebeldía tiene como efecto genérico la exclusión de la posibilidad de realizar el acto omitido (preclusión); y los efectos especiales que determine la ley para cada caso (vgr. creación de una presunción desfavorable a la parte inactiva). En el procedimiento reglado por la ley 18.345, el efecto preclusivo se produce por el solo vencimiento de los plazos, "sin necesidad de petición de parte ni declaración alguna" (art. 53). Se contemplan además importantes consecuencias para la rebeldía en la contestación de demanda (art. 71) y en la absolución de posiciones (art. 86), que analizaremos en el presente trabajo.

GUISADO, Héctor C., "La rebeldía en el proceso laboral", DT 1986-B, 1619, AR/DOC/1042/2005.

II.4.c. Ejecución de créditos laborales contra personas fallidas o concursadas

Desde la creación de la justicia especializada, las normas atributivas de su competencia han establecido la aptitud jurisdiccional de los jueces laborales para conocer en las acciones dirigidas contra empleadores concursados o fallidos. Así, la primera ley de organización de la Justicia Nacional del Trabajo dispuso: "[E]n caso de... quiebra o concurso del demandado, las acciones que sean de competencia de la jurisdicción del trabajo se iniciarán y continuarán en esa jurisdicción a cuyo efecto deberá notificarse a los respectivos representantes legales" (art. 45

del dec. ley 32.347/44). Pese a la aparente amplitud de este precepto, la doctrina interpretó pacíficamente que la intervención de la justicia laboral se limitaba a la determinación de la procedencia o improcedencia de la acción; en cambio, la ejecución de la sentencia definitiva dictada por los tribunales del trabajo estaría sujeta a la ordenación y privilegio de los créditos, que naturalmente no podrían ventilarse sino ante el juez que tramitaba el juicio universal. En el mismo sentido, la Corte Suprema resolvió que por el citado art. 45 solo se modificaban los efectos del fuero de atracción con respecto a la competencia de los procesos de conocimiento, pero no respecto de la ejecución forzada, y que no se reformaban las disposiciones de la legislación común en cuanto a la indispensable unidad exigida por el proceso de verificación y al orden de preferencia para el pago de los créditos; la aplicación de las normas de la ley respectiva requería, necesariamente, que la ejecución fuera encomendada al tribunal ante el cual tramita la quiebra, como única forma de obtener igualdad y justicia en la liquidación de los bienes del deudor y pago de sus acreedores. La ley 18.345 recogió esos antecedentes. En efecto, su art. 25 reprodujo casi literalmente el texto anterior, estableciendo: “[E]n caso de muerte, de quiebra o de concurso civil del demandado o quien hubie-

re de serlo, los juicios que sean de competencia de los tribunales del trabajo se iniciarán o continuarán ante este fuero, con notificación a los respectivos interesados o representantes legales”. Pero, al mismo tiempo, su art. 135 circunscribió los alcances de esa directiva a la etapa de conocimiento, al especificar (en línea con la jurisprudencia y la doctrina elaboradas en torno a la ley precedente) que “la ejecución contra el deudor fallido o concursado se deberá llevar al respectivo juicio universal”.

GUISADO, Héctor C., “Ejecución de créditos laborales contra personas fallidas o concursadas”, DT 2009 (marzo), 276, AR/DOC/2701/2008.

III. Bibliografía (5)

HERRERA, Enrique, GUISADO, Héctor C., “Extinción de la relación de trabajo”, Astrea, Buenos Aires, 2015, 2ª ed.

GUISADO, Héctor César, “La transferencia del contrato de trabajo”, Erreius, Buenos Aires, 2020, 1ª ed.

(5) Las obras citadas se encuentran para su consulta en su mayoría en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SEGURIDAD SOCIAL

DOCTRINA

Los trabajadores como consumidores hipervulnerables en el sistema de riesgos del trabajo (*)

Micaela García Douma (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Del usuario indirecto del contrato de ART. Su carácter de consumidor hipervulnerable y la normativa aplicable.— III. Principales efectos del presente análisis. Jurisprudencia receptora de este.— IV. Conclusión.

I. Introducción

El sistema de riesgos del trabajo (1), sin dejar de soslayar que resulta de una complejidad conocida atento ser cuestionado en reiteradas oportunidades, derivando ello en la declaración de inconstitucionalidad de varias de sus normas; establece un seguro obligatorio suscripto por el empleador con compañías aseguradoras de riesgos del trabajo —en adelante ART— especializadas y de objeto único, a las cuales consideramos les quepa el concepto de proveedor (2).

(*) El presente trabajo es una versión resumida de la Tesis de Maestría en Derecho Empresario realizada en la Universidad Austral.

(*) Abogada, Universidad Nacional Del Sur (UNS). Magíster en Derecho Empresario, Universidad Austral (UA). Diplomada en Derecho del Trabajo (UA). Especialización en Derecho comparado del Trabajo, Universidad de Salamanca (USAL). Cursa Diplomado en Derecho de los Usuarios y Consumidores (UNS). Integrante del Instituto de Derechos del consumidor del Colegio de Abogados de Bahía Blanca (CABB).

(1) Creado por la ley 24.557 en 1995, habiendo sufrido varias modificaciones, siendo la última de ellas en el 2017 mediante la ley complementaria 27.348.

(2) "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley..."

Su finalidad es dar cobertura, en el marco originario del contrato de trabajo, a las contingencias surgidas a raíz de accidentes laborales o enfermedades profesionales, como así también el deber de prevención en aras de proteger la salud física y psicofísica de los trabajadores.

Partimos por señalar el análisis del presente, considerando la semejanza de dos sistemas protectorios específicos tendientes a equilibrar relaciones entre partes no situadas en pie de igualdad, sin perder de vista para ello; las peculiaridades tanto del fuero del trabajo en orden a la hiposuficiencia del trabajador (3), como de la protección del consumidor (signado por un desequilibrio propio de las fallas del mercado económico).

En este sentido, existen autores que han sentido su postura en cuanto a que el Código Civil y Comercial —en adelante Cód. Civ. y Com.—, pretende saldar la disociación entre la Constitución Nacional y el código "que no solo ha tenido en cuenta a la Carta Magna y a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), sino también a un corpus iuris más extenso, al que se conoce bajo el nombre de "bloque de la constitucionalidad federal",

(3) Resultando ser un sujeto de preferente tutela constitucional, lo que así ha entendido nuestro cimero tribunal en el resonado precedente Vizzotti. CS, "Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ despido", V. 967. XXXVII

que es la principal fuente o “fuente de fuentes” del Cód. Civ. y Com. (4).

Lorenzetti afirma “El Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema, y por ello contiene una serie de artículos de gran significado valorativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema basado en principios y reglas” continúa manifestando: “... [D]istingue el Derecho de la Ley. Este es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que solo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente”. Ahora en cambio, el panorama se amplía sobremanera ya que no se trata solo de la ley, sino de todas las demás fuentes: tratados internacionales, doctrina, costumbres, principios y valores. Lo cual permite entender al código como eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios generales” (5).

A través de este dialogo de fuentes al cual Gonzalo Sozzo ha definido como una teoría “superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía” se enriquece a los magistrados dado que aporta un sistema sin normativas rígidas o evitar caer en “monoteísmo de los códigos” (6).

De este modo, la doctrina viene instalando un enfoque más humanista de la persona, lo cual se observa en varios artículos de nuestro Cód.

(4) HERRERO, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, Edición, Infojus, 2015, 1ª ed., p. 7

(5) LORENZETTI, Ricardo L., “Código civil y comercial de la Nación - comentado”, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, 1ª ed., t.I, p. 25.

(6) LIMA MARQUES, Claudia, CERDEIRA, Juan José, “Diálogo y vinculación entre las normas de defensa de la competencia y del consumidor, desde la perspectiva argentino- Brasileña”, AR/DOC/2123/2018; ALEGRÍA, Héctor, “El derecho privado hoy y la innovación jurídica”, LA LEY 2013-C, 1020, AR/DOC/2014/2013.

Civ. y Com. (7) haciéndolo también la protección consumeril, comprendiendo la dignidad, la salud, libertad de elección e intereses económicos (8).

De esta forma, se propone alcanzar una tutela efectiva y amplia para los trabajadores sinistrados, quienes además de padecer los embates propios del sistema de riesgos, ven afectada su salud por la falta de cumplimiento en tiempo y forma las prestaciones médicas, no reconociéndosele a la fecha, su carácter de usuario indirecto del seguro mencionado. Se genera un espacio y protección hoy no reconocida, que tal como se verá, le permitirá acceder a una puerta de reclamo que con carácter prioritario procura darle voz e intervención en un proceso donde no se lo incluye —a menos si su cuerpo humano—, y no puede elegir la ART, ni a los efectores de la salud que analizarán su estado.

II. Del usuario indirecto del contrato de ART. Su carácter de consumidor hipervulnerable y la normativa aplicable

Pasando a la cuestión medular del presente, obligado resulta referirnos cuanto más brevemente, al concepto de relación de consumo del art. 1092 del Cód. Civ. y Com. (9) dado que

(7) A modo de ejemplo, el Art. 51 incorpora el concepto de dignidad y entiende: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

(8) TAMBUSI, Carlos E., “Ley de defensa del consumidor”, comentada, anotada y concordada, Editorial Hammurabi, 2ª ed.

(9) Art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación. “Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. En igual sentido, el art. 1º de la LDC “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

permite encuadrar a los trabajadores siniestrados como usuarios indirectos de la contratación bilateral generada entre el empleador y la aseguradora. Precisamente, en su segundo párrafo reza: "Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

De los diversos escenarios originados por infortunios o enfermedades profesionales, vemos que los trabajadores son quienes reciben en forma indirecta (mecanismos obligatorios de prevención) como en forma directa (prestaciones médicas en especie con más las dinerarias según la incapacidad que padece) los beneficios del contrato de ART; lo que arroja la necesidad de contemplar el sistema consumeril (10).

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

(10) Frente a las situaciones asimétricas existentes en la relación de consumo, se sanciona la LDC viéndose acentuada con la reforma a nuestra carta magna donde se incluyen los derechos tratados en la redacción de su art. 42, incorporando la noción de relación de consumo - concepto que la LDC compatibiliza con su modificación del año 2008-. Este espectro hoy día se ha intensificado a partir de una nueva etapa desplegada con la sanción del Código Civil el cual incorpora dentro del Título III el contrato de consumo y en conjunto una serie de principios que actúan como un parámetro mínimo sobre el cual ninguna ley especial podrá derogar. El art. 42 de la CN reza: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Dante Rusconi (11) nos enseña: "[E]l derecho del consumidor es un orden protectorio especial que no regula "el mercado" o "el consumo" sino que brinda protección a las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en él en condiciones de vulnerabilidad".

Al igual que lo refiere la doctrina, el término relación de consumo debe ser analizado tanto en su faz contractual como extracontractual, lo que hace al contrato de consumo estar inmerso en la misma. No nos referimos únicamente a las partes contratantes ya que, dentro de esta cadena de servicios o bienes, hay terceros afectados que de hacer un análisis restrictivo en la que únicamente se consideran a las partes firmantes, quedarían fuera de ejercer la protección de la rama en cuestión (12). En esta línea, Alberto J. Bueros nos enseña que el concepto de relación de consumo es más amplio que el de contrato de consumo, dado que el objeto de tutela no es el acto de contratar sino de consumir.

Así las cosas, es dable resaltar el similar sentido al expuesto por el art. 9° (13) de la Ley de Contrato de trabajo que arroja el Cód. Civ. y Com. cuando establece; *en caso de duda se estará por la interpretación más favorable al consumidor* (14). Cuestión que desprende la opinión

(11) RUSCONI, Dante D., "Manual de Derecho del consumidor", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 155.

(12) Por ejemplo; la utilización del servicio de telefonía celular; productos defectuosos de uso familiar; prestaciones médicas etc. Por ello es que defendemos al universo de usuarios no contratantes que, si bien no suscriben un documento, es justo que se les permita utilizar la normativa referenciada para protegerse.

(13) Art. 9° ley 20.744 "El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador".

(14) Art. 1094 Cód. Civ. y Com.: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consu-

de poner ello por delante de la noción estricta de contrato, con un propósito similar respecto al *in dubio pro-operario* del derecho Laboral (15). Se observa entre muchas otras cuestiones, la imposibilidad del trabajador en elegir la ART y solicitar cambio de prestadores médicos, denotando ello un estado de *vulnerabilidad imposible* de ser ignorado (16) más aún, cuando la elección del empleador en contratar el seguro se basa en el valor de la alícuota y no en la calidad del servicio (17).

El capítulo IX de la LRT, trata los derechos, deberes y prohibiciones de las partes, incluyendo en dicha reglamentación a las ART, al empleador, y a los trabajadores (18). La misma LRT recurre con absoluta frecuencia a las normas generales de seguros para desentrañar aquellas cuestiones que la ley específica no trata (19). Lo expuesto no hace más que confirmar que los trabajadores pese a no suscribir nada, forman parte de esta relación.

misor". Asimismo, el art. 1095 establece "El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

(15) SOZZO, G., "Daños sufridos por consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)" en Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, p. 560;

(16) Tanto el trabajador como el consumidor desde el propio nacimiento de la relación se encuentran en estado de desequilibrio manifiesto, ya sea por cuestiones económicas, informativas etc.

(17) CHAMATROPULOS, Demetrio A. "Los trabajadores como consumidores frente a las aseguradoras de riesgos del trabajo", Microjuris; MEZIO, Eduardo L. "El trabajador, el empleador, las ART y la Ley de Defensa del consumidor", DJ 2014/05/21, 1.

(18) MEZIO, Eduardo L. "El trabajador, el empleador, las ART y la Ley de Defensa del Consumidor", ob. cit.

(19) Véase que el Art. 26 de la LRT establece que las ART deberán reunir los requisitos que impone la Ley 20.091 de seguros y sus diversos reglamentos. Cuestión que nos lleva a enlornarnos en sentido positivo de que estas toman el riesgo asegurador. Va de suyo, el art. 34 de la LRT crea un Fondo de Reserva que será administrado por la Superintendencia de Seguros de la Nación; menciona al mismo organismo como ente regulador y de supervisión en el art. 36, inc. 2; y lo más llamativo resulta ser el art. 41 de la misma cuando establece que en las materias no reguladas y en tanto sea compatible se aplicara la ley 20.0091.

Lo expuesto, nos permite traer a colación la existencia de consumidores que, por diversas circunstancias naturales o sociales, además de la vulnerabilidad estructural abarcada *ut supra*, se encuentran en un estado de desventaja doblemente agravado. Ya ha sido tratado tanto por la doctrina nacional como extranjera, conceptualizándolos como "sub-consumidores" (20); "infra consumidores"; "consumidores especialmente frágiles"; "consumidores vulnerables"; o "consumidores hipervulnerables o hipo suficientes" (21), incluyendo dentro de esta categoría a niños, adolescentes, adultos mayores, poblaciones originarias, raza, discapacidad, analfabetos etc. (22). Sin embargo, hasta el momento no contábamos con normativa que los recepte explícitamente.

A raíz de la emergencia sanitaria declarada producto del SARS-CoV2 (23) y en medio de una crisis económica y social que acentúa la vulnerabilidad de las y los consumidores, se dictó la res. 139/2020 (24) que incluye a los fines del art. 1° de la LDC (25) a los consumidores

(20) ACEDO PENCO, Ángel, "Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el estatuto de los consumidores de Extremadura", Anuario de la Facultad de Derecho, Nro. 22, 2004, p. 195 y ss.

(21) Ver antecedentes de las terminologías en BAROCELLI, Sergio S., "Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio" LA LEY del 23/03/2018, 3, AR/DOC/523/2018.

(22) ACEDO PENCO, Ángel, ob. cit., p. 199; BAROCELLI, Sergio Sebastián "Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia", AR/DOC/1191/2013; FRUSTAGLI, Sandra A., HERNÁNDEZ, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", LA LEY 2011-E, 998; LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 78.

(23) Declaración del carácter de pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el dec. 287/2020 y 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional en tanto establecen la Emergencia Sanitaria y el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio.

(24) Publicada en el Boletín Oficial con fecha 28/05/2020.

(25) Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al

“hipervulnerables”, considerando entre otras cuestiones; la edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, obligando a la adopción de medidas de tutela diferenciada cuando nos encontremos frente a ellos. No hay duda de que la normativa genera un avance considerable, ya que da reconocimiento a una categoría de sujetos que viene siendo tratada por la doctrina desde hace varios años. Wajntraub entiende posible que puedan apreciarse transformaciones concretas a la figura de “consumidores hipervulnerables”, ya que “debe ser el norte de cualquier cambio normativo” (26).

En este orden de ideas, consideramos al trabajador —dado el doble grado de vulnerabilidad que se ha puesto de manifiesto— no solo como consumidor, sino dentro de la categoría de consumidores hipervulnerables. Ello implica analizar el doble grado de vulnerabilidad manifiesto provocado por la suma de desigualdades de la relación laboral como de la relación de consumo con la ART. El trabajador mayoritariamente desconoce los mecanismos y procedimientos del sistema de riesgo, cuestión que deviene agravada, al no poder elegir una vez dentro, la compañía del seguro, prestadores médicos, información clínica etc. Va de suyo, estos escenarios se han visto aún más agravados por la pandemia citada, desconociéndole continuamente, la garantía de su salud y dignidad.

Por último, pese la doctrina considerar que el empleador no podría invocar la tutela del consumidor a su favor (27), somos partidarios de considerar que ante incumplimientos manifiestos de la ART que perjudique al contratante, podrá utilizar los mecanismos regulados en la LCD para modificar dicha circunstancia. Ello con base en que este suscribe el contrato de afiliación con la ART, y que si bien tiene directa relación de beneficio para con el trabajador;

consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

(26) WAJNTRAUB, Javier H. "Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa", LA LEY del 16/06/2020, 5, AR/DOC/1929/2020.

(27) CHAMATROPULOS, Demetrio A., ob. cit., nota 136.

también adquiere utilidad el empleador y la sociedad en general.

III. Principales efectos del presente análisis. Jurisprudencia receptora de este

III.1. De los efectos en general

Tal como ha sido expuesto por la doctrina que ha tratado el tema (28), las consecuencia de consentir la existencia de una relación de consumo entre el trabajador y la ART son diversas, dentro de las cuales encontramos: la posibilidad de que el trabajador como usuario indirecto reclame en forma expeditiva la aplicación del daño directo (29); el proceso más abreviado que exista en la jurisdicción en la que oportunamente se haga valer la acción (30); adecuar la publicidad a lo normado en la LDC y el Cód. Civ. y Com.; posibilidad de que se inicien *acciones colectivas* de reclamo por las asociaciones de defensa del consumidor, Ministerio Público, Defensoría etc. (31).

(28) AGNELLO, Pablo S. "El trabajador y el consumidor. Consideraciones en torno al derecho y la persona"; FAVIER, Daniela, "Posible traspolación de los daños punitivos al ámbito del Derecho del Trabajo, como una herramienta más de la lucha contra conductas violatorias de orden público laboral". Tesis doctoral, Universidad de Mendoza. Mala praxis de la LRT ¿el outlet de la salud?, Doctrina Laboral Errepar, t. XXVII - febrero de 2014 y Los daños punitivos en el Derecho Laboral; en Revista de Derecho Laboral Actualidad, RC 802/2014; CHAMATROPULOS, Demetrio A, "La relación de consumo entre el trabajador y la aseguradora de Riesgos del Trabajo", Tesis de Maestría; CHAMATROPULOS, Demetrio A. "La invocación del estatuto del consumidor por los trabajadores frente a las Art", RCyS 2011-XII, 19; Pisacco, Marina, "Daños Punitivos en el Derecho del trabajo ¿Un herramienta eficaz?", MEZIO, Eduardo, "Los trabajadores, la Ley de Defensa del Consumidor y las ART", Buenos Aires Económico 11/8/2010; El final de la ley de Riesgos del trabajo, 31/05/2015, Microjuris.

(29) El art. 40 bis establece: El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

(30) En este sentido se ha admitido la utilización de la vía de amparo. CS, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud S.A", 08/04/2008, LA LEY 2008-C, 338, AR/JUR/958/2008.

(31) CS, "Halabi, Ernesto c. PEN - Ley 25.873 Dto. 1563/04 s/ Amparo ley 16.986", 21/08/2013, La Ley, AR/JUR/44235/2013.

Teniendo en consideración que la LDC regula el hecho de que el daño sea provocado por el vicio, riesgo o de la prestación del servicio que se contrata, el trabajador que sufre un accidente o enfermedad profesional y se encuentra con un cumplimiento defectuoso por parte del proveedor de las prestaciones médicas (imaginemos por ejemplo, la falta o deficiente atención médica; una operación quirúrgica con mala praxis del médico de por medio; traslados a médicos incumplidos; accidentes de tránsito etc.) tendrá la posibilidad de reclamar por la solidaridad de todos aquellos que hayan intervenido en la producción del servicio. No es difícil imaginar esta acción toda vez que prácticamente todos los servicios o prestaciones de las ART son de terceros (32).

Dicho esto, no puede entonces desconocerse, la carga que pesa sobre ellas de garantizar un adecuado y efectivo servicio como así también de aportar la documentación referente a la salud del sujeto trabajador en aras de cumplimentar con el derecho de información del que este es acreedor.

Asimismo, se aplicará la regla de cargas dinámicas de la prueba (33), que si bien no exime a quien alega de acreditar, impone al proveedor —por encontrarse con mayor conocimiento y posibilidad de ello— de aportar

(32) Art. 40, LDC: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

(33) Art. 1735, Cód. Civ. y Com. "No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. Lo mismo establece la LDC en su art. 53: "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio".

la historia clínica, estudios médicos, constancias de atención y/o toda prueba que considere viable a los fines de indiciar un correcto cumplimiento de los términos contractuales. Resulta sustancial también, el deber de cumplir con el *derecho de información* siendo que tanto nuestra carta Magna, LA LDC y el Cód. Civ. y Com. regulan al respecto.

En este dialogo propuesto, resulta aplicable plenamente la ley 26.529 referente a los derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado (34) como la ley de Salud

(34) Art. 2º, ley 26.259: Art 2º.— Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, (...), tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante solo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud (...). En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en

Mental 26.657 y la ley 24.901 sobre el Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

Es conveniente reseñar dado el carácter de consumidor hipervulnerable que reviste el trabajador siniestrado, la exigencia a marcar en cuanto al trato del mismo bajo los principios rectores de "trato digno", "equitativo" y "humano" ya que estos hablan por sí solos y nos resultan suficientes para entender que todas las acciones dirigidas al trabajador por parte de las ART deben necesariamente realizarse en consonancia con lo estipulado en el art. 8° bis (35) de

estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la ley 26.742 BO del 24/5/2012). f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

(35) Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al

la LDC debiendo permanecer desde el inicio de la contratación como hasta el final (36).

Entre otros tantos efectos, vemos la posibilidad de suspender la autorización para funcionar, clausurar las compañías por tiempo determinado, imposibilidad de generar nuevas contrataciones etc.

III.2. De la aplicación de sanciones pecuniaras disuasivas

Cuando las ART no cumplan con sus obligaciones legales, según lo estipula el art. 52 bis (37), podrán ser condenadas al pago de una multa civil a las cuales Pizarro definió como "aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro"(38).

consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

(36) En los autos "Ledesma" se entendió que "el trato digno al pasajero significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se ofrece" cuestión que revierte importancia en la atención que recibe el trabajador al momento de denunciar el siniestro, de realizar algún reclamo, solicitud etc. CS, 331:819, "Ledesma María Leonor c/ Metrovias SA".

(37) Art. 52 bis, LCT: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley.

(38) PIZARRO, Ramón D., "Daños punitivos", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos (dirs.), Derecho de daños. Homenaje al profesor Félix A. Trigo Represas, segunda parte, La rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291.

La posibilidad concreta que las ART se vean sancionadas por la conducta imprudente e intolerable que realicen —contra la integridad del trabajador— viene a perfeccionar el sistema de la LRT, y también su faz como consumidor. No podemos consentir la falta de cumplimiento como un mero olvido. Es una conducta deliberada, reiterada, y de *grave menosprecio* a los derechos del beneficiario. El resultado nos pertenece con fin de hacer hincapié sobre los fundamentos del actual anteproyecto de reforma de la LDC.

El art. 118 de este propone: “Siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias, se establece —en sintonía con lo que preveía el proyecto de Código Civil y Comercial— que la sanción punitiva solo procede frente al “grave menosprecio” hacia los derechos del consumidor, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subjetivo de atribución calificado” La medida de por sí intenta por un lado reacomodar las conductas disvaliosas para el derecho y por el otro no es más que disuadir la actitud de sujetos semejantes (39). No es una suma de dinero más para el trabajador. Creemos que forma parte del respeto que estamos invocando para con el trabajador.

No resulta un simple o grave menosprecio a los derechos del consumidor, el agravio sobrepasa dicha faceta, afecta el derecho a la vida y dignidad del trabajador. Pensemos que actualmente se sanciona a las empresas por la demora o falta de entrega de elementos materiales de tecnología y electrodomésticos donde el daño si bien es un detrimento al fin, no generará una consecuencia disvaliosa grave. Sin embargo, frente al incumplimiento de las ART en otorgar las prestaciones médicas —mediante dictamen de la comisión médica interviniente— el trabajador debe acudir a la justicia en busca de cubrir el tratamiento. En esa espera, pierde tiempo valioso que afecta su salud.

En referencia, traemos a colación un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires “Castelli, Ma-

ría Cecilia c/ Banco Galicia y Buenos Aires (40)”, sentado sobre una acción impuesta en los juzgados de primer Instancia de Bahía Blanca. La cámara Bahiense resolvió condenar al Banco Galicia a abonar una suma de veinte mil pesos en concepto de daño moral y de Un millón de pesos por daño punitivo. Ello con más los intereses de acuerdo con la sentencia. La Suprema Corte, rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley y en consecuencia confirmó en todos sus extremos la sentencia de cámara. La actora había solicitado una tarjeta VISA al banco —de quien ya era cliente hace años— la cual nunca recibió. Sin embargo, le fue abierta una Cuenta Corriente en la cual le debitaban sistemáticamente los gastos administrativos de esta. Frente a la falta de respuesta diligente por parte del banco, se presentó ante la OMIC de dicha ciudad, denunciando lo expuesto y el hecho de estar incluida en los registros de deudores de alto riesgo —lo que a simple vista sabemos, no hace más que perjudicarla al no poder solicitar créditos, préstamos y demás servicios financieros—. En esa instancia, se llega a un acuerdo que con el tiempo tampoco se cumplió. Los jueces de la cámara se basaron en las conductas de la demandada para hacer lugar al daño punitivo y moral, entre ellas; la falta de información adecuada y veraz de la consumidora; la apertura de una cuenta corriente; la actuación posterior de la entidad; falta de adopción de diligencias por parte de la entidad para conocer la real situación de la clienta; una postura contraria a la buena fe; falta de reconocimiento por parte de la entidad de los errores que incurrieron y perjuicios generados a la actora; y por último; la falta de cumplimiento del acuerdo en sede administrativa.

El fallo de por sí, deviene interesante no solo porque los hechos pueden ser asimilados casi en su totalidad a lo que pasa todos los días en las comisiones médicas, sino por los fundamentos expuestos por la Cámara para así decidir (41).

(40) SC Buenos Aires, “Castelli, María Cecilia c/ Banco Galicia”, Causa, 119.562, 17/10/2018, JUBA.

(41) Del voto del Dr. Peralta Mariscal: “no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral... Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso mon-

(39) IROGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”. Comentarios al Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, p. 568.

Es que, pese a que algunos hechos no fueron controvertidos y no fueron acreditados, los jueces hacen primar la realidad en las conductas que desplegó el proveedor y no se limitan en exclusiva a cuestiones meramente dogmáticas.

La conexión con nuestro tema es notoria, el trabajador dentro del sistema de riesgos —beneficiario del contrato de ART—, se ve impedido de gozar de los derechos que por este le corresponde, ante una actitud omnipotente e impune de la compañía. La Comisión Médica como ente administrativo expide mediante dictamen médico la procedencia o no de las prestaciones médicas, que luego en muchos casos, el proveedor principal no cumple. En este orden de ideas, creemos que cuando las ART direccionen sus actos en no dar cumplimiento, deberán ser sancionadas. Más allá de los incumplimientos manifiestos, el trato dado al trabajador al momento de los siniestros lejos está de ser digno. Las respuestas que recibe son en muchas ocasiones con carácter automático producto de la propia masividad con que se maneja el rubro de los seguros, lo que en definitiva concuerda en pleno con un contrato de consumo.

Un tema que reviste grandes críticas es el destino de la multa civil, existiendo autores que consideran que si el fin de la sanción es en exclusiva al consumidor; podría conformar un enriquecimiento sin causa de la víctima (42). En esta lí-

to puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), este tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor..." (Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación" LA LEY 2010-F, 397)

(42) PICASSO, Sebastián, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS, 2015-V, 2015. En este sentido, Shina indica que el enriquecimiento sin causa es la crítica favorita de quienes se encuentra en contra de los daños punitivos. En

nea de análisis, contamos con dos argumentos opuestos a la teoría planteada. El pensamiento deontológico considera que no se analizan la totalidad de los elementos que contiene la sentencia que impone daños punitivos. Mientras que la condena resarcitoria plasma efectos únicamente entre las partes, aquella que establece una multa civil posee una externalidad positiva dirigida a terceros. A partir de la prevención, disuasión que como sociedad estamos dispuestos a pagar, consentimos que esta es un beneficio social (43). Por lo tanto, al privado que inicia el reclamo se le debe reconocer el esfuerzo con la totalidad de la multa impuesta. En otro orden, el pensamiento teleológico entiende necesario darle al consumidor que reclama un premio por la iniciativa de reclamar. De lo contrario, se desalienta dicha conducta. Nadie va a arriesgarse a reclamar un monto por daños punitivos elevado y que en definitiva el resultado se destine a otros fines. Más aún cuando no todos consideraran el acceso gratuito a la justicia en este tipo de reclamos.

Consecuentemente con nuestro caso, dado que el reclamo de la víctima estará signado por el beneficio de gratuidad laboral (44) y que en definitiva consideramos la extrema necesidad de realizar prevención concreta dentro de las empresas; la sanción civil que reciba la ART, deberá reconocerse un porcentaje mayoritario de al menos 70% al trabajador-accionante y otro a la SRT, dirigido a fomentar las conductas responsables y educacionales de las compañías mediante la puesta en marcha de inspectores, difusión de la información de prevención, las

SHINA, Fernando, "Los daños punitivos en el Derecho Argentino Experiencia en el derecho comparado", El dial. DC1537, 04/03/2011.

(43) DIEZ CISNEROS, Adriano, "Daño Punitivo: Cuándo hay enriquecimiento sin causa y cuando no", Microjuris, 08/11/17, p. 3-4. Las multas administrativas que estamos dispuestos a pagar - sabiendo que las oficinas administrativas son deficitarias - se observa que la sociedad considerar a la disuasión como un beneficio social; porque él se dispone pagar; y se paga aún más por cada una de ellas.

(44) Para mayor entendimiento de la cuestión, recomendando la lectura del fallo CNCom., sala A, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Italcred S.A. s/ sumarísimo", donde se trata la diferenciación entre el concepto de justicia gratuita y litigar sin gastos.

prácticas abusivas de las empresas, defensor del cliente etc. El porcentaje mayoritario al trabajador deberá estudiarse en el caso concreto y definir si se aplica el mínimo de 70% o por encima de este. No es lo mismo quien sufre la falta de prestaciones frente a tratamientos de menor gravedad como aquel que encuentre vedada la posibilidad de ser operado, traslado de urgencia o de recibir una prótesis. Asimismo, para los casos en los cuales la deficiente atención médica provoque el agravamiento de la salud del trabajador —acreditado en tal caso de la prueba a rendirse— la sanción tratada aparece como fundamental intentado desalentar, la libre indiferencia, ligereza e imprevisión.

En consonancia, la sanción deberá contemplar el grado de incumplimiento de la ART a sancionar; los fundamentos que presenten frente a él; antecedentes de sanciones anteriores; la posición en el mercado de la compañía y el perjuicio generado al trabajador en cada *caso concreto*. Subrayamos esto último, porque somos conscientes que no se puede establecer un parámetro base ya que todos los accidentes son distintos y necesariamente el perjuicio podrá ser en uno fatal y en otro insignificante. Y necesariamente, deberá ser evaluada la actitud de las partes en el proceder (45).

Por último, resta referirnos a la cuantificación de la multa civil. Si bien surgen varias alternativas, y, en definitiva, quedará a interpretación del juez de instancia por ser una cuestión privativa de este, la aplicación propuesta por Matías

Irigoyen Testa de las fórmulas matemáticas (46) logrará darle justicia y transparencia a la sanción. Hugo Acciarri, consciente la aplicación, y entiende que la utilización de fórmulas matemáticas es muy superior al lenguaje retórico para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas, ya que las fórmulas aportan una claridad a la argumentación que, si bien no restringe la discrecionalidad, limita la arbitrariedad judicial (47). De hecho, ha sido utilizado para enseñar a la Argentina como un país con modelo de daños punitivos interesante, utilizando las teorías de análisis económico del derecho para lograr un beneficio social (48). Estas aparecen como una expresión de esfuerzo científico en la fundamentación de la sanción, considerando la expectativa de impunidad del proveedor, probabilidad que el infractor sea condenado a resarcir la totalidad y que reitere la conducta entre otras. Lo expuesto fue utilizado en dos fallos Bahienses muy resonantes; el ya mencionado Castelli (49) y Friscalle (50).

III.3. Jurisprudencia receptora del caso bajo análisis

Lo novedoso que pueda resultar el tema, que en parte genera la falta de planteos judiciales y consecuente carencia de precedentes, no ha im-

(45) En este sentido, consideramos sumamente positivo que las compañías de seguro y en consecuencias las ART, adhieran al sistema de defensor del cliente dentro sus instalaciones. Este mecanismo es una figura moderna que ha surgido en otros continentes, con la fuerte influencia de la ONU a partir de querer garantizar una mejora para los consumidores. La secretaría de comercio Argentina ha emitido la res. 395/2018 donde se establece un régimen voluntario para lograr una solución sencilla, rápida y eficaz dentro de los 15 días de iniciado el reclamo por el consumidor. Entre otras cosas, se establece que cada empresa que adhiera a este debe designar un abogado que medie en el conflicto, siendo las mismas quienes tienen la facultad de redactar su reglamento. A la fecha nos encontramos con que existen solo 6 empresas que han informado su adhesión al sistema (Despegar; ADT Security Service, Carrefour, Garbarino y Mercado Libre), lamentablemente no hay adhesión de ninguna compañía de seguros ni de ART.

(46) IROGOYEN TESTA, Matías. "Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino", en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan (coords.): Relaciones contemporáneas entre derecho y economía, coedición Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, ps. 27 a 61; trabajo acreedor de un prestigioso premio internacional -Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, año 2011, <http://www.derechouns.com.ar>.

(47) ACIARRI, Hugo A., "¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?", RCyS 2007, 86.

(48) IRIGOYEN TESTA, Matías, "Punitive Damages in Developing Countries: The Argentine case", The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics: Vol. 1: Iss. 1, Article 5. Disponible en <http://lajile.alacde.org/journal/vol1/iss1/5>.

(49) Del voto del Dr. Peralta Mariscal. Apartado C de la sentencia, Daño Punitivo.

(50) CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, "Friscale M. L c/ Telecom Personal SA s/ daños y perjuicios", 28/08/14, Expte. 148.485. <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/re-direct.php?id=4892>

pedido contar con precedentes que han considerado la cuestión que venimos desarrollando.

La provincia pionera, ha sido Santa Fe más precisamente en la localidad de Rufino, donde a partir del reclamo del actor en cuanto al cobro de las sumas estipuladas por el art. 14 de la LRT y aun no siendo solicitado por este el encuadre tratado, el magistrado entendió: "... [L]a responsabilidad achacada a la ART resulta también subsumible en el ámbito de la defensa del consumidor aplicable en la especie a partir del art. 65, LDC, surgiendo nítidamente de autos una relación de consumo entre el actor y la aseguradora donde aquel debía ser el beneficiario de los servicios brindados por la ART"⁽⁵¹⁾ Asimismo, indicó que como consecuencia de esta aplicación, sería procedente la figura de los daños punitivos. Esta destacada impronta jurisprudencial, fue ratificada por el mismo organismo en los autos "Sosa"⁽⁵²⁾.

La provincia de Chubut, en acción que se inicia primeramente por el trabajador y luego el *a quo* "invita" a suscribir al empleador la demanda, —formando así un litisconsorcio activo— destacó que los trabajadores son beneficiarios del contrato de seguro y gozan de la protección que provee la LDC ⁽⁵³⁾ y comprendió que las aseguradoras son "obligadas directas al pago y cumplimiento de las prestaciones y los trabajadores beneficiarios están comprendidos en los supuestos de legitimación activa previstos en la ley 24.240 de defensa del consumidor, motivo por el cual son aplicables el mandato del art. 42 de la Constitución Nacional" (del voto del mismo magistrado) ⁽⁵⁴⁾.

(51) JCiv., Com. y Lab., Rufino, "Sperte, Juan L, C/ CNA ART SA s/ demanda laboral, 25/11/2011, firme. Expte. 466/2008 2015.

(52) JCiv., Com. y Lab., Rufino, "Sosa, Julio César c/ Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales SA s/ Demanda Laboral", Expte. Nro. 29/2012.

(53) Del voto del Dr. Alexandre se desprende: "Los trabajadores damnificados en los términos de la ley 24.557 son beneficiarios del contrato de seguro y gozan de la protección y herramientas que le provee la ley 24.240 (...), ante los incumplimientos en que dichas entidades incurran y los daños que les provoquen".

(54) CApel. Comodoro Rivadavia, sala A, "P.A.E. y T SRL c./ Provincia ART s/ demanda sumarísima", 29/10/2014, AR/JUR/50665/2014.

En Neuquén, la sala III avaló la relación de consumo entre los sujetos tratados en el presente y añade en referencia a la multa civil "solamente podría fijarse en la medida que se determine —como lo indica el art. 52 *bis* de la LDC—, el incumplimiento a obligaciones que para el caso de los trabajadores siniestrados, debe reconocer su fuente en la legislación material que determina la extensión de los débitos de la ART." (...) "De la misma manera, debe demostrarse la gravedad del incumplimiento, que en el caso del rechazo injustificado de la cobertura del siniestro queda probado *in re ipsa*, por cuanto ocluye el acceso a las prestaciones del sistema, con todas las consecuencias que ello acarrea".

En la provincia de Buenos Aires, precisamente en el Departamento judicial de Morón ⁽⁵⁵⁾, si bien no se ha decidido la procedencia de la multa civil, han logrado expedirse favorablemente por la cuestión de fondo que venimos señalando, logrando abrir camino a posibles planteos y/o sentencias favorables en este sentido. El objeto del proceso versó principalmente en la falta de cumplimiento acabado de prestaciones médicas, del alta intempestiva otorgada, y del agravamiento en el estado de salud de la actora —cuestión que no logró acreditarse con la prueba producida—.

(55) Trib. Trab.4., Morón, "Oviedo Silguero Alba Ramón c/ Omint SRT SA s/ accidente de trabajo - acción especial", 19/02/2020. Para mejor ilustración, se ilustran breves fragmentos del fallo: "(...)en el caso convergen los principios propios del régimen protectorio de Defensa del Consumidor, con aquellos que rigen la materia de mala praxis médica, resultando aplicable la regla de distribución de cargas dinámicas de la prueba, que no exime a quien alega de acreditar, pero impone al proveedor del servicio la carga de colaborar en el proceso con lealtad y probidad poniendo a disposición la historia clínica, los estudios y protocolos que se hubieren practicado al paciente, con el ánimo de acreditar que se ha obrado de acuerdo a las artes propias de la medicina"; " (...) en el caso ha de estar regido por los principios rectores del régimen especial de Defensa del Consumidor (art. 42, CN, art. 1092 y concordantes del Cód. Civ. y Com. y ley 24.240 - t.o. ley 26.361), dado que, empleador y aseguradora de riesgos del trabajo claramente celebran un contrato de cobertura de riesgos del trabajo, resultando el trabajador usuario indirecto de la relación de consumo que de allí nace, aunque no haya formado parte del acto jurídico bilateral (art. 1092 segundo párr. del Cód. Civ. y Com. y art. 1º de la ley 24.240 (T.O., ley 26.361).

En la localidad de Bahía Blanca, logramos advertir un precedente —más allá de las vicisitudes concretas—, donde la actora supo demostrar el estado de salud agravado producto del incumplimiento de la ART en otorgar prestaciones médicas y pese a su pedido de aplicar daños punitivos a dicha conducta., el juez de grado se expidió por la negativa **(56)**. Recurso extraordinario de por medio, y en lo que a la cuestión del presente trabajo respecta, el Címero Tribunal Provincial comprendió no poder expedirse sobre el reclamo de daños punitivos atento el recurso de inaplicabilidad de ley debe atacar el recaudo básico de indicar en términos claros la ley o doctrina que se reputa violada, y dicha cuestión no se configuraba en este. De lo expuesto, logramos coleccionar la importancia que acarrea haber llegado al análisis del presente, en mayor o menor medida, a instancias superiores y que, en definitiva, comience un camino de mayor protección al trabajador **(57)**.

Tanto la provincia de Mendoza **(58)**, como la Sala II de la CNTrab. **(59)** se han expedido por la negativa, considerando entre otras cosas; que el análisis tratado provocaría la cosificación del trabajador y que debe primar la autosuficiencia y especialidad normativa del derecho laboral. Coincidimos con el prestigioso Dr. Mezio en oportunidad de comentar el segundo fallo en cuestión: “[L]ejos de cosificar y desconocer la dignidad humana al trabaja-

dor, acrecienta estos principios del derecho del trabajo” **(60)**.

IV. Conclusión

Culminando a modo reflexivo, por medio del presente hemos intentado avalar lo expuesto por la doctrina citada, generando que el trabajador como usuario indirecto del contrato de Art, le asisten los derechos de la protección del consumidor, permitiéndole contar con un nuevo abanico de soluciones dentro del sistema de riesgos del trabajo.

Asimismo, creemos oportuno resaltar el deber de seguridad en cabeza del empleador según art. 75 **(61)** de la LCT, junto a la obligación genérica de las partes en colaborar activa y pasivamente con las obligaciones y derechos que surgen del propio contrato de trabajo **(62)**, lo que implica que ambos actúen conforme al principio

(60) MEZIO, Eduardo L., "Comentario al fallo Díaz vs Galeno Art SA de la CNAT Sala II de fecha 26/04/18", RC D 1090/2018, p. 3.

(61) Art. 75, LCT: Deber de seguridad. El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.

(62) Art. 62, LCT. Obligación genérica de las partes. Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no solo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

(56) Trib. de Trabajo de Bahía Blanca, "Urrutia Analía Noemí c/ Haag Stella Marias y Otras s/ indemnización por accidente de trabajo", 01/08/2018.

(57) En sentido similar, pese a que el reclamo del actor versaba sobre las diferencias surgidas de la errónea liquidación practicada por la ART frente al accidente padecido, el cual a priori para nosotros no constituiría una situación pasible de aplicar daños punitivos, uno de sus votos resulta ser afirmativo haciendo mención de la relación de consumo entre trabajador y ART. Trib.Trab.2, Bahía Blanca, "Marín Fernando David c/ Galeno ART S.A. s/ daños y perjuicios".

(58) GALLARDO, Hugo César c/ Asociart ART SA s/ Diferencias salariales, Sexta Cámara del trabajo en pleno. Mendoza.

(59) CNTrab., sala II, "Díaz c/ Galeno ART SA", 26/04/2018.

de buena fe **(63)** y lograr cumplir acabadamente con los diversos fines de la Ley de Seguridad e Higiene **(64)**, buscando procurar un ambiente armonizado de trabajo. En este orden de ideas, frente a desentendimientos del empleador en promover las condiciones que la ley regula, como así los potenciales daños que puedan acaecer en el lugar donde se presten las tareas requeridas, el trabajador podrá interponer la acción preventiva a fin de evitar o cesar en los accidentes y enfermedades profesionales **(65)**.

(63) Art. 63, LCT "Principio de la buena fe. Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo; Art. 76. —Reintegro de gastos y resarcimiento de daños. El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por este para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo".

(64) Ley 19.587, sancionada el 21/04/1972.

(65) También podría considerarse la posibilidad de interponer la acción preventiva a los efectos de soluciones diversas dentro del ámbito laboral como la falta de pago de los salarios, negativa a otorgar tareas con alta laboral, privación de derechos de la seguridad social etc., en ARESE, César, "Código Civil y Comercial y Derecho del tra-

Asimismo, en aras de lograr una tutela efectiva del trabajador, la Responsabilidad Social Empresaria **(66)**, pese no ser obligatoria, contribuiría con lo ya expuesto a lograrla. Respaldando esto, el Pacto Global propuesto en el ámbito de la ONU por el secretario general Kofi Annan y que fuera puesto en funcionamiento en el año 2000 creando para ello normas, estándares y principios **(67)**.

bajo", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed. revisada, p. 345. Citando a FORMARO, Juan, "Incidencias del Cód. Civil y comercial en el Derecho del Trabajo", Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 163.

(66) La RSE es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y para con sus interlocutores. Atento que resulta dificultoso trasladar un significado único de lo que se entiende por RSE, tomamos la definición que da el Libro Verde elaborada por la Comisión Europea en el año 2001, marco para fomentar en Europa la utilización de esta por parte de las corporaciones.

(67) Pueden observarse los diez principios establecidos en el Pacto Global y que gran parte de ellos refieren garantizar directa o indirectamente los Derechos Humanos <http://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/>. Ver también Red Argentina <http://www.pactoglobal.org.ar/>. Las normas creadas a tales fines fueron entre otras; Global Reporting Initiative (GRI), ISO Nro. 26.000; SA8.000; el índice FTSE 4 good y los indicadores ETHOS. Consultado en fecha 05/02/2020.

El extraño caso de las comisiones médicas (ley 27.348)

María Laura Elmelaj (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Principales detracciones y réplicas.— III. Control judicial, ¿ampio y suficiente?— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Como muchos recordarán, la primera temporada de esta serie intitulada —podríamos decir— “El paso previo”, donde los protagonistas debían bucear entre formularios y médicos, en un organismo administrativo (“Comisión Médica Jurisdiccional” o “CMJ”), con posibilidad de presentar sus quejas ante un juez foráneo (federal) u otro grupo de médicos, también forasteros, agrupados en la llamada “Comisión Médica Central” (en adelante, “CMC”), llegó a su punto cúlmine cuando la Corte Suprema dictó los fallos “Castillo” (1) y “Obregón” (2).

Luego, presenciamos el libre discurrir de los trabajadores por los andariveles de su preferencia (mayormente, por los Tribunales del Trabajo con competencia ordinaria en cada jurisdicción), aglutinándose en enormes cantidades en los grandes conglomerados, viendo postergada la consagración de sus planteos y preocupando a los deudores por las altas cantidades monetarias perseguidas.

Por esos revelados motivos, la autoridad confectionó una *remake* del trámite antedicho en el DNU 54/2017 (3), y un mes después el Honora-

ble Congreso de la Nación replicó ese dispositivo en la ley 27.348 (4).

Ese esquema versionado reafirmó el previo paso por ante las Comisiones Médicas, incluso cuando el actor eligiera deducir su planteo según otros sistemas de responsabilidad (5); otorgó a los interesados la opción de plantear sus cuestionamientos ante el juez local; instituyó a los profesionales del derecho como sujetos que obligatoriamente deberían asistir a los trabajadores, aunque les prohibió concertar pactos de cuotalitis si decidían acompañarlos a juicio (6); entre otras reformas.

tiones (v., p. ej., GIULIANI, Marcelo, “El DNU 54/2017, modificatorio de la Ley de Riesgos del Trabajo, y la constitucionalidad del nuevo cálculo del Ingreso Base Mensual”, Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit., 2017; ACKERMAN, Mario E., “Inconsistencias y contradicciones en la ley 27.348”, Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit., 2017; ARESE, César, “Reforma a la Ley sobre Riesgos del Trabajo 2017: un solo sendero o la bifurcada”, Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit., 2017, entre otros).

(4) BO del 24/02/2017.

(5) Conf. art. 15, ley 27.348, que sustituyó al cuarto párrafo del art. 4º de la ley 26.773. En contra de esta decisión, véase ARESE, César, “Reforma...”, ob. cit. A favor, puede verse: MAZA, Miguel Á., “El fin del procedimiento especial ante las Comisiones Médicas de la Ley de Riesgos del Trabajo”, Rev. de Derecho Laboral, 2008-1: “Procedimiento laboral - III”, Rubinzal-Culzoni Edit.

(6) Esto está en consonancia con el fallo plenario 239 de la CNTrab., 21/06/2016, “Vallejo”, donde se concluyó: “En las causas en las cuales se reclaman beneficios

(*) Secretaria relatora de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala II. Especialista en Derecho del Trabajo por las Universidades Nacionales de Cuyo y del Litoral. Profesora de grado y posgrado en Derecho del Trabajo.

(1) CS, 07/09/2004, “Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi SA”, Fallos 327:3610.

(2) CS, 17/04/2012, “Obregón, Francisco Víctor c. Liberty ART”, O.223.XLIV, RHE.

(3) BO del 23/01/2017. Este dispositivo fue cuestionado por carecer de necesidad y urgencia, entre otras cues-

A la par, contempló la posibilidad de que las provincias analizaran la conveniencia de utilizar este procedimiento, dejándoles la opción de aceptarlo o de no hacerlo. Empero, en el primer supuesto, deberían delegar todos sus poderes en la Nación (7).

Ese diseño nació decadente en la visión de la crítica, que no se hizo esperar.

En este trabajo analizaremos los cuestionamientos que se abalanzaron sobre el régimen, así como las defensas, principalmente desde la óptica de las provincias y sus judicaturas, en un intento de brindar una síntesis actualizada de la situación del sistema. Demos comienzo a esta faena.

II. Principales detracciones y réplicas

II.1. Federalismo

II.1.a. Inconstitucionalidad absoluta: las provincias no pueden abdicar por ley ordinaria de una facultad que les reservó la Constitución Nacional (8)

La insistencia de la Nación por reinstaurar el trámite previo ante organismos de su cuño y el pedido de delegación, a los Estados menores, de atribuciones inherentes a su propia esencia, dio causa a este achaque que vio aquí un supuesto de inconstitucionalidad absoluta, esto es, que no exigía demostración de perjuicio concreto para la invalidación.

Entre quienes enarbolaron este estandar-te, encontramos a José D. Machado (9), Mario

emergentes de las leyes 24.557 y 26.773, no es legalmente admisible el pacto de cuotalitis sobre el importe de las prestaciones contempladas en ellas".

(7) Conf. art. 4º, ley 27.348.

(8) Título y resumen del trabajo de MACHADO, José D., "Las provincias no pueden abdicar por ley ordinaria de una facultad que les reservó la Constitución Nacional", Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit., 2017.

(9) MACHADO, José D., "Las provincias no pueden abdicar...", ob. cit.

E. Ackerman (10), Horacio Schick (11), Leandro Fretes Vindel Espeche (12), Silvia E. Escobar (13) y Eduardo N. de Lázzari (14), entre otros; y la censura reconoció apoyo en el precedente "Giménez" de la Corte Suprema de la década del 50.

En esa ocasión, se decidió: "...Los poderes no delegados o reservados por las provincias, sin los cuales es inconcebible el federalismo argentino, no pueden ser transferidos al gobierno de la Nación, en tanto no lo sean por la voluntad de las provincias expresada en Congreso General Constituyente..." (15).

II.1.b. *Apocalypse Now?*

Con ese panorama, podía avizorarse una situación apocalíptica y, sin embargo, a la fecha son 14 las autonomías locales (16) cuyos Pode-

(10) Este autor vio, en las eventuales normas de adhesión, una lisa y llana "abdicación de soberanía" que debería conducir a la eliminación de las Comisiones Médicas y su indisimulable inconstitucionalidad. ACKERMAN, Mario E., "¿Y si se eliminan las Comisiones Médicas?", Rev. de Derecho Laboral, 2017-2: "Actualidad", Rubinzal-Culzoni Edit.

(11) SCHICK, Horacio, "Análisis crítico de la ley 27.348 y resolución SRT 298/2017", Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit.

(12) Ver voto en disidencia del referido juez en sentencia de la C4ªTrab. Mendoza, 22/03/2018, "Botter, Celeste Yanina c. Prevención ART SA s/ accidente".

(13) Ver voto de la referida jueza en sentencia de la C1ªTrab., Paz y Trib. 3ª Circ. Mendoza, 15/06/2018, "Orozco, Julio Felipe c. Provincia ART SA s/ enfermedad - accidente".

(14) Ver voto en disidencia del referido juez en sentencia de la SC Buenos Aires, 13/05/2020, "Marchetti, Jorge Gabriel c. Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ accidente de trabajo - acción especial", AR/JUR/16067/2020. Además ver sentencia del 27/05/2020, "Delgadillo, Jorge Gustavo c. Ministerio de Seguridad s/ accidente de trabajo - acción especial", AR/JUR/17663/2020.

(15) CS, 09/12/1957, "Giménez Vargas Hnos. Soc. Com. e Ind. c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza", Fallos 239:343.

(16) Córdoba (ley 10.456); Mendoza (ley 9017); Río Negro (ley 5253); Corrientes (ley 6429); Jujuy (ley 6056); Tierra del Fuego (ley 1199); San Juan (ley 1709-K); Entre Ríos (ley 10.532); Misiones (dec. 177/2018); Formosa (ley

res Legislativos consideraron útil o conveniente adherir a la norma en análisis (17).

Además, el cuestionamiento en trato fue particularmente analizado y confrontado por Miguel Á. Maza, la mayoría de los miembros de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y la Séptima Cámara del Trabajo de Mendoza, entre otros.

En resumidas cuentas, se argumentó:

1. La inconstitucionalidad de las leyes constituía la *ultima ratio* del orden jurídico (18), y la razonabilidad era la vara con la que aquella debía decidirse.

Por su parte, la razonabilidad se garantizaba cuando existían "...circunstancias justificantes, fin público, adecuación del medio utilizado para su obtención y ausencia de iniquidad manifiesta..." (19).

2. Los Poderes Legislativos locales eran los órganos ungidos por las Constituciones para reglar, por leyes ordinarias, la creación de los tribunales y los procedimientos (20).

Tal, por ejemplo, el caso de los arts. 166, de la Const. Bs. As., y 99, inc. 12, de la Const. Mendoza (21).

1664); Salta (ley 8086); Chaco (ley 2856-L); Neuquén (ley 3141) y Buenos Aires (ley 15.057). Cabe referir que en la provincia de Santa Fe se incluyó el tratamiento de la adhesión en el temario de sesiones extraordinarias, el pasado 17/03/2020 (v. dec. 212/2020).

(17) Sobre el régimen que resultará aplicable en esos Estados y en los que no adhieran, puede verse ACKERMAN, Mario E., "¿Tiene fundamento normativo la pretendida aptitud jurisdiccional de las Comisiones Médicas en las provincias que no adhieran al Título I de la ley 27.348?", Rev. de Derecho Laboral, 2017-2: "Procedimiento laboral - IV", Rubinzal-Culzoni Edit.

(18) SC Buenos Aires, voto de la mayoría en autos "Marchetti" y "Delgadillo", cit.

(19) SC Buenos Aires, voto del Dr. Genoud en autos "Marchetti" y "Delgadillo", cit.

(20) Idem.

(21) El art. 99, inc. 12, de la Const. Mendoza asigna a la Legislatura la atribución de "...Dictar las leyes de organización de los tribunales y de procedimientos judiciales...".

3. El mecanismo de adhesión era solo un método o técnica legislativa, que no podía ser motivo de censura en sí mismo, desde que optimizaba la producción de leyes con la sola remisión al texto de otras normas, con lo que se lograba la incorporación de su letra al derecho provincial, práctica que, por sí misma, no revelaba alzamiento alguno con el sistema constitucional (22).

Se explicitó también que a idéntico resultado se habría arribado si la Legislatura hubiese copiado el texto de la ley nacional por medio de una norma local, y luego hubiera encomendado a la Nación —p. ej., mediante un convenio— la gestión de los cometidos previstos en la legislación sobre riesgos del trabajo (23).

4. No existía una abdicación de soberanía en tanto la adhesión no era compulsiva: las provincias podían hacerlo, no hacerlo o transitar por una vía intermedia, lo que revelaba la permanencia del poder autonómico local (24).

En esta línea, se advirtió que existía una práctica generalizada de adherir a leyes nacionales, denominada "federalismo de concertación" (25), con ejemplos tales como: la Administración Nacional de la Seguridad Social; la Ley de Asociaciones Sindicales (26); y el poder de policía del trabajo, en el llamado "Pacto Federal del Trabajo", ley 25.212 (27).

5. La ley 27.348 no producía una transferencia de poder, entendida como una "descarga" de la función, sino que proponía un mecanismo varias veces empleado que, por sí solo, no lucía incompatible con el reparto de competencias.

(22) SC Buenos Aires, voto del Dr. Genoud en autos "Marchetti" y "Delgadillo", cit.

(23) SC Buenos Aires, voto del Dr. Soria en autos "Marchetti" y "Delgadillo", cit.

(24) Idem (Soria).

(25) SC Buenos Aires, voto de la Dra. Hilda Kogan en autos "Marchetti" y "Delgadillo", cit.

(26) V. dictamen del entonces procurador general ante la CNTrab., Dr. Eduardo Álvarez, en autos "Burghi", el 12/07/2017.

(27) Conf. C7°Trab. Mendoza, 28/02/2018, "Sepúlveda, Paola Gabriela c. Provincia ART SA p/ accidente", Dres. Ana María Salas, Sergio Simó y Flavia I. Baños.

Ello —se aclaró— en tanto la expresión “administración de justicia” designaba diferentes realidades, donde cabía incluir “...todo aquello que coadyuva al cumplimiento de la misión constitucional de los jueces y magistrados...” (28).

A la par, se remarcó que, en última instancia, la ley nacional reconocía a los tribunales locales la facultad de dictar la solución definitiva en los conflictos entre particulares, por lo que esa postestad no había sido trasladada (29).

En todo caso, no se trataría de una sustracción de jurisdicción, sino de la incorporación de una etapa previa “...a fin de encauzar un pronto abordaje de las pretensiones sistémicas...” (30).

6. La delegación de competencias normativas en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en lo sucesivo, “SRT”) solo sería al efecto de cubrir detalles para una mejor ejecución, y las provincias conservarían siempre la facultad de revisar esos contenidos (31).

Se sopesó que una ley provincial que adhiriera a una de procedimiento nacional no resultaría inconstitucional en sí misma, dado que la Corte Suprema ha validado que incluso leyes nacionales de fondo contengan disposiciones de rito (CS, Fallos 138:154 y 162:376; entre otros) (32).

7. La alternativa opuesta “...hubiera sido la creación de Comisiones Médicas locales dependientes de cada gobierno provincial que adhiriese al nuevo régimen...” (33).

(28) SC Buenos Aires, voto del Dr. Genoud en autos “Marchetti” y “Delgadillo”, cit.

(29) Idem.

(30) Idem.

(31) SC Buenos Aires, voto del Dr. Soria en autos “Marchetti” y “Delgadillo”, cit.

(32) SC Buenos Aires, voto de la Dra. Kogan en autos “Marchetti” y “Delgadillo”, cit., con cita de la CS, que tiene decidido: “...Las reglas fijadas por el Congreso, con el fin de asegurar la efectividad e inmediato ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo, no vulneran la atribución constitucional de las provincias en cuanto a su capacidad para dictar leyes locales de procedimientos...” (Fallos 138:154 y 162:376; entre otros).

(33) MAZA, Miguel Á., “La reforma sobre el régimen procesal en materia de riesgos del trabajo. Razones que podrían justificar la inaplicabilidad de la doctrina del

Se meritó aquí que el esquema normativo tendía a evitar la conformación de estructuras y servicios administrativos en cada provincia, lo que resultaba coherente con la situación de emergencia administrativa, social y económica que transitaba, en el caso, la provincia de Buenos Aires.

Todo ello exigía conducirse con racionalidad en el gasto, en consonancia con el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para dar, a la postre, adecuada respuesta a los intereses que se pretendía satisfacer (34).

8. La ley 27.348 cumplía con los lineamientos estatuidos en el Convenio sobre la Indemnización por Accidentes del Trabajo N° 17 (1925), celebrado en el marco de la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por la República Argentina por ley 13.560.

Se destacó que el art. 8° de ese plexo normativo ponía a cargo de las legislaciones “nacionales” el deber de establecer “...los procedimientos para la revisión de las indemnizaciones que se estimen necesarias...”

Se adicionó que el art. 11 del mismo cuerpo también las obligaba a establecer las disposiciones más adecuadas para garantizar el pago de la indemnización y prevenir la situación de insolvencia del empleador o del asegurador (35).

9. En definitiva, se concluyó que el federalismo no se vería afectado por la adhesión a una propuesta del gobierno central, tendiente a otorgar automaticidad al pago de resarcimientos a víctimas de siniestros laborales.

10. Por nuestra parte, agregamos que todas las autonomías locales que adhirieron al régimen mentado establecieron la necesidad de celebrar acuerdos de colaboración y supervisión con la

caso ‘Castillo c. Cerámica Alberdi SA’ de la CS”, Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit.

(34) SC Buenos Aires, voto del Dr. Soria en autos “Marchetti” y “Delgadillo”, cit.

(35) SC Buenos Aires, voto de la Dra. Kogan en autos “Marchetti” y “Delgadillo”, cit.

SRT, con mecanismos de control sobre los trámites ante las Comisiones.

En particular, Córdoba, Chaco, Corrientes y Río Negro se reservaron atribuciones para seleccionar —en forma conjunta con la SRT— a todos los integrantes de la CMJ (36).

Al mismo tiempo, Córdoba, Chaco, Entre Ríos, Corrientes, Río Negro, Jujuy y Tierra del Fuego incorporaron un titular más en el Servicio de Homologación, cuya designación incumbiría a esas provincias (37).

De este modo, los Estados menores se aseguraron participación en el corazón mismo de las entidades, minimizando la intervención en sus suelos del gobierno federal.

II.2. La reyerta sobre la República

Este nuevo embate se centró en la división de poderes y la correlativa prohibición, para el Poder Ejecutivo, de ejercer funciones jurisdiccionales (arts. 1º, 18, 109 y 116 de la CN).

El cruce reconoció basamento en fallos señeros de la Corte Suprema, tales como “Fernández Arias” (38), “Litoral Gas” (39) y “Ángel Estrada” (40), que fueron interpretados en forma diametralmente opuesta por sus expositores.

Duelo de titanes que, sin lugar a dudas, será zanjado por el Alto Cuerpo, en atención a las numerosas causas que se encuentran en trámite ante sus estrados, muchas de las cuales ya cuentan con dictamen de Procuración (41).

(36) Córdoba, ley 10.456, art. 2º; Chaco, ley 2856, art. 2º; Corrientes, ley 6429, art. 2º; y Río Negro, ley 5253, art. 2º.

(37) Córdoba, ley 10.456, art. 2º; Chaco, ley 2856, art. 2º; Entre Ríos, ley 10.532, art. 4º; Corrientes, ley 6429, art. 2º; Río Negro, ley 5253, art. 3º; Tierra del Fuego, ley 1199, art. 2º; Jujuy, ley 6056, art. 10.

(38) CS, Fallos 247:646.

(39) CS, Fallos 321:776.

(40) CS, Fallos 328:651.

(41) Ver dictamen PGN, 17/05/2019, "Pogonza, Jonathan Jesús c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 14604/2018/1/RH1; replicado en "Rodríguez, Alejandro Javier c. La Segunda ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 55536/201711/RH1; "López Venialgo,

Antes de resumir ambas tesis, cabe recordar que el Máximo Tribunal, en los precedentes en mención, validó la regla general inserta en la Constitución Nacional (v.gr.: la prohibición para el Poder Ejecutivo de ejercer funciones jurisdiccionales), pero a continuación dio las pautas para purgar el vicio y posibilitar la existencia de casos de excepción. A saber:

(i) Que los organismos dotados de jurisdicción para resolver los conflictos entre particulares hubieran sido creados por ley.

(ii) Que su independencia e imparcialidad estuvieran aseguradas.

(iii) Que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador hubiese sido razonable: que se requiriera la experiencia de cuerpos técnicos; que estuvieran en juego los

Ramona c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 73228/2017/11RH1; "Correa Córdoba, Jesús Ezequiel c. Experta ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 70858/201711/RH1; "Goyenette, Braian Iván c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 23304/2017/1/RH1; "Sánchez, Pablo Daniel c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente - ley especial", CNT 69761/2017/1/RH1; "Trujillo, Daniela Mabel c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 24927/2017/1/RH1; "Luna, Lucas Leonel c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 31153/2017/1/RI-11; "Balcazar, José Julián c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 34029/2017/1/RH1; "Castaño, Darío Emanuel c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 38310/2017/1/RH1; "León López, César Augusto c. Asociat ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 41406/2017/1/RH1; "Fernández, Víctor c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 54609/2017/1/RH1; "Grattoru, Alejandra Cecilia c. Experta ART SA s/ accidente - ley especial", CNT SOS39/2017/1/RH1; "Alcaraz, Damián Ezequiel c. Omint ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 44643/2017/1/RH1; "Maturano Camucha, Leonardo c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 20417/2018/1/RH1; "Benítez Morel, Cristian Alcides c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 10451/2018/1/RH1; "Hurt, Gastón c. Asociat ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 43130/2017/1/RH1; "Díaz, Ricardo Alberto c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 73234/2017/1/RH1; "Paniale, Miguel Antonio c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 597871201711RH1; "Gómez, Leandro Aníbal c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 46371/2017/11RH1; "López, Silvana Carmen c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 60916/2017/11RH1; "Maggi, Alejandra c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 36806/201711/RH1; "Flores, Eduardo Iván c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", CNT 39873/2017/1/RH1, entre otros.

particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la Administración; o que se procurase asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas para una industria o mercado particular.

(iv) Que las decisiones del órgano estuvieran sujetas a control judicial amplio y suficiente.

II.2.a. El Poder Ejecutivo no puede ejercer esta función jurisdiccional

1. Violación del juez natural

Ahora bien, como anticipáramos, con sustento en el precedente relatado y entre los principales adalides de este embate (42), la Dra. Diana Cañal sostuvo que la materia (riesgos del trabajo), en sí misma, no podía ser "...válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos...", porque nos encontrábamos "...frente

(42) Conf. MACHADO, José D., "Sobre las Comisiones Médicas y el (in)debido proceso", Rev. de Derecho Laboral, 2017-2: "Procedimiento laboral - IV", Rubinzal-Culzoni Edit.; ACKERMAN, Mario E., "Inconsistencias...", ob. cit.; OJEDA, Raúl H., "Comentarios al pasar relativos a la ley 27.348 (ley 'plastilina')", Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit., 2017; SCHICK, Horacio, "Análisis crítico...", ob. cit.; la opinión de Luis E. Ramírez y la declaración de las XLII Jornadas de Derecho Laboral de la Asociación de Abogados Laboralistas, reunida en Mar del Plata, en noviembre de 2016, citada por el autor en RAMÍREZ, Luis E., "Ley 27.348: un nuevo 'parche' a la LRT y una nueva frustración", Rev. de Derecho Laboral, Número extraordinario: Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Edit.; CNTrab., sala I, 26/03/2019, "Vásquez Terrazos, Bertha Janet c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial", voto de la Dra. Gabriela A. Vázquez, AR/JUR/6495/2019; CNTrab., sala VI, 26/11/2018, "Morales Barahona, Jonathan José c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", AR/JUR/76493/2018; CNTrab., sala VII, 28/03/2018, "Das-sieu, Ian Omar c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente - ley especial", Dres. Estela M. Ferreirós y Rodríguez Brunengo, DT 2018 (junio), 1476; TTrab. N° 2 San Isidro, 12/02/2020, "Demarchis, Emiliano Francisco c. Asociart SA ART s/ enfermedad profesional"; CTrab. Córdoba, sala IV, 12/04/2018, "Quinteros, Juan Pablo c. Prevención ART SA s/ ordinario - accidente in itinere", por mayoría, y Henry F. Mischis en disidencia. Además, v. votos en sentencias citadas de los Dres. Eduardo de Lázari, Leandro Fretes Vindel Espeche y Silvia E. Escobar (notas 13, 14 y 15), entre otros.

a controversias de naturaleza patrimonial entre particulares..."

Advirtió que este procedimiento era "...un intento de tornar el sistema judicialista [argentino] en uno de agencias [estadounidense], vulnerando el principio de división de poderes..." con el solo fin de proteger "...a la parte más fuerte del vínculo...", a la sazón, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo —en adelante, "ART".

Añadió que la norma en crisis, de tinte procesal, se daba de bruces con el paradigma constitucional vigente, conformado por la garantía del debido proceso y los principios *pro homine* y de progresividad.

Explicó que ella afectaba el derecho al "juez natural" del Trabajo, que —además de reclamar posesión de título de abogado— debía tener una formación específica que contemplara la desigualdad en la que se encontraba el trabajador.

Igualmente, Eduardo N. de Lázari sostuvo que la ley nacional violaba "...el acceso irrestricto a la justicia..." y que debía rechazarse cualquier interpretación que lo limitara, por tratarse de una garantía que se erigía como uno de los pilares básicos del Estado de derecho (43).

2. Ausencia de independencia e imparcialidad

Sobre este tópico, Cañal adicionó que no existía independencia ni imparcialidad en los órganos de la SRT, lo que se advertía a poco que se siguiera el camino que recorría el dinero, en tanto esa entidad dependía del aporte económico de las ART y de la Administración Nacional de la Seguridad Social ("ANSeS") (44).

En la misma línea, José D. Machado agregó que el personal afectado a la "Súper" se vinculaba con ella mediante contratos regidos por la LCT (conf. art. 38.3 de la ley 24.557), por lo que carecían de estabilidad en el empleo, lo que po-

(43) SC Buenos Aires, voto del Dr. de Lázari en autos "Marchetti" y "Delgadillo", cit.

(44) CNTrab., sala III, 28/03/2018, "Sánchez, Silvia Alejandra c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial accidente", Dra. Diana Cañal, AR/JUR/16813/2018; y, en fecha más reciente: 24/06/2019, "Franco Da Silva, Carlos c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente - ley especial", AR/JUR/27162/2019.

día conducirlos a favorecer a quienes sostuvieran económicamente al ente **(45)**.

Asimismo, sopesó que la parcialidad se agravaría si el patrocinio jurídico obligatorio resultaba proveído por el Servicio de Patrocinio Gratuito dependiente de ese organismo, lo que estimó probable debido a que muchos profesionales perderían el interés en representar a los trabajadores en la etapa previa, en tanto solo percibirían honorarios, a cargo de la ART, cuando su actuación profesional hubiese resultado oficiosa y se hubiere reconocido total o parcialmente la pretensión **(46)(47)**.

3. Deficiente control judicial

Antes de proseguir, conviene referir que, en el esquema de la ley 27.348, las decisiones de la CMJ que no determinaran incapacidad o fallecimiento por causas laborales, o que sí lo hicieran pero no lograran el acuerdo entre las partes, serían susceptibles de revisión, en este ámbito, por medio de un recurso de apelación, “en relación” y con “efecto suspensivo” **(48)**.

En tal evento, ambas partes podrían impugnar la resolución ante la CMC, dentro del plazo de quince [15] días hábiles administrativos de notificado el acto **(49)**. El memorial debería presentarse, por escrito y fundado, en la sede de la CMJ interviniente **(50)**.

El trabajador, además, podría hacerlo ante la justicia ordinaria, para lo cual, una vez presentado en la forma antedicha, el Servicio de Homologación —en el plazo de 10 días de recibidas las contestaciones de las expresiones de agravios o

vencido el plazo para la contestación— debería elevar las actuaciones al tribunal competente.

En todo caso, el recurso poseería efecto suspensivo, con dos únicas excepciones: a) cuando la ART apelara la decisión en el caso previsto en el art. 6º, apart. 2º, punto c), de la ley 24.557, sustituido por el art. 2º del dec. 1278/2000 —esto es, en la hipótesis donde la ART sostuviera que no se trataba de una enfermedad listada y la CMJ determinase que sí debía ser resarcida—; y b) cuando la ART cuestionara la decisión en caso de reagravamiento.

Además, el recurso interpuesto por el trabajador atraería al que eventualmente interpusiera la ART ante la CMC, de forma tal que la decisión que se dictase resultare vinculante para ambas partes **(51)**.

Ahora bien, este diseño normativo fue objeto de las siguientes detracciones:

1. El acotado margen de discusión de un recurso “en relación” impedía la introducción de hechos y la producción de pruebas **(52)**.

Se explicitó que contrariaba el criterio de la Corte Federal en la causa “Ángel Estrada” (“control judicial amplio y suficiente”) y, en consecuencia, los derechos fundamentales de defensa en juicio y de acceso a la tutela judicial efectiva **(53)**.

2. El efecto suspensivo violentaba el derecho humano a la vida y la salud.

Se argumentó que, de este modo, podría privarse al damnificado de un derecho reconocido —aunque de modo parcial— por la ART o la CMJ y que el sistema inducía a las ART a recurrir los dictámenes favorables al trabajador para evitarse el desembolso de las prestaciones en forma inmediata **(54)**.

(45) MACHADO, José D., “Sobre las Comisiones Médicas...”, ob. cit.

(46) Ibidem.

(47) En el mismo sentido, Ackerman sostiene: “...no parece que las Comisiones Médicas, en el diseño normativo actual, cumplan con todos los requisitos exigidos por la CS en el caso ‘Ángel Estrada’...”. Y analiza, con especial hincapié, la parcialidad del sistema (ACKERMAN, Mario E., “¿Y si se eliminan...?”, ob. cit.).

(48) Ley 27.348, art. 2º, y res. SRT 298/2017, art. 16.

(49) Res. SRT 298/2017, art. 29, 2º párr.

(50) Res. SRT 298/2017, art. 16.

(51) Res. SRT 298/2017, art. 18.

(52) Conf. RAMÍREZ, Luis E., “Ley 27.348: un nuevo ‘parche’...”, ob. cit.

(53) ARESE, César, “Reforma...”, ob. cit.

(54) Ibidem.

3. El plazo para la deducción de la apelación es inconstitucional, por su acotada extensión.

Sobre el punto, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, entendió que la brevedad del término (15 días hábiles administrativos) lo colocó en la hipótesis de exceso reglamentario por ausencia de razonabilidad (arts. 14 y 28 de la CN), ante la naturaleza del reclamo y el derecho en juego: el acceso a la jurisdicción por parte de una persona trabajadora que aduce haber sufrido un daño en su salud.

En ese sentido, concluyó que correspondía estar al plazo de prescripción contemplado en el art. 258 de la LCT (55).

4. Desconocimiento de doctrina consolidada de la Corte Suprema.

Acá, se relacionó que la Corte Federal en las causas “Castillo” y “Obregón” invalidó la intervención previa de comisiones administrativas de carácter federal en la órbita de los accidentes de trabajo (56), con todo lo cual no existía posibilidad de que la norma sorteara la tacha de inconstitucionalidad.

Incluso la sala IV de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad de Córdoba se refirió aquí a un *stare decisis*, que le impedía apartarse de los fallos en mención (57).

II.2.b. El Poder Ejecutivo puede ejercer función jurisdiccional

La tesitura contraria fue liderada por el dictamen del Dr. Eduardo Álvarez en la causa “Burghi” (58) y fue seguida por una apretada

(55) CNTrab., sala IV, 28/02/2020, “Brizuela, David Raúl c. Prevención Art SA s/ accidente - ley especial”, AR/JUR/1630/2020. Esta decisión contó con la disidencia del Dr. Guisado.

(56) MACHADO, José D., “Las provincias no pueden abdicar...”, ob. cit.

(57) Ver voto mayoritario de la CTrab. Córdoba, sala IV, 12/04/2018, “Quinteros, Juan Pablo c. Prevención ART SA s/ ordinario - accidente in itinere”, auto 69, expte. 6751854.

(58) CNTrab., Procuración General, Dr. Eduardo Álvarez, autos “Burghi, Florencia Victoria c. Swiss Medi-

mayoría de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (59), la mayor parte de los tribunales de Mendoza (60), la casi totalidad

cal ART SA s/ accidente - ley especial”, dictamen del 12/07/2017, CNT 37907/2017 CAL.

(59) A favor de la validez de la ley 27.348 se han pronunciado seis salas de la CNTrab.: sala I, 26/03/2019, “Vásquez Terrazos, Bertha Janet c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial”, Dres. María C. Hockl y Carlos Pose (disidencia Dra. Gabriela A. Vázquez), AR/JUR/6495/2019; sala II, 27/03/2018, “Leañoz Vargas, Wilfredo Javier c. Experta ART SA s/ accidente - ley especial”, Dres. Miguel A. Pirollo y Graciela A. González, DT 2018 (septiembre), 2164, AR/JUR/16938/2018; sala III, 24/06/2019, “Franco Da Silva, Carlos c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente - ley especial”, Dres. Miguel O. Pérez y Alejandro H. Perugini (disidencia Dra. Diana Cañal), AR/JUR/27162/2019; sala IV, 14/02/2020, “Luna, Jorge Darío c. Prevención ART SA s/ accidente - ley especial”, autos 47329/2018; sala VIII, 26/11/2018, “Silva, Juan José c. Prevención ART SA s/ accidente - ley especial”, Dres. Víctor A. Pesino y Luis A. Catardo, AR/JUR/75428/2018; y sala X, 30/08/2017, “Corvalán, Héctor Eduardo c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial”, expte. 29.0914/17, entre otros.

(60) C1ªTrab. 1ª Circ., 06/09/2018, “Bustos, Gustavo Ariel c. Galeno ART SA p/ accidente”, expte. 159.127; C2ªTrab. 1ª Circ., 20/09/2018, “Aybar, Gustavo Ariel c. Swiss Medical ART SA p/ accidente”, expte. 158.518; C4ªTrab. Mendoza, 22/03/2018, “Botter, Celeste Yanina c. Prevención ART SA s/ accidente” (disidencia Dr. Leandro Fretes Vindel Espeche); C5ªTrab., 08/08/2018, “Luna, Marcia Eliana c. Provincia ART SA p/ accidente”; C6ªTrab., 09/02/2018, “Ortiz, Leonardo David c. Provincia ART SA p/ accidente”, expte. 158.286; C7ªTrab. Mendoza, 28/02/2018, “Sepúlveda, Paola Gabriela c. Provincia ART SA p/ accidente”, Dres. Ana María Salas, Sergio Simó y Flavia I. Baños; C2ªTrab. 2ª Circ., 21/05/2018, “Chacón, Cinthia Antonia c. Provincia ART SA p/ accidente”, Dres. Javier Castrillejo, Mariana Carayol y Juan Manuel Piedecabras (conjuez), autos 15.202; C1ªTrab., Paz y Trib. 3ª Circ. Mendoza, 06/09/2019, “Hidalgo, Oscar Ceferino c. Provincia ART SA p/ E. - A.”, Dres. Marcelo M. Chiarpotti y Carmen Coronel Pfister (mayoría) (disidencia Dra. Silvia Escobar), autos 29.044; C2ªTrab., Paz y Trib. 3ª Circ., 13/08/2018, “Gómez, Arturo Daniel c. Provincia ART SA p/ enfermedad - accidente”, Dra. Zaida Landini Bullaude, expte. 18134. En el mismo sentido, 26/02/2020, “Sosa, Emiliano Javier c. Asociart ART SA p/ accidente” (confirmado por res. del 21/08/2020), expte. 18.633. En el mismo sentido, sala unipersonal a cargo de la Dra. Adriana J. Danitz, 15/11/2018, “Funes, Alberto c. Experta Aseguradora de Riesgos de Trabajo SA p/ accidente”, expte. 18.079. Asimismo, sala unipersonal a cargo del Dr. Oscar A. Corradini, 29/10/2018, “Velázquez, Javier Humberto c. Provincia ART SA p/ accidente”, expte. 18.158; C1ªTrab., Paz y Trib. 4ª Circ., 23/04/2019, “Reyes, Gladys Esther c. Provincia ART SA p/ accidente”, expte. 16.851.

de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el procurador general de la Nación, a partir del caso “Pogonza” (61), entre otros órganos jurisdiccionales (62).

1. La República *bis*

Los referidos partieron de otra derivación de la división de poderes, esta vez, limitante del Poder Judicial, en tanto su actuar invadiría la órbita del Poder Legislativo: que la declaración de inconstitucionalidad constituía la más delicada de las funciones, por ser un acto de suma gravedad institucional y, por ello, debía ser utilizada como último recurso.

A su vez, destacaron que la regulación de los infortunios laborales era materia de derecho común, de incumbencia del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN), y que fue el propio legislador, en uso de sus atribuciones, quien incorporó la cuestionada instancia previa.

Por eso, exaltaron el deber a cargo del interesado de demostrar la existencia de un perjuicio concreto, a fin de no convalidar una inconstitucionalidad “en abstracto”.

También exigieron la acreditación de arbitrariedad del sistema.

2. El creciente proceso de “desjudicialización”

Al mismo tiempo, evaluaron que el diseño dio cumplimiento a todos los puntos establecidos por la Corte Suprema en el fallo “Ángel Estrada”.

Explicaron que la jurisdicción no era “...patrimonio exclusivo y excluyente del Poder Judicial...”; y que, antes bien, se evidenciaba un creciente proceso de “desjudicialización” en numerosos espacios decisionales, como, por ejemplo, en los Tribunales de Cuentas de las provincias; en el ámbito del Estatuto de Empleados de Casas Particulares (ley 26.844); en los Tribunales Municipales de Tránsito; en los

Colegios Profesionales (63); en el Tribunal Fiscal de la Nación; en la Dirección Nacional de Migraciones; en el Banco Central de la República; en la Administración Nacional de Seguridad Social (64), etcétera.

3. Los estándares de “Ángel Estrada”

Como anticipáramos, esta postura analizó las pautas sentadas en dicha sentencia y concluyó en la procedencia de la excepción ahí reglada, según los siguientes razonamientos:

3.1. Los organismos fueron dotados de jurisdicción por ley

El procurador general de la Nación explicó que la competencia de la CMJ estaba definida por leyes formales, tanto la ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, que creó este tipo de organismos, como las leyes 24.557 y 27.348, que establecen expresamente el alcance en materia de riesgos del trabajo, con lo que, a su juicio, se dio cumplimiento a la pauta sentada por la Corte Federal en numerosas causas de las que dio suficiente cita (65).

3.2. La independencia e imparcialidad fueron aseguradas

Se razonó que la falta de esas cualidades constituía neta especulación, por lo que, a primera vista, el recaudo estaba cumplido (66).

El procurador general de la Nación también expuso que el organismo designado contaba con suficiente capacidad técnica para establecer el cumplimiento de los requisitos para acceder a las prestaciones; y destacó que, cuando

(63) Conf. C7ªTrab. Mendoza, “Sepúlveda”, cit.

(64) Del voto del Dr. Carlos Pose en CNTrab., sala I, 26/03/2019, “Vásquez Terrazos”, cit.

(65) CS, Fallos 247:646, “Fernández Arias”; 321:776, “Litoral Gas SA”; 328:651, “Ángel Estrada”; 329:5648, “Paz Posse Limitada Ingenio San Juan”; CS, 18/11/2014, “Edesur SA c. Resolución 380 y 1712/05 - Ente Nacional Regulador de la Electricidad s/ resolución 1569/06 - 2063/07”, E.141.XLVII; “YFP SA c. Resolución 575/12 - ENARGAS (expte. 19009/12)”, CSJ 18/2014, L. ROR; además, sentencia del 29/09/2015; y, en lo pertinente, dictamen de la Procuración General del 25/08/2017, “Edesur c. ENRE”, CAP 825/2013/CS1.

(66) C7ªTrab. Mendoza, “Sepúlveda”, cit.

(61) Ver nota 41.

(62) CCiv., Com. y Lab. Goya (Corrientes), 18/06/2020, “B. L. A. c. Galeno ART SA s/ enfermedad profesional (laboral)”, AR/JUR/20408/2020; además, Juzg. Conc. 6ª Nom. Córdoba, 19/10/2017, “Córdoba Oviedo, Darío Exequiel c. Asociart ART SA s/ ordinario - enfermedad - accidente - Ley de Riesgos”, etc.

estuviera controvertida la naturaleza laboral del accidente, intervendría el secretario técnico letrado **(67)**.

Desde otro eje, se destacó la participación de los letrados en forma obligatoria en el trámite y la posibilidad de introducir pruebas por parte del trabajador.

Por nuestra parte, creemos útil señalar otros resguardos de imparcialidad e independencia que se introdujeron con posterioridad.

La res. 298/2017 (SRT) dispuso que los secretarios técnicos letrados solo podrían ser desvinculados con fundamento en una grave causal, debidamente acreditada **(68)**.

Por su parte, Mendoza, Chaco, Jujuy y Río Negro introdujeron la prohibición de tener relación de dependencia o vínculo con las ART y/o representar a los trabajadores en los reclamos en el marco la ley nacional 24.557 y sus modificatorias, para todo médico o profesional del derecho (abogado y/o procurador) **(69)**.

Jujuy, además, se reservó la facultad de organizar el servicio de patrocinio jurídico gratuito a través de su Colegio de Abogados **(70)**.

3.3. El objetivo económico y político del legislador fue razonable

Se coligió aquí que la resolución de este tipo de conflictos exigía, inexorablemente, la experiencia de cuerpos técnicos y que, en todo caso, se procuraba lograr cierta uniformidad decisonal a través de la aplicación de la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, dec. 659/1996.

Se alegó que la labor de la Administración en incumbencias de orden técnico-científico no configuraba una “causa” o “controversia” que ameritara la inexcusable intervención de un tribunal de justicia, el cual ocuparía su rol lue-

go, ante la discrepancia con el actuar administrativo.

Se explicó que la norma tenía una finalidad protectora: procurar el reconocimiento extrajudicial e inmediato de los derechos que el propio régimen confería, a partir de la confección de una experticia **(71)**.

3.4. Existía la posibilidad de control judicial amplio y suficiente

Cabe precisar aquí que, en un primer momento, se pensó que el sistema poseía “...una revisión judicial eficaz...” con la elección de un “recurso” donde nada indicaba que no debía ser pleno **(72)**.

Luego, las provincias —incluida Buenos Aires— **(73)** se apartaron del recurso como mecanismo revisor y se aseguraron el control amplio a través de la acción ordinaria.

En este contexto, se evaluó que el “control judicial suficiente” debía asegurar que los organismos administrativos no tuvieran la atribución de dictar resoluciones finales y que los diversos caminos que el sistema ofrecía al dependiente —o sus derechohabientes— permitían siempre culminar ante los estrados de la justicia laboral **(74)**.

Volveremos sobre este punto más adelante, donde le dedicaremos un estudio más minucioso.

4. El debido proceso, y su plazo razonable, estaban resguardados

Se recalcó aquí que la ley contenía un lapso perentorio y fatal para que las CMJ se expidieran (60 días hábiles administrativos), con una sola posibilidad de prórroga, excepcional y funda-

(71) Conf. votos de los Dres. Genoud y Kogan en autos “Marchetti”, cit.

(72) Conf. dictamen del Dr. Álvarez en “Burghi”, cit.

(73) Buenos Aires, en un primer momento, abrazó la ley 27.348 sin cortapisas (ley 14.997), pero luego mutó de criterio cuando modificó el Código Procesal Laboral (ley 15.057), en línea con el resto de las localidades.

(74) Del voto del Dr. Soria en autos “Marchetti”, cit.

(67) Res. 298/2017 (SRT), art. 2°.

(68) Res. 899/2017 (SRT), art. 3°, inc. 1°, letra c), 2° párr.

(69) Mendoza, ley 9017, art. 7°; Chaco, ley 2856, art. 4°; Río Negro, ley 5253, art. 4°; y Jujuy, art. 12, ley 6056.

(70) Jujuy, ley 6056, art. 5°.

da, período "...algo mayor que el del Servicio de Conciliación Obligatorio..." (75).

Se explicó que, de este modo, se garantizaba el derecho a ser oído en un plazo razonable, que integraba la garantía del debido proceso, que regía en los procedimientos administrativos, según la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Baena") (76).

Se expuso que el derecho a la jurisdicción no era absoluto: podía ser reglado y, de hecho, lo era, a través de las leyes de procedimiento (77).

Aun así, se destacó que el sistema incorporó "resguardos básicos de debido proceso", tales como el patrocinio letrado gratuito y obligatorio; que los honorarios y demás gastos en que incurriera el trabajador estuviesen a cargo de la aseguradora; y que todas las medidas de prueba fuesen gratuitas para el trabajador (78).

A la par, se puso de relieve el colapso que afectaba a la Justicia Nacional del Trabajo, donde una mayoría de sus jueces ejercitaban una doble magistratura —la propia y la impuesta por la subrogación— con el mismo personal de hace diez años y el triple de las causas en trámite, cuestión que, por sí misma, prolongaba este tipo de procesos, de contenido alimentario, "...en disonancia con el art. 18 de nuestra Carta Magna..." (79).

En el mismo sentido, se valoró que el sistema generaba un beneficio colateral: contribuir a disminuir la excesiva judicialización de controversias que terminaban por generar "...un innecesario y evitable colapso del sistema judicial, que, precisamente, es lo que termina por afec-

tar a los intereses del dependiente siniestrado..." (80).

Se pensó, además, que la existencia de reglamentaciones procesales para la iniciación de demandas no resultaba restrictiva de los derechos acordados por las leyes de la Nación y que no perjudicaba la garantía de acceso irrestricto a la justicia (81).

5. No se desconocían los precedentes "Castillo" ni "Obregón" de la Corte Suprema.

Se aclaró que, en ellos, lo que se invalidó fue la centralización en el ámbito federal de los reclamos en defensa de la jurisdicción local, y no, en concreto, la legitimidad de una instancia administrativa previa (82).

6. En definitiva, se argumentó que existía una "especificidad de la contienda" que remitía "a conocimientos técnicos específicos, a un procedimiento bilateral que resguarda el derecho de defensa del trabajador, la limitación temporal y razonable del trámite, articulado todo ello con una acción judicial posterior de conocimiento pleno..." (83).

II.3. Las incumbencias profesionales

II.3.a. Médicos en función letrada

Además de la crítica basada en la exclusión de los trabajadores de sus jueces naturales por resultar "juzgados" por órganos administrativos, también se hizo pie en el rol determinante de la actuación de los profesionales de la medicina en esos entes.

Se insistió en que el único funcionario para el que se requería el título de abogado era el secretario técnico letrado, quien, en todo caso, emitiría dictámenes no vinculantes que quedarían sometidos a la decisión del titular del Servicio

(75) Conf. dictamen del Dr. Álvarez en "Burghi", cit.

(76) Del dictamen del procurador general de la Nación en autos "Pogonza", cit.

(77) C2ªTrab. 1ª Circ., 20/09/2018, "Aybar, Gustavo Ariel c. Swiss Medical ART SA p/ accidente", Dres. Norma Llátser, Jorge G. Gabutti y Julio Gómez Orellano, expte. 158.518.

(78) Del dictamen del procurador general de la Nación en autos "Pogonza", cit.

(79) CNTrab., sala I, 26/03/2019, "Vásquez Terrazos", voto del Dr. Carlos Pose, cit.

(80) C1ªTrab., Paz y Trib. 3ª Circ. Mendoza, 06/09/2019, "Hidalgo, Oscar Ceferino c. Provincia ART SA p/ E. - A." (disidencia Dra. Silvia E. Escobar), auto 29.044.

(81) Del voto del Dr. Genoud en autos "Marchetti", cit.

(82) Conf. dictamen del Dr. Álvarez en "Burghi", cit.

(83) Del voto del Dr. Genoud en autos "Marchetti", cit.

de Homologación, cargo para el cual no se exigía el título de abogado (84).

En la órbita judicial, esta confusión de incumbencias condujo a la declaración de inconstitucionalidad de la res. SRT 289/2017 en manos de la sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (85).

Poco tiempo después se dictó la res. SRT 899/2017 (86), que introdujo algunas modificaciones/aclaraciones que —incluso— movieron al mismo tribunal a variar su criterio: las atribuciones de índole jurídica quedaron reservadas al secretario técnico letrado; cada Comisión Médica se constituía como un órgano administrativo integrado por el Servicio de Homologación, los profesionales del derecho y los médicos; y cada uno de ellos intervendría en el marco de sus respectivas incumbencias, sin que existiera subordinación jerárquica (87).

Además, en los considerandos se puntuó que cualquier alusión normativa a las “Comisiones Médicas” debía entenderse referida al órgano administrativo compuesto en la forma señalada.

Es interesante destacar, por último, que Jujuy contempló que el titular del Servicio de Homologación posea título de abogado, con lo que esta provincia logró eludir la crítica en trato (88).

III. Control judicial, ¿amplio y suficiente?

Mención aparte merece este asunto, en tanto todas las provincias parecen haber valorado que el mecanismo de revisión mediante un recurso de apelación “en relación” y “con efecto suspensivo”, según lo normado por la ley 27.348, dejaba un estrecho margen para la defensa de los traba-

jadores y, en ese sentido, introdujeron medulares transformaciones.

III.1. Materia de debate

No obstante, algunas localidades contemplaron una limitación: que las cuestiones planteadas ante la CMJ constituirían el objeto del debate en la etapa judicial (89).

Compartimos en este tramo la crítica que efectuó Arese, quien también advirtió que el procedimiento ante las CMJ se impulsaba mediante formularios que, si bien simplificaban el trámite, estrechaban la posibilidad de alegación de hechos y el ofrecimiento de pruebas (90).

Con todo, el autor observó que la limitante se contraponía con el control judicial amplio y suficiente que la Corte pregonó en “Ángel Estrada”.

Por eso, elaboró una interpretación plausible que esquivaría una posible invalidación de la restricción: debía entenderse que no se podían introducir otros siniestros no analizados ante la CMJ. De esta forma, dentro de la cuestión planteada (el siniestro y sus consecuencias en materia de prestaciones), la controversia judicial debía admitir el más amplio tratamiento desde los hechos y el derecho (91).

Por nuestra parte, pensamos que esa hermenéutica, a su vez, resulta conteste con la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aseguró que no existe revisión judicial suficiente “...si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso...” (92).

(84) Conf. MACHADO, José D., “Sobre las Comisiones Médicas...”, ob. cit.; ACKERMAN, Mario E., “¿Y si se eliminan...?”, ob. cit.; y RAMÍREZ, Luis E., “Ley 27.348: un nuevo ‘parche’...”, ob. cit., entre otros.

(85) CNTrab., sala X, 30/08/2017, “Corvalán, Héctor Eduardo c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial”, expte. 29.0914/17.

(86) BO del 10/11/2017.

(87) CNTrab., sala X, 28/02/2018, “Islas, Valeria Gisela c. Compañía Argentina de Seguros Victoria SA s/ accidente - ley especial”, AR/JUR/11540/2018.

(88) Jujuy, ley 6056, art. 10.

(89) Tierra del Fuego, ley 1199, art. 4º; Mendoza, ley 9017, art. 4º; y Córdoba, ley 10456, art. 4º.

(90) ARESE, César, “Reforma...”, ob. cit.

(91) ARESE, César, “El ‘modelo cordobés’ de procedimiento en riesgos de trabajo: honor o humor”, Rev. de Derecho Laboral, 2017 2: “Procedimiento laboral - IV”, Rubinzal-Culzoni Edit.

(92) Ver dictamen del procurador general de la Nación en autos “Pogonza”, cit., con cita de Corte IDH, 13/10/2011, “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”, párr. 204.

III.2. Requisitos de admisibilidad

Desde otro ángulo, la mayoría de las jurisdicciones dispuso que el trabajador debería acompañar los instrumentos que acreditasen el agotamiento de la instancia administrativa, bajo sanción de inadmisibilidad.

Además, en algunas de ellas, el trabajador tendría que presentar una certificación médica que consignara diagnóstico, grado de incapacidad y calificación legal y que explicitara los fundamentos (crítica técnica sobre el dictamen) que sustentarían un criterio divergente al sostenido por la CMJ (93).

Aquí nos parece importante alertar que ese instrumento, en tanto implica un gasto para el trabajador, contraría al principio de gratuidad (94) y que, en esas condiciones, podría constituir un franco impedimento —económico— para el acceso a la justicia.

Además, su utilidad es escasa, desde que constituiría un instrumento labrado fuera del control de la demandada —y que, por tanto, le resultaría inoponible (art. 18, CN)— (95).

A su vez, las normas de rito prevén la producción de prueba pericial, con lo que la actividad solicitada por las leyes de adhesión podría ser válidamente suplida por un perito, controlado por ambas partes, en el marco del trámite.

Máxime en Mendoza, donde la experticia médica, en esta materia, se debería producir en la etapa preliminar del litigio (96).

III.3. El efecto suspensivo

Córdoba, Mendoza, Chaco, Corrientes, Jujuy y Río Negro dispusieron que los recursos que interpusieran las ART no tendrían efecto suspen-

(93) Córdoba, ley 10.456, art. 4º; San Juan, ley 1709, art. 4º; Mendoza, ley 9017, art. 4º; Entre Ríos, ley 10.532, art. 6º; Corrientes, ley 6429, art. 4º; Río Negro, ley 5253, art. 8º; Tierra del Fuego, ley 1199, art. 4º.

(94) ARESE, César, "El 'modelo cordobés'...", ob. cit.

(95) En este sentido, v. SC Mendoza, sala II, LS 313-028; LS 266-170; "Tejada", 21/02/2017; "Morán", 14/03/2018; "Barrera", 23/08/2017, entre muchos.

(96) Conf. art. 51, inc. V), punto e), 2º párr., del Código Procesal Laboral.

sivo respecto de la incapacidad determinada ni del monto de capital correspondiente (97).

En este sentido, las localidades superaron un importante cuestionamiento que se efectuaba a la norma nacional.

III.4. Cosa juzgada y título ejecutivo

A la par, conviene referir que la ley 27.348 contempló: "...los decisorios que dicten las Comisiones Médicas Jurisdiccionales o la Comisión Médica Central que no fueren motivo de recurso alguno por las partes así como las resoluciones homologatorias, pasarán en autoridad de cosa juzgada administrativa en los términos del art. 15 de la ley 20.744 (t.o. 1976)..." (98).

Esa consecuencia, por el solo transcurso del tiempo, cuando el afectado es el trabajador, ha movido a ciertos cuestionamientos por habersele dado efectos a su silencio, en contraposición con lo normado por el art. 58 de la LCT.

No obstante, ella también puede revertir en contra del obligado al pago, no solo cuando deja transcurrir los plazos impugnatorios, sino también cuando, en las jurisdicciones que analizamos en el punto anterior, recurre ante la CMC.

Es interesante relatar, a ese respecto, una decisión cordobesa, emitida en el marco de un juicio ejecutivo promovido por un trabajador con sustento en la resolución emitida por el Servicio de Homologación de la Comisión Médica, que puso fin al trámite, previo determinar la incapacidad del actor y el monto de su indemnización, y que no había sido recurrida por la contraria.

En esa ocasión, la demandada opuso una excepción de inhabilidad de título, con la siguiente argumentación: (i) el título que se pretendía ejecutar no se bastaba a sí mismo; (ii) no poseía una obligación de pagar una suma de dinero líquida o fácilmente liquidable; (iii) era erróneo creer que la cosa juzgada administrativa le daba ejecutividad al instrumento, en tanto la resolución de la CMJ carecía de todo tipo de elemento

(97) Córdoba, ley 10.456, art. 2º; Mendoza, ley 9017, art. 3º; Chaco, ley 2856, art. 2º; Corrientes, ley 6429, art. 2º; Jujuy, ley 6056, art. 7º; y Río Negro, ley 5253, art. 7º.

(98) Sic art. 2º, ley 27.348.

para que pudiera considerarse como tal, entre otras defensas.

El Tribunal, al resolver, mandó seguir adelante la ejecución con los siguientes fundamentos principales: a) liquidez del crédito, aun cuando faltase la expresión numérica en la resolución del organismo, en tanto era integrable con el resto de constancias administrativas, adjuntadas al proceso ejecutivo y fácilmente liquidable según la operación matemática contenida en la Ley de Riesgos del Trabajo; b) exigibilidad (no sujeta a plazo ni a condición), debido a que la ejecutada no impugnó la decisión del organismo y, por consiguiente, ella adquirió cualidad de cosa juzgada administrativa; c) la deuda constaba en un instrumento público, ya que la decisión del Servicio de Homologación había sido dispuesta por funcionarios públicos, integrantes del ente (art. 289 del Cód. Civ. y Com.).

Sobre la exigibilidad, agregó que la alusión que efectuaba la ley 27.348 a la cualidad de cosa juzgada en los términos del art. 15 de la LCT no era inocua. Al contrario, ello implicaba que, transcurrido el plazo para deducir el recurso respectivo, la decisión adquiriría ese efecto y la posibilidad de ser exigida coactivamente. Explicitó que la decisión no se encontraba sujeta a condición ni plazo alguno, en tanto la ley no estipulaba un término al que se encontrara supeditado el cumplimiento de aquella por parte de la ART o el empleador obligado.

Sopesó, al mismo tiempo, que resultaba irrazonable pretender que el trabajador damnificado, que tramitó toda la etapa administrativa y obtuvo una resolución favorable, no cuestionada por quien se encontraba obligado al pago, debiera luego iniciar una acción ordinaria al solo efecto de procurar su abono.

Destacó que una exégesis semejante afectaría uno de los objetivos esenciales del sistema (v.gr.: automaticidad).

A su vez, puntuó que, como consecuencia de la derogación del efecto suspensivo introducida por la provincia de Córdoba —entre otras, como vimos—, la solución sería idéntica para el su-

puesto en que la ART o el empleador dedujeran recursos contra lo decidido por la CMJ (99).

En consecuencia, existen importantes argumentos para solventar la ejecutividad de la decisión de la CMJ, no solo en aquellas hipótesis donde el obligado al pago no deduzca el recurso en el plazo de 15 días hábiles administrativos (100), sino también cuando lo haga en las localidades que eliminaron el efecto suspensivo (101).

III.5. De acciones, plazos y caducidad

Como anticipáramos, las normas de adhesión previeron que la opción recursiva a favor del trabajador (arts. 2º, ley 27.348, y 46, inc. 1º, ley 24.557, modificado por ley 27.348) debía ser efectuada a través de una acción ordinaria.

En cuanto a la extensión del plazo para ese fin, que debería ser contado desde la notificación del acto de cierre de la etapa administrativa, contemplaron lo siguiente: Buenos Aires y Formosa, 90 días hábiles judiciales; 45 días hábiles judiciales en Córdoba, Mendoza, Chaco, Corrientes y Salta; Misiones y Río Negro, 60 días hábiles judiciales; San Juan, 30 días hábiles judiciales; Tierra del Fuego, 20 días hábiles judiciales; y Entre Ríos, 15 días hábiles judiciales.

En todas las localidades mencionadas se impuso el apercibimiento de caducidad o pérdida del derecho a impugnar el decisorio por el transcurso de los términos en mención, lo que dio origen a nuevos cuestionamientos, tal y como veremos pocos párrafos más adelante.

Neuquén, por su parte, remitió a las disposiciones de su Código Procesal, en tanto aclaró: “La adhesión y delegación jurisdiccional —al ámbito nacional— que se efectúa en el art. 1º de

(99) JConc. 1ª Nom. Córdoba, Sec. Nº 2, 03/12/2018, “Romero, Ariel Gustavo c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ ejecutivo - cobro de crédito laboral (art. 68, inc. 1º, LPT)”. En el mismo sentido, JConc. Nº 2 Río Cuarto, 26/11/2018, “Correa, Ángel Ramon c. Swiss Medical ART SA s/ ejecutivo - cobro de crédito laboral (art. 68, inc. 1º, LPT)”, sent. 183.

(100) Res. SRT 298/2017, art. 29.

(101) Córdoba, Mendoza, Río Negro, Chaco, Corrientes y Jujuy.

esta ley se realiza solo en cuanto a la atribución de competencias administrativas" (102).

Y Jujuy, en forma expresa, dejó el plazo para cuestionar el dictamen de la CMJ a las resultas de las normas sobre prescripción de la legislación de fondo (103), con lo que esta provincia —y entendemos que también Neuquén, por la solución apuntada— habría sorteado con éxito las críticas que recayeron sobre el resto de las jurisdicciones, y que analizaremos a continuación.

III.5.a. Inconstitucionalidad

En efecto, se alzaron varias voces en contra del diseño general antes relatado (104), de cuyos fundamentos daremos sucinta cuenta:

1. Las normas de rito locales modificaron el plazo de prescripción bianual que regía en la materia, ínsita en las atribuciones delegadas a la Nación, por tratarse de derecho común (art. 75, inc. 12, de la CN).

2. La perentoriedad del término vulneraba los derechos reconocidos en el orden federal, límite infranqueable para las normas procesales.

3. La caducidad dispuesta por leyes provinciales contrariaba lo dispuesto por el art. 259 de la LCT ("No hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley").

(102) Neuquén, ley 3141, art. 2º.

(103) Jujuy, ley 6056, art. 8º.

(104) CTrab. Córdoba, Sec. Nº 21, sala XI, 28/02/2019, "Prevención ART SA s/ recurso directo", expte. 7700246; C2ªTrab. 1ª Circ. Mendoza, 27/08/2019, "Lima, Mario Walther c. Provincia ART SA s/ accidente", Dres. Jorge G. Gabutti y Julio Gómez Orellano, con cita del dictamen de Fiscalía de Cámaras en el mismo sentido (Dra. María Cecilia Aymerich); CTrab. Córdoba, sala VIII, 13/11/2019, "Soplan, Sebastián Gastón c. Prevención ART SA s/ ordinario - accidente (Ley de Riesgos)"; CS Mendoza, sala II, 10/12/2019, "Manrique, Gabriel Fabián en J. 159.224 'Manrique, Gabriel Fabián c. Asociart ART SA p/ accidente' p/ recurso extraordinario provincial", voto en disidencia del Dr. Mario D. Adaro; C1ªTrab. 2ª Circ. Mendoza, sala unipersonal a cargo del Dr. Dante C. Granados, 04/03/2020, "Daneri Mancebo, Laura Gabriela c. Asociart, ART s/ accidente"; TTrab. Nº 2 San Isidro, 10/08/2020, "Díaz, Edgardo Daniel c. La Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente de trabajo - acción especial", entre otros.

4. A su vez, se oponía al art. 2568 del Cód. Civ. y Com. ("...se considera nula la cláusula que establece un plazo de caducidad que hace excesivamente difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a las disposiciones legales relativas a la prescripción...").

5. También se contradecía con lo estipulado en el art. 58 de la LCT, otorgándole un efecto no previsto al silencio del trabajador.

6. El término violentaba el derecho de igualdad, el de acceso a la justicia y la defensa en juicio de la persona trabajadora, sujeto de preferente tutela constitucional, que se encontraba en situación de vulnerabilidad por la minusvalía causada por el siniestro (arts. 16, 18, 33 de la CN y art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica).

7. Además, vulneraba los principios protectores y de irrenunciabilidad (arts. 14 bis, CN, y 12, LCT).

8. Agregamos aquí que la Corte Suprema, en autos "Shell-Mex", invalidó una norma mendocina (105), en tanto declaraba la caducidad, no solo de la acción contencioso-administrativa (derecho local), sino también la de la acción de repetición legislada por el Código Civil, por no haberse deducido en el plazo fijado por la cláusula provincial.

Explicó que la acción civil de repetición y la contencioso-administrativa tenían distinta naturaleza; de ahí que el dispositivo local no podía extender el alcance de su fuerza de cosa juzgada a la acción regida por el plazo de prescripción del derecho de fondo.

Ello así, la encontró violatoria de los arts. 31, 67, inc. 11 (hoy, 75, inc. 22), y 108 (hoy, art. 126) de la CN (106).

(105) En efecto, en esa ocasión se analizó el art. 4º de la ley provincial 728.

(106) CS, "Shell Mex Argentina Limitada SA c. Poder Ejecutivo de Mendoza, Fallos 200:444.

Esa doctrina fue replicada por el Alto Cuerpo en innumerables pronunciamientos (107), siendo el más reciente —de los que daremos cuenta— el emitido en la causa “Volkswagen”.

Ahí, con particular referencia a las obligaciones tributarias de los Estados menores (incluidos los plazos, el momento de su inicio y las causales de interrupción o suspensión), reiteró que la prescripción no era una institución propia del derecho público local, sino un instituto general del derecho y que, en consecuencia, las Legislaturas locales no se hallaban habilitadas para dictar leyes incompatibles con las previsiones que, al respecto, contenían los Códigos de fondo.

Acto seguido, memoró que, si bien sus decisiones solo eran obligatorias en los casos concretos que se le sometieran, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional, daba lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones debieran ser debidamente consideradas y seguidas tanto por aquella como por los tribunales inferiores (108).

9. En definitiva, sopesaron que la caducidad no solo era susceptible de violentar el acceso a la justicia de un trabajador vulnerado en su

capacidad de trabajo, sino que también incurSIONABA en materia (“riesgos del trabajo”) de derecho común, con un instituto más perjudicial —incluso— que la prescripción, porque su acaecimiento eliminaba lisa y llanamente al derecho de fondo (art. 2566 del Cód. Civ. y Com.) y no era susceptible de suspenderse ni de interrumpirse (art. 2567 del Cód. Civ. y Com.).

10. Tampoco se nos escapa que, cuando las localidades impusieron al trabajador la obligación de transitar por una etapa administrativa previa a la demanda ordinaria (v.gr.: SECLO, OCL, etc.), en el marco del contrato individual de trabajo, lo hicieron dejándole el plazo prescriptivo intacto (109).

Incluso, Mendoza previó expresamente la posibilidad de que el trabajador impugne el eventual acuerdo alcanzado en esa etapa por vicios de la voluntad, sin alterar el referido término (110).

No obstante, en la materia, cuando el trabajador se encuentra en condición de máxima vulnerabilidad y se le exige además la obtención de una certificación médica —que, para ser seria, requeriría la realización de estudios médicos, que podrían insumir más tiempo—, o tiene su movilidad disminuida, entre otras circunstancias impeditivas, muchas legislaciones provinciales le limitaron el lapso para interponer su demanda.

Esa medida, en tanto impone mayores condicionantes al trabajador que se encuentra en una situación fáctica de mayor complejidad, no solo lesiona el derecho de igualdad (art. 16, CN) (111), sino que, lisa y llanamente, no cumple con el principio de razonabilidad.

Cabe memorar que, tal y como lo tiene reiteradamente expresado la Corte Suprema, el ejercicio de la potestad reguladora de los derechos, para asumir validez constitucional, debe rela-

(107) CS, 27/11/2014, “Municipalidad de San Pedro c. Monte Yaboti SA s/ ejecución fiscal”; 08/09/2009, “Municipalidad de Resistencia c. Biolchi, Rodolfo Eduardo y Biolchi, Luis Ángel s/ ejecución fiscal”; 28/09/2010, “Fisco de la Prov. de Bs. As. s/ incidente de verificación de crédito en: Corralón Sánchez Elia SRL - quiebra”; 01/11/2011, “Provincia del Chaco c. Rivero, Rodolfo Aníbal s/ apremio”; 01/11/2011, “Fisco de la Provincia c. Ullate, Alicia Inés s/ ejecutivo -apelación - recurso directo”; 06/12/2011, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Bottoni, Julio Heriberto s/ ejecución fiscal - radicación de vehículos”; 11/02/2014, “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c. Herrmann, Alejandro Enrique s/ apremio”; además v. Fallos 326:3899, 332:616; 332:2108; 332:2250; 358:154, 173:289; 175:300; 176:115; 180:96; 183:143; 195:66; 200:444; 203:274; 211:945; 220:202; 226:727; 227:100; 235:571; 268:544; 269:373; 276:401; 282:20; 284:319 y 458; 285:209; 293:427; 304:163; 316:2182, entre muchos otros.

(108) CS, 05/11/2019, “Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados SA c. Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa”, Fallos 342:1903.

(109) En Mendoza, por ley 8990 (OCL); la ley 24.635 (SECLO), etc.

(110) Art. 1º, punto II, inc. b), del Código Procesal Laboral.

(111) CS, Fallos 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188.

cionar adecuadamente los medios elegidos con los propósitos perseguidos **(112)**.

11. Por lo expuesto, creemos que la imposición de plazos de caducidad para la interposición de una demanda ordinaria es merecedora de la máxima tacha de inconstitucionalidad, violación que no requiere más demostración que la propia limitación del acceso a la justicia que genera.

Y así como algunos sostuvieron la inconstitucionalidad absoluta de las eventuales leyes de adhesión a la ley 27.348, por quebrar la fibra más íntima de nuestro régimen federal **(113)**, las provincias que adoptaron la restricción en trato incurrieron en el mismo vicio: la violación del régimen de reparto de atribuciones (arts. 75, inc. 12, y 126, CN), con excepción de Neuquén y Jujuy.

III.5.b. Constitucionalidad

No obstante, son muchos los tribunales que han validado el mecanismo, principalmente por la falta de acreditación de un perjuicio concreto, acreditado en forma clara, ostensible, seria y notoria, en tren de no convalidar un pedido de declaración de inconstitucionalidad en abstracto.

Así encontramos, por ejemplo, a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que si bien no se pronunció expresamente sobre la validez del plazo de caducidad, en términos generales sostuvo: "...queda garantizada la revisión judicial suficiente mediante la tramitación de un juicio ordinario y dentro del plazo de noventa [90] días hábiles a contar desde la notificación de la resolución emanada de la Comisión Médica Jurisdiccional, bajo apercibimiento de caducidad..." **(114)**.

Por su parte, Héctor C. Guisado ponderó que resultaría inadmisibles establecer un plazo para interponer un recurso de apelación de dos años, dado que tal plazo contrariaría ("no ya por defecto, sino por exceso") el derecho a ser oído por

un tribunal de justicia en un plazo razonable y el principio de que el término para apelar debería ser el mismo para ambas partes **(115)**.

No obstante, muchas de las decisiones —al menos, de la provincia de Mendoza— que convalidaron el plazo en cuestión dejaron abierta la posibilidad de analizar un caso concreto donde el trabajador acreditara un perjuicio concreto **(116)**, aunque, como vimos, la lesión es provocada por el mismo impedimento de acceder a la justicia con fundamento en una norma que transgrede el reparto de competencias constitucional, sin ningún motivo lícito aparente.

IV. Conclusiones

En un primer momento, los argumentos de quienes propiciaban la invalidez de las eventuales leyes de adhesión nos hicieron pensar que la instancia previa no sobreviviría a esa acometida y que seguiría los pasos del régimen original (ley 24.557).

Sin embargo, muchas autonomías locales abrazaron la disposición nacional, y ella se aplican —con mayor o menor resistencia— en todas las jurisdicciones de que dimos cuenta.

Aun así, subsisten algunos cuestionamientos de trascendencia, en tanto la ley 27.348 demanda la delegación de las funciones jurisdiccionales en el Poder Ejecutivo de la Nación.

No obstante, no podemos preterir que la garantía a recibir una decisión judicial en plazo razonable es endeble en nuestro país, falencia de la que dio suficiente cuenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado 28 de agosto del corriente año, cuando lo condenó en la causa "Spoltore", la que se prolongó en el tiempo por 12 años.

Esa extensión, sin embargo, no puede sorprendernos: solo a guisa de ejemplo, en el re-

(112) CS, 03/11/2015, "Papel Prensa SA c. Estado Nacional", Fallos 338:1183.

(113) Ver opiniones del acápite II.1.a).

(114) Del voto de la Dra. Hilda Kogan en autos "Marchetti", cit.

(115) Del voto en disidencia del Dr. Héctor C. Guisado, CNTrab., sala IV, 28/02/2020, "Brizuela", cit.

(116) LLATSER, Norma - REBORI, Matías, "Luces y sombras en torno a la ley 9017 de la provincia de Mendoza, de adhesión a la ley 27.348", RDLSS 2018-23, 2281; AR/DOC/3620/2018.

cordado fallo “Castillo” (117), la causa insumió siete años para dilucidar cuál era el tribunal competente; en tanto el expediente de la causa “Calderón” (118) lleva más de 20 años en busca de la decisión final (119).

En ese contexto, no parece insensato que un trabajador transite por una instancia que podría satisfacer sus pretensiones con una demora penitencia y máxima de 90 días hábiles administrativos, incluyendo la posible prórroga.

Ahora bien, desde otro ángulo de análisis, lo que sí aparece como irrazonable es la regulación por parte de algunas provincias de una

materia expresamente delegada a la Nación (una prescripción con mote de caducidad), con el agravante de que lo han hecho en contra de un sujeto a quien le debían especial protección (art. 14 bis, CN).

También es de dudosa legitimidad la exigencia, introducida en algunos Estados menores, de adjuntar un certificado médico “de parte”, que poco —o nada— aporta a la causa y que, no obstante, involucra un desembolso a cargo del trabajador, que podría restringir su acceso a la justicia.

Con todo, la instancia administrativa previa ante las Comisiones Médicas es hoy una realidad en gran parte del país, con algunos matices perfectibles —por cierto—; por ello, podemos concluir en que lo que parecía muerto goza en los hechos de buena salud (120).

(117) CS, 07/09/2004, “Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi SA”, Fallos 327:3610.

(118) CS, 29/04/2014, “Calderón, Celia Marta c. Asociart ART SA s/ accidente”, AR/JUR/20726/2014.

(119) En otra ocasión, dimos cuenta de una de las razones de la prolongación excesiva de las causas (v.gr.: con el uso del instituto del reenvío en casos en que podría haberse evitado). ELMELAJ, María Laura, “¿Réquiem para ‘Espósito’? Cuando el reenvío atenta contra la autoridad de la Corte y el plazo razonable”, LA LEY del 26/08/2020, 5; AR/DOC/2674/2020.

(120) Frase proveniente de una traducción al español de la comedia francesa *Le menteur* (“El mentiroso”), escrita por Pierre Corneille en 1643, <http://www.hispanoteca.eu/Foro/ARCHIVO-Foro/Los%20muertos%20que%20vos%20mat%C3%A1is.htm>.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

MOVILIDAD JUBILATORIA

Determinación de una nueva fórmula. Fijación de aumentos mediante decreto del Poder Ejecutivo. Suficiencia de las prestaciones. Inconstitucionalidad de los decs. 163/2020 y 495/2020. Índice de actualización. Impuesto a las ganancias sobre el reajuste previsional. Disidencia.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — La ley 27.426, aunque resulte menos beneficiosa para los jubilados, se limita a determinar una nueva fórmula a fin de computar la movilidad previsional, aplicable trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año calendario, a partir de marzo 2018 —art. 2°—, sin cercenar supuestos derechos adquiridos por el actor, ni constituir una aplicación retroactiva de sus normas conforme a lo dispuesto en el art. 7° del Cód. Civ. y Com.
2. — Si bien las pautas de movilidad previsional se encuentran en cabeza del Congreso de la Nación, la ley 27.541 delegó expresamente en el Poder Ejecutivo la facultad de fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales correspondientes al régimen general de la ley 24.241 durante el período en que se encuentre suspendida la movilidad de la ley 27.426.
3. — Se advierte la ausencia de otros datos que permitan afirmar que los aumentos otorgados por el decreto 163/2020 resultan suficientes para considerar que se ha cumplido razonablemente con las pretensiones de suficiencia de las prestaciones y de garantizar cierta estabilidad real en los beneficios previsionales frente a diferentes contextos macroeconómicos.
4. — La prórroga de la suspensión de la movilidad jubilatoria dispuesta por el dec. 542/2020 no luce compatible con el objetivo delineado por el legislador en la primera parte del art. 55 de la ley 27.541 referido a la atención “en forma prioritaria y en el corto plazo de los sectores de más bajos ingresos”
5. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los decs. 163/2020 y 495/2020, en la medida en que los incrementos allí establecidos resulten inferiores a los que hubiese correspondido de aplicar las pautas de movilidad de la ley 27.426.
6. — En cuanto a la petición de la demandada referida a la sustitución del ISBIC por el RIPTE, en base a la ley 27.260, cabe destacar que, no consta en autos, ni fue alegado por ninguna de las partes,

que el actor haya adherido al referido Programa de Reparación Histórica, ni suscripto el acuerdo transaccional conforme lo reglamenta la citada ley, por lo que deviene a todas luces improcedente aplicar el mecanismo de actualización previsto en el art. 5° de dicha ley —RIPTE—.

7. — La ANSES no está habilitada para determinar, mediante una resolución interna y ante la ausencia de norma al respecto, la forma de actualizar las prestaciones con altas anteriores al 01/08/2016, excediéndose en las facultades legislativas acordadas al fijar el índice que corresponde aplicar para actualizar las remuneraciones de las prestaciones con altas anteriores a dicha fecha, lo que no se encuentra previsto legalmente.
8. — No corresponde efectuar retención en concepto de impuesto a las ganancias sobre las retroactividades emergentes de reajustes previsionales, por cuanto no se debe afectar con el impuesto a las ganancias el retroactivo por reajuste de haberes previsional obtenido judicialmente, pues la percepción de estas acreencias no constituye hecho imponible y no puede estar sujeta a gravamen alguno, toda vez que las diferencias originadas derivan de la incorrecta liquidación de sus haberes, por lo tanto, no existe ganancia para la actora, sino un recupero de valores (del voto de la Dra. Aranguren).
9. — El reintegro de haberes jubilatorios obtenido a través de sentencia judicial tiene naturaleza previsional, por lo que no corresponde la aplicación de impuesto a las ganancias sobre dichos haberes, en tanto la jubilación no es una ganancia, sino el cumplimiento del débito que tiene la sociedad hacia el jubilado que fue protagonista del progreso social en su ámbito y en su época. Por ello, la prestación no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria, porque de lo contrario se estaría desnaturalizando el sentido de esta (del voto de la Dra. Aranguren).
10. — Corresponde rechazar la inconstitucionalidad del dec. 163/2020, ya que no se observa un agravio serio, cierto y actual, sino que el mismo se presenta como hipotético y conjetural, dado que el derecho del actor que se deja a resguardo dependerá de que al tiempo de la liquidación se acrediten los extremos de hecho necesarios para la procedencia de su reclamo, oportunidad en que la demandada podrá efectuar su descargo al respecto (del voto en disidencia de la Dra. Gómez).
11. — La aplicación retroactiva que se pretende efectuar con el art. 2° de la ley 27.426 y que impli-

can la afectación de derechos adquiridos por parte del beneficiario, en modo alguno puede ser consentido sin que se afecten garantías constitucionales contempladas en los art. 14 bis y 17 de la CN, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación planteado por la parte actora y declarar la inconstitucionalidad del art. 2 de la ley 27.426 (del voto en disidencia de la Dra. Aranguren).

CFed. Paraná, 20/11/2020. - Cabrera, Roque Agapito c. ANSeS s/ reajustes varios.

[Cita on line: AR/JUR/61069/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad de los decretos 163/2020, 495/2020 Y 542/2020.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

La compleja realidad de la movilidad jubilatoria

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

El principio axiológico básico que surge del art. 14 *bis* de la CN en materia de seguridad social no es otro que el de la movilidad jubilatoria de tal forma que el haber de pasividad guarde una razonable proporcionalidad con el de actividad y, por ende, en la mayoría de los litigios en disputa lo que corresponde es realizar un cuadro comparativo entre los haberes que percibe el administrado en pasividad y aquellos que ob-

tendría de haberse mantenido activo para ver si se cumple la citada manda constitucional.

Los autores de la reforma constitucional de 1957 (1) entendieron que la movilidad de las jubilaciones y pensiones debe estar en función del “ritmo del costo de vida”: el propósito claro y específico fue evitar, según se dijo, que, a raíz de la desvalorización de la moneda, muchos integrantes del sector pasivo viesen —como ocurría— que sus haberes no les alcanzara para vivir, y se vieran obligados a competir con el trabajador activo. Se reiteraba así el mismo argumento que el aducido para el salario mínimo: que no fuese estático, sino adecuado a las variaciones del índice del costo de vida.

Es por ello que se ha dicho que la jubilación constituye una prolongación después de la cesación regular y definitiva de la actividad social laboral del individuo, y de la remuneración,

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra “Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo” dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de “Régimen Previsional Argentino”, Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de “Digesto Práctico sobre Previsión Social”, Editorial La Ley. Coautora de “Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas”, dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del “Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley

(1) SAGÜES, Pedro N., “Constitucionalismo Social” en “Tratado del Derecho del Trabajo”, Astrea, 1982, t. II, p. 844.

como débito de la comunidad por el servicio que él ha prestado. La Constitución garantiza jubilaciones y pensiones móviles, o sea, prescribe que estas prestaciones deben ser actualizadas para compensar la continua desvalorización que en nuestro país y desde hace ya mucho tiempo viene experimentando el signo monetario, perjudicando lógicamente a vastos sectores de la sociedad cuyas únicas rentas son entradas periódicas fijas en dinero. El principio básico que sustenta el sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad (2).

El art. 14 *bis* de la CN, según aclara la doctrina (3), establece que la ley dispondrá “jubilaciones y pensiones móviles” y ello implica no solo la necesidad de existencia de un régimen previsional sino, también, que los haberes que como consecuencia de ello se paguen, se adecuen progresivamente a las necesidades reales de las personas. Es por ello que, en diferentes ocasiones, se ha señalado que la jubilación no es solo una contraprestación por la actividad laboral una vez que se ha cesado en esta, sino un débito de la comunidad por tal servicio (CS, Fallos 311:530).

Lograr el adecuado cumplimiento de la manda contenida en el art. 14 *bis* de nuestra Carta Magna resulta dificultoso.

En el caso bajo análisis (4) se discutió la operatividad y eficacia de diversas normas legales que reglamentan el sistema de movilidad —leyes 27.541 (BO del 23/12/19), 27.426 (BO del 28/12/17) y 26.417 (16/10/08)— y afectan a la clase pasiva. En virtud de la primera de las normas citadas, se declaró la emergencia pública previsional suspendiendo la aplicación del régimen de movilidad impuesto por el art. 32 de la ley 24.241 y otorgando al Poder Ejecutivo Nacio-

nal la potestad de fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales, atendiendo primordialmente a los beneficiarios de más bajos ingresos, lo que dio lugar a la sanción de los decs. 163/20, 495/20 y 542/20 en consonancia con dicha directiva.

En el caso que nos ocupa, el afiliado, quien entró en pasividad el 07/01/2011, es decir antes de sancionarse las normas citadas, planteó la inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 27.426 por entender que fijaba pautas retroactivas de movilidad cercenando un derecho patrimonial ya adquirido y violentando, de este modo, el principio de irretroactividad de la ley (art. 7º, Cód. Civ. y Com.). Con base en lo anterior solicitó se mantenga la movilidad de su haber conforme los términos de la ley 26.417 hasta el mes de marzo de 2018, aplicándose el sistema de movilidad de ley 27.426 para el pago de sus jubilaciones futuras debiendo aclararse, en tal sentido, que bajo el régimen de la ley 26.417 las actualizaciones se efectúan en forma semestral, mientras que la ley 27.426 impone reajustes trimestrales —meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año— (5).

Su pretensión tuvo un resultado inesperado pues, si bien el Tribunal Federal, por mayoría, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 27.426 —voto de los Dres. Mateo José Busaniche y Cintia G. Gómez—, también, por mayoría —voto de los Dres. Busaniche y Beatriz Estela Aranguren—, declaró la inconstitucionalidad de los decs. 163/20 y 495/20 —es decir aquellos dictados bajo las directivas de la ley 27.541— en la medida que los incrementos jubilatorios por ellos establecidos resultasen inferiores a los establecidos por la ley 24.463.

El pronunciamiento de autos resulta, al rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 27.426, contrario a otras decisiones judiciales (6), pero innova en la materia al descalificar los decretos sancionados bajo las previsiones del art. 55 de la denominada Ley de Solidaridad y Reactivación Productiva, lo que

(5) El art. 55 de la ley 27.541 mantiene el principio de actualización trimestral de los haberes jubilatorios.

(6) Ver CFSS, Sala I, “Lavecchia, Roberto c/ ANSeS”, 08/03/2019; Sala III, “Fernández Pastor, Miguel Ángel c/ ANSeS”, 06/06/2018.

(2) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, t. I, p. 434; BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, La Ley, t. I, p. 668; SAGÜES, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, Astrea, t. II, p. 695.

(3) ZIULU, Adolfo Gabino, “Derecho Constitucional”, Abeledo Perrot, 2014, p. 411.

(4) Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, “Cabrerá, Roque Agapito c/ ANSeS s/ reajustes varios”, 20/11/20.

revela un nuevo fracaso estatal en cuanto a su obligación de respetar las directivas emanadas del art. 14 *bis* de nuestra Carta Magna.

Desde el punto de vista jurídico, los esquemas de movilidad deben ser un instrumento para proteger a las personas beneficiarias del sistema previsional contributivo basado en el principio de solidaridad por lo que, en principio, el índice debe ser transparente en su composición y cálculo; garantizar el poder adquisitivo del salario previsional buscando minimizar su volatilidad en contextos inflacionarios y, por regla, la frecuencia de aumentos debe ser lo suficientemente alta para evitar demoras que resulten en deterioros significativos del poder adquisitivo, lo que no es fácil lograr en el Estado Argentino

donde los fondos previsionales son utilizados para financiar al propio estado y la desvalorización monetaria constituye una constante económica difícil de revertir.

En tiempos de emergencia y de pandemia, se ha incrementado la situación de vulnerabilidad de la clase pasiva que no solo está integrada por sujetos sometidos a un mayor riesgo vital, sino también a severas penurias económicas por insuficiencia de sus ingresos regulares —es decir de sus haberes jubilatorios— cuando ya han perdido capacidad productiva

La reciente sanción de la ley 27.609 (BO del 29/12/20), consagrando un nuevo índice de movilidad, abre un nuevo interrogante en la materia.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Jugador de fútbol. Rotura de ligamentos cruzados y menisco. Responsabilidad de la ART.

Con nota de Alejandro Gabet

- 1. — Las aseguradoras deben responder por las contingencias producidas durante la vigencia del contrato de afiliación otorgando las prestaciones con los alcances establecidos en los capítulos IV y V de la ley 24.557.
- 2. — No se encuentra controvertido que los sucesos dañosos ocurrieron dentro del establecimiento laboral mientras el actor desarrollaba sus tareas habituales y que fue atendido por el cuerpo médico profesional de primera división del club. Dichas circunstancias determinan la acreditación de acontecimientos súbitos y violentos ocurridos por el hecho y en ocasión del trabajo que afectaron al trabajador y por los cuales se determinó un grado de incapacidad

que debe ser reparado, dentro de los parámetros de la acción sistémica.

- 3. — La determinación de la incapacidad al momento de alta médica o con posterioridad a la misma, no hace existir a la incapacidad, sino que simplemente la declara, por lo que el daño es siempre preexistente a ésta y consecuentemente el resarcimiento de pérdidas e intereses corresponde desde el momento en que se produjo ese daño.

CNTrab., sala V, 05/02/2021. - Voboril, Germán Ariel c. Galeno ART SA y otros s/ accidente ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/157/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

¿Un simple error administrativo o desconocimiento de la legislación?: sobre los intereses en los reclamos de la LRT

Alejandro Gabet (*)

La ley 24.557. en su art. 31, apart. 2º, inc. c) establece la obligación de los empleadores de denunciar a las Aseguradoras de Riesgos del trabajo (ART) y a la Superintendencia de Riesgos

del trabajo (SRT) los accidentes y enfermedades profesionales que se produzcan en sus establecimientos.

Respecto a los trabajadores les cabe la misma responsabilidad de denuncia por el apart. 3, inc. e), de la citada norma legal. Lo que asegura el derecho del trabajador ante la posible omisión del empleador.

También es necesario que consideremos en esta causa, que el art. 43, apart. 1 de la LRT nos

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

indica que el derecho a percibir las prestaciones de la ley comienza a partir de la denuncia de los hechos causantes de daños derivados del trabajo.

Resulta interesante en la sentencia en comentario el argumento presentado por la ART Galeno codemandada respecto a la aplicación de intereses desde el momento en que se determinó la incapacidad en la pericia médica o desde la notificación de la sentencia.

Los argumentos señalados no pueden ser considerados según la alzada, dado lo señalado

en el art. 2° de la ley 26.773 ya que este nos indica que los intereses corren desde la fecha en que ocurrió el infortunio.

Ahora bien, atento a lo informado por la SRT de la existencia de los dos accidentes, da como resultado que el agravio señalado por la code-mandada Galeno se vea decididamente contrariado.

Atento a lo mencionado en el párrafo precedente, es que compartimos lo resuelto por la alzada por ajustarse plenamente a derecho.

COMISIONES MÉDICAS

Determinación de la incapacidad laboral. Validez del procedimiento.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

El recurso debe ser rechazado. El recurrente se limitó a decir que la existencia de una instancia administrativa en nada puede modificar el derecho que le asiste de acceder a los órganos jurisdiccionales pertinentes para lograr el amparo de sus derechos, sin indicar siquiera someramente cuáles serían los fundamentos jurídicos que conducirían a rebatir el fallo de grado, teniendo en consideración que el trabajador se sometió al nuevo diseño previsto por los arts. 2 y 14 de la ley 27.348 por lo que debía

especificar cuál habría sido la forma correcta de analizar el informe médico, qué aspectos se habrían dejado de lado y cuáles deberían haberse mencionado para arribar a una solución del conflicto distinta.

CNTrab., sala V, 28/12/2020. - Ceballos, Marcos Diego c. Experta ART SA s/ recurso ley 27.348.

[Cita on line: AR/JUR/70179/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

La importancia de la expresión de agravios frente a las directivas de la ley 27.348

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

La palabra recurso es utilizada en nuestro derecho positivo para designar el acto procesal por el cual una parte, que se considera afectada por una resolución judicial, pide su reforma o, en su

caso, su anulación, sea ésta total o parcial, por intermedio del mismo juez o por un tribunal jerárquicamente superior.

El vocablo traduce la idea, en forma literal, de regreso al punto de partida (1) es decir correr de nuevo el camino que se ha hecho, pero esta literalidad no se ajusta a la realidad de la figura pues, por lo general, el recurso supone la revisión de solo ciertos aspectos del proceso previo, esto es de aquellos que causan agravio a la parte recurrente ya que, como afirma la doctrina (2), por regla general sin interés no procede el recurso.

(1) COUTURE, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Depalma, 1997, p. 340.

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General del Proceso", Universidad, 3ª ed., p. 507.

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo" dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de "Régimen Previsional Argentino", Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de "Digesto Práctico sobre Previsión Social", Editorial La Ley. Coautora de "Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas", dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

La necesidad de agravio o perjuicio deriva del principio general según el cual sin interés no hay acción con derecho recordando que el gravamen puede tener origen en la apreciación defectuosa de los hechos en la sentencia y, también, en la aplicación del derecho. De lo expuesto surgen ciertos principios básicos (3): a) quien ha triunfado no puede apelar pues carece de interés; b) no se puede apelar de los considerandos o motivos de la sentencia sino de la parte dispositiva; c) no hay apelación de agravios futuros; d) no es procedente la apelación condicional ya que el perjuicio debe ser actual; e) el cumplimiento voluntario o espontáneo de la manda judicial hace desaparecer el interés del recurso y f) en caso de pretensiones subordinadas o excluyentes el progreso de la demanda principal impide la apelación.

Desde el punto de vista práctico, los recursos son remedios procesales destinados a combatir la posibilidad de error humano y a preservar el principio de seguridad jurídica, pues las sentencias judiciales deben guardar razonable correspondencia con las soluciones jurídicas que nuestro derecho impone en beneficio de los particulares. Se han establecido para garantizar un doble interés: el de las partes y el general o público vinculado a la necesidad social de que la justicia se administre con el máximo de posibilidades de acierto en los fallos; un buen sistema de recursos constituye una de las garantías más firmes de la administración de justicia.

En el caso bajo análisis (4) la Sala V de la Cámara Laboral actuó como ente revisor de una decisión de la magistrada anterior en grado, ante la que se había impugnado la resolución dictada por el Servicios de Homologación de la Comisión Médica n° 10 persiguiendo la designación de un perito médico oficial para que se pronuncie sobre la magnitud de la incapacidad laborativa padecida al resultar adversa la suerte de la pretensión en sede administrativa.

Pero el interesado no encontró eco tribunalicio, ni en primera, ni en segunda instancia.

(3) FENOCHIETTO, Carlos E., y ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1987, t. I, ps. 765/6.

(4) CNTr., Sala V, sent. del 28/12/20, "Ceballos, Marcos Diego c/ Experta ART SA s/ re. ley 27348".

En efecto, la vocal del primer voto Dra. Beatriz Ferdman, señala que la ley 27.348 habilita al trabajador a un recurso pleno ante la justicia ordinaria del fuero laboral para lograr la revisión de las resoluciones administrativas adversas pero, también, le impone expresar agravios, es decir efectuar una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida expresando argumentos tendientes a descalificar los fundamentos en lo que se sustenta la solución adoptada en el decisorio, invocando aquella prueba cuya valoración se considerada desacertada o poniendo de manifiesto la incorrecta interpretación del derecho aplicable a la controversia debiéndose demostrar, punto por punto, la existencia de errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el juzgador y la indicación precisa de las pruebas y de las formas jurídicas que el recurrente estime le asisten.

La resolución de la Cámara Laboral guarda coherencia con los lineamientos del acta 2669/18 (5) que reglamentó el procedimiento

(5) Procedimiento concerniente a las causas derivadas de los recursos previstos en los arts. 1° y 2° de la ley 27.348: 1°) Hacer saber a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que en ocasión de notificar los dictámenes de las comisiones medicas sobre los reclamos fundados en la ley 27.348 se deberá indicar a las partes interesadas que: a) les asiste al derecho a recurrir el acto por ante el Juzgado Nacional de Primera instancia del Trabajo o por ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, según corresponda; b) los recursos deberán presentarse en la Comisión Médica respectiva dentro del plazo de 15 días hábiles administrativos, con patrocinio letrado; c) el apelante deberá constituir domicilio en el ámbito de la Capital federal y domicilio electrónico; 2°) Las diligencias mencionadas en el punto anterior deberán practicarse por ante la comisión médica que corresponda y ser sustentadas en dicha sede administrativa con el agregado de las constancias de las notificaciones cursadas a la parte. Una vez cumplidas, se remitirá la causa debidamente foliada en orden cronológico a la Secretaría General de la Cámara Nacional para que efectúe el sorteo de juzgado o sala, según corresponda, 3°) Se imparte a la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo la orden de que las actuaciones elevadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que no cumplan con los requisitos establecidos previamente, deberán devolverse al organismo de origen a efectos de que, una vez cumplidos con carácter urgente, vuelvan a elevarse: 4°) Competencia de los Jueces de Primera Instancia: a) una vez recibidas las actuaciones en la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se efectuará el sorteo del juzgado que va a intervenir;

to concerniente a los recursos previstos en los arts. 1º y 2º de la ley 27.348 ya que se exige, tanto para acceder a la instancia revisora de los Jueces de Primera Instancia como, eventualmente, ante la Cámara Laboral, presentar un memorial de agravios que contenga una crítica concreta y razonada de la resolución administrativa que el apelante considera equivocada. Se ha señalado (6), en tal sentido que, la expresión de

b) el juez determinara si el recurso y su réplica han sido presentados en tiempo y forma, no obstante la concesión en sede administrativa; c) en el recurso se podrán peticionar las medidas de prueba denegadas o defectuosamente producidas; ello sin perjuicio de las medidas para mejor proveer que se pudieran adoptar; d) el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de la resolución administrativa que el apelante considera equivocada. 5º) Competencia de la Cámara: a) las actuaciones remitidas por la Comisión Médica Central serán recibidas por la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que procederá al sorteo de la sala que va a intervenir; b) en el recurso se podrán peticionar las medidas de prueba denegadas o defectuosamente producidas; ello sin perjuicio de las medidas para mejor proveer que se pudieran adoptar; c) el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de la resolución administrativa que el apelante considera equivocada. 6º) Las decisiones que adopten los jueces de primera instancia en el marco de los recursos contra las resoluciones de las comisiones médicas jurisdiccionales son susceptibles de revisión por la Cámara en los términos del art. 105 inc. a) de la ley 18.345.

(6) PIROLO, Miguel A. (dir), "Derecho del Trabajo Comentado", La Ley, 2017, t. IV, p 660.

agravios debe consistir en la crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia, en la que se demuestre punto por punto la existencia de errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el juzgador, con la indicación de las pruebas y de las normas jurídicas que el recurrente estime que le asisten y ello por cuanto disentir con la interpretación judicial, sin fundamentar la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios

La expresión de agravios, recuerda la doctrina (7), es un acto de petición destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal, por lo cual se impone al interesado claridad expositiva que traduzca una crítica concreta y razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia para lo cual no basta remitirse a presentaciones anteriores que, por regla, es el error más común que cometen los letrados pues, en realidad y por lo general, se enfrentan a un tema médico ajeno al campo de su conocimiento, lo que no impide que, a tenor de lo resuelto, los juzgados del trabajo hayan impuesto, como condición para revisión de la actuación administrativa, un memorial de agravios adecuado al uso y a la práctica forense.

(7) FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Astrea, 186 t. I, ps. 834/6.

PRESCRIPCIÓN

Accidente de trabajo. Cómputo del plazo a partir de que el trabajador tenga certeza del daño. Intereses. Aplicación retroactiva de los intereses dispuestos en el Acta 2601/14.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — Toda vez que lo que la ley especial indemniza no son enfermedades o lesiones sino incapacidades definitivas, lo decisivo -en casos como el presente- “es que el trabajador tenga ‘certeza del daño’ y la razonable posibilidad de su conocimiento, a los fines de establecer el plazo de prescripción, de allí que la respuesta de la aseguradora no luce —por cierto— acertada, puesto que no arrojó ninguna certeza ante una pregunta concreta del trabajador: cuál era la incapacidad que padecía y la franca interpelación del trabajador y su lacónica contestación

son las que resultan decisivas para ponderar el decurso del plazo para iniciar la acción.

2. — Si bien es criterio que los intereses previstos en el acta 2601/14 deben aplicarse a partir de su dictado y no retroactivamente, en el caso, el trabajador se encuentra privado de las mejoras introducidas por la ley 26773; de modo tal que de seguir aquel temperamento, se agravarían las consecuencias patrimoniales ya desventajosas, lo cual impediría considerar que la indemnización final resulte objetivamente “justa” si se aplican los intereses previstos en el acta 2601/14 sólo desde la fecha en que fue dictada.

CNTrab., sala I, 02/12/2020. - Espindola, Ricardo c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/62054/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

Cómputo del plazo de la prescripción en un reclamo fundado en la LRT

Emiliano A. Gabet (*)

La prescripción liberatoria es el medio por el cual se pierde, ante la inacción por parte del titular de un derecho luego de transcurrido el lapso indicado en la ley para el caso concreto, el derecho de iniciar un reclamo.

El punto de inicio para comenzar a computar el plazo de prescripción en el ámbito de los reclamos por accidentes y/o enfermedades profesionales no siempre es de fácil dilucidación.

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de Derecho Laboral y Seguridad social, Derecho Procesal Civil y Comercial y del Taller de Litigación Civil y Comercial (Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

Máxime —como en el caso en comentario— el cuadro va evolucionando con el transcurso del tiempo.

Ahora bien, surge de la lectura del decisorio que la excepción de prescripción por parte de la aseguradora se limitó a mencionar una fecha en la que habría sido la primera manifestación invalidante cuando, de las propias constancias del expediente, quedó acreditado que esta había otorgado el alta en varias ocasiones posteriores a la fecha indicada destacando que la incapacidad era “... a determinar...”.

A su vez, los efectos que tiene una interpelación o el inicio de un trámite en sede adminis-

trativa o judicial son cuestiones que repercuten en el análisis del caso.

Es por ello, que cabe destacar el caso en comentario en cuanto realiza un detallado análisis de los hechos que fueron acaeciendo a fin de resolver la improcedencia de la excepción de prescripción planteada.

Puede resultar chocante a primera vista ver que un caso en el que el accidente de trabajo se produjo en el año 2007 se concluya que la acción prescribía en el año 2015 pero, ni bien se adentra en el análisis, muchos factores que no son comunes a todos los casos justifican dicha conclusión.

SUSPENSIÓN DE PAGO DEL HABER PREVISIONAL

Acto de la ANSeS sin notificación ni fundamento. Vía de hecho. Procedencia de la medida cautelar. Procedencia de la vía del amparo para cuestionar el acto.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — Dada interrupción del pago de los haberes jubilatorios del amparista por parte de la ANSES, de manera unilateral e injustificada, esto constituye prima facie un acto lesivo a los derechos previsionales garantizados por la Constitución Nacional, generadora de una arbitrariedad grosera, por lo que de ninguna manera puede tener convalidación judicial; por ende, esta vía de amparo es la única idónea con que cuenta la actora para obtener la tutela adecuada de su derecho vulnerado, que reclama e invoca y con la urgencia que la naturaleza de lo pedido exige.
2. — La ANSeS, cautelarmente, debe restablecer el pago del beneficio jubilatorio del que la accionante es titular hasta tanto se dicte sentencia definitiva, pues la Administración habría actuado de manera arbitraria y sin fundamento alguno al suspender el pago del

beneficio, determinando tal accionar una vía de hecho compatible con lo dispuesto en el art. 9° de la ley 19.549, extremo que deberá acreditarse en la etapa pertinente. La ANSeS, cautelarmente, debe restablecer el pago del beneficio jubilatorio del que la accionante es titular hasta tanto se dicte sentencia definitiva, pues existe peligro en la demora, ya que el perjuicio es inminente y responde a una necesidad efectiva y actual (la actora tiene 66 años, padece graves afecciones de salud y el beneficio suspendido era su único sustento económico). Denegar la medida cautelar le ocasionaría un perjuicio que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior.

CFed. Mar del Plata, 18/01/2021. - Evangelista, Mirta Noemi c. ANSES s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/25/2021]



COSTAS

Sin costas de Alzada teniendo en cuenta la inexistencia de contraparte en el proceso.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

El amparo y la medida cautelar: figuras tendientes a lograr una mayor eficacia jurisdiccional

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

Entre los medios técnicos destinados a lograr eficacia jurisdiccional figuran el amparo y las medidas cautelares.

La primera figura nace a mediados del siglo pasado, resulta creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los célebres casos “Siri” (27/12/57, Fallos 239:459) y “Kot” (05/10/58, Fallos 241:291), plasmada en un nuevo ordenamiento aún vigente —ley 16.986 de 1966— potenciada con la reforma constitucional de 1.994 (art. 43) y resulta una institución, *prima facie*, operativa cuando existe un acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere, o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad, manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional (1). De ahí que se lo considere, por regla, un remedio

legal de carácter excepcional (2) y de operatividad restringida ya que, según señala la doctrina (3), cumple un papel supletorio, residual o subsidiario.

Las medidas cautelares, por el contrario, son medidas procesales que tienen, en principio, parecen tener su origen en prácticas forenses de los romanos (4) y tienden a garantizar la eficacia de la actividad jurisdiccional, es por ello que son dictadas “inaudita parte” y su carácter es provisional.

Por regla, resultan admisibles cuando se acredita la “verosimilitud del derecho” y existe, paralelamente, peligro en la demora y pueden justificar la existencia de un proceso autónomo o, en su caso, ser objeto de reclamo previo dentro del proceso ya iniciado, siendo siempre su fin instrumental (5).

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra “Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo” dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirollo, Editorial Astrea. Coautora de “Régimen Previsional Argentino”, Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de “Digesto Práctico sobre Previsión Social”, Editorial La Ley. Coautora de “Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas”, dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del “Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

(1) La acción de amparo es inadmisble cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere de una mayor amplitud de debate y prueba (CS, “Autotransportes Andesmar SA c/Expreso Uspallata SA”, 10/3/20, Fallos 343:161).

(2) GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, 2009, t. I, p. 611; CS, “Melano c/AFIP”, 10/6/08, Fallos 331:1403.

(3) SAGÜES, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, 2003, t. I, p. 303.

(4) Era tradicional que las partes ofreciesen cauciones o garantías para asegurar su comparecencia en el proceso (ver DEL VALLE ARAMBURU CÓRDOBA, Romina, “Historia e Instituciones del Derecho Romano”, Edulp, p. 514; en similar sentido FALCÓN, Enrique M., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubinzal — Culzoni, t. IV, p. 12).

(5) Las medidas cautelares tienden a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través de un proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva (CS, “Bunge Argentina SA c/Prov. del Chaco”, 06/06/2017, Fallos 340:757).

En el caso que nos ocupa (6) se da una situación singular por cuanto la interesada —beneficiada por una jubilación por invalidez— dedujo acción de amparo tendiente a lograr la rehabilitación del beneficio que había sido dejado sin efecto sin resolución fundada y/o notificación previa y, paralelamente, planteó una medida cautelar novativa, esto es la rehabilitación inmediata y pago de su haber mensual hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el proceso amparista y obtuvo, ante el citado organismo judicial, respuesta favorable a pesar del rechazo del magistrado de primer grado.

La decisión adoptada con respecto a la pretensión cautelar es objetable por varias razones: 1. la solicitud novatoria se confunde con el reclamo amparista el que, *prima facie*, debe tramitarse con especial celeridad y podría responder, con prontitud a la pretensión de la actora, lo que, por regla, constituye un factor impeditivo de cautela (7); 2. aún dentro de las cautelares la medida novativa se considera excepcional que debe ser adoptada con suma prudencia (8); 3. en nuestro derecho positivo el retiro por invalidez ha sido reglamentada como una prestación transitoria que el beneficiario puede ver suspendido si no se somete al oportuno proceso de rehabilitación y control médico efectivo (arts. 48, 49 y 50 de la ley 24.241); 4. jugaría en beneficio de la entidad demandada la presunción de legitimidad que impone el art. 12 de la ley 19.549 (9); y 5. el art. 15 de la ley 24.241 faculta a la ANSES

a suspender, revocar, modificar o sustituir, por razones de ilegitimidad, en sede administrativa y por resolución fundada, las resoluciones otorgantes del beneficio que estuvieren afectadas de nulidad absoluta que resultaren de hechos o actos fehacientemente probados.

En rigor de verdad el pronunciamiento judicial reacciona contra lo que se denuncia como vías de hecho del Estado y que, en el caso, se considera causa generadora de una arbitrariedad grosera ya que no habría mediado resolución fundada ni notificación oportuna de la decisión administrativa adoptada por el ente de control.

Cabe recordar en tal sentido que el art. 9º de la ley 19.549 establece que la Administración se abstendrá: a) de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantías constitucionales y b) de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiendo sido resuelto, no hubiere sido notificado y esto es lo que explica, desde el punto de vista estrictamente jurídico, resoluciones como las dictadas por la Cámara Federal de Mar del Plata.

Desde el punto de vista político, el tema es más complejo. La doctrina (10) señala que la actividad de la administración precisa generar confianza en el administrado para que éste pueda prever razonablemente el grado de previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar, en consecuencia, las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas. En la época actual, el ciudadano promedio siente, por regla, desconfianza hacia el Estado y sus organismos autárquicos, estimando que no lo protegen y que responden insuficientemente a sus expectativas vitales. Dicha situación se potencia con la entrada en pasividad, que en verdad y ante el colapso del sistema previsional, lamentablemente significa, para una gran parte de la población pasiva, la entrada en la indigencia.

(6) Cámara Federal de Apelaciones de Mar Del Plata, sent. del 18/1/02, "Evangelista, Mirta Noemí c/ ANSeS s/ amparo".

(7) CS, "Barrera Echavarría c/Lotería Nacional Sociedad del Estado, 29/08/2017, LA LEY 2017-E-181, Fallos 340:1136, "Laurenzo c/Unión Platense Argentina SRL", 04/06/2020.

(8) La innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado, lo que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en lo que hace a su admisión (FALCÓN, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Laboral", Rubinzal -Culzoni t. I, p. 527; CS, "Pérez Cuesta SACI c/Estado Nacional", 25/06/1996, "Bulacio c/Banco Nación", 24/08/1993).

(9) La presunción supone que todo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 2002, t. II, p. 20).

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo, La Ley, 2015, p. 53.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Accidente *in itinere*. Responsabilidad de la ART. Aplicación del art. 18 de la LRT.

Los derechohabientes del trabajador presentados en la causa deben acceder a la indemnización establecida en el art. 15.2, ap. 2, y la prevista en el artículo 11.4, LRT, ya que se acreditó que el causante se dirigía al establecimiento laboral en tanto su horario habitual y por ello la responsabilidad de la ART codemandada ante la procedencia de la acción especial por el fallecimiento del actor se encuadra dentro de las previsiones del art. 18, LRT.

CNTrab., sala V, 09/03/2021. - P., E. B. y otros c. Galeno ART SA s/ accidente ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/1548/2021]

Expte. N° CNT 48.299/2016/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 09 de 2021.

La doctora *Ferdman* dijo:

I. Contra la sentencia de grado cuya copia obra a fs. 146/152 y que rechazó la demanda apela la parte actora, en los términos del memorial que obra en presentación digital de fecha 05/08/2020 por la valoración de las pruebas arimadas a la causa y por el nexo causal del accidente *in itinere* denunciado, en tanto sostiene que el causante nunca modificó el trayecto que debía realizar desde su domicilio hasta su trabajo, sin merecer réplica de la contraria.

Para así decidir, la magistrada que me precedió entendió que la parte actora no había logrado acreditar los hechos denunciados y agregó que, si bien el accidente se encontraba ampliamente probado con las constancias de la causa, la inexistencia de denuncia ante la ART y el desconocimiento de las condiciones particulares de la relación laboral, como jornada y los domicilios laboral y particular del actor, impedía acceder a la acción entablada. Además, consideró que “el recorrido habitual del causante desde el domicilio denunciado en la demanda hacia su lugar de trabajo había sido alterado porque el domicilio particular denunciado —calle ..., El Pato, Berazategui— difería del domicilio registrado en el título de la motocicleta del actor inscripto aproximadamente un mes y medio antes del accidente fatídico, ubicado en la calle ..., de El Pato, Berazategui.

Esta decisión provocó el agravio de la parte actora que en sus argumentos recursivos expresó, no sólo

la queja respecto a la supuesta falta de denuncia, en tanto la concubina al enterarse de la fatal noticia informó al empleador de lo ocurrido, delegando en él la responsabilidad de efectivizar la notificación a la ART, sino que además destacó que ninguna norma del sistema jurídico prevé que ante el incumplimiento del empleador o del accidentado a realizar la denuncia, ello exima de responsabilidad a la ART.

Seguidamente se agravó por los cuestionamientos realizados por la Sra. Jueza de la anterior instancia respecto al domicilio real del actor, primero porque el domicilio registral no resulta relevante para acreditar el domicilio real, segundo porque el mismo surge del domicilio convivencial —obran en la causa mediante acta de defunción, causa penal y actuaciones de concubinato— y tercero porque el aludido domicilio registral se encuentra a cinco cuadras del domicilio real, por lo que no existe desviación alguna del trayecto habitual hacia su trabajo —20 km por la autovía en sentido cardinal Sur-Norte para llegar a la empresa Rigolleau SA donde laboraba—. Habiéndose desarrollado el accidente en dicha autovía, sostuvo el apelante que resultó arbitraria la decisión de grado en cuanto indicó que los hechos sucedieron fuera de lo que sería el recorrido habitual hacia su domicilio laboral. Por ello, explicó los distintos escenarios por donde el causante debía transitar para llegar a su puesto de trabajo, en los cuales todas las posibilidades de trayecto requerían la utilización de la autovía donde, en definitiva, ocurrió el accidente que terminó con su vida. En apoyo de su postura, acompaña un croquis de una página web a los fines ilustrativos.

II. Delimitados así los agravios, en primer término, debo decir que de la lectura de las actuaciones se desprende que se presentaron en esta causa los derechohabientes del Sr. C. —E. B. P. concubina y en representación de su hija menor M. M. C.— a los fines de lograr una reparación sistémica por el accidente *in itinere* que provocó la muerte del mismo. En este contexto, se indicó que el causante ingresó a trabajar para Estrategia Laboral SA el 25/11/2015 quien lo derivó a prestar servicios como operario a la usuaria Rigolleau SA, —según surge de los recibos de sueldo de fs. 7 y 8— de lunes a lunes de 6.00 a 14.00 horas y percibiendo una remuneración mensual de \$19.000. Que, con fecha 24/03/2016, siendo las 5.40 horas aproximadamente, en la autovía Buenos Aires —Mar del Plata, sentido cardinal Sur— Norte Km 35, sufrió una colisión mientras circulaba con su motocicleta camino a su domicilio laboral, que terminó con su vida.

Así, cabe memorar que no se encuentra controvertido que a fs. 34/35 se presentó Y. F. B. en representación de su hijo menor de edad C. B. J. S. con fecha de nacimiento 27/08/2012 y que a fs. 89/104 el Juzgado de Paz Letrado de Berazategui, informó sumariamente

te que, conforme la declaración de dos testigos, la actora P. E. B. convivió con B. D. C. durante más de tres años hasta ocurrida su defunción el 24/03/2016. Por otro lado, de la causa labrada en sede penal por el homicidio culposo del causante surge el domicilio real de la calle ... de El Pato, Berazategui. Tampoco resulta controvertido, la inexistencia de denuncia al tiempo de la ocurrencia del evento dañoso por los sujetos y con los alcances previstos por las normas de los arts. 31 LRT y 1 del dec. 717/1996.

Es decir que, en este contexto, a la parte actora le incumbía demostrar como paso previo a cualquier otra consideración la ocurrencia de un acontecimiento súbito y violento que desencadenara en la muerte del Sr. C. el 24/03/2016.

Contrariamente a lo sostenido en la anterior instancia, entiendo que estos extremos han sido debidamente acreditados.

Liminarmente, la queja vertida por el apelante respecto a la inferencia realizada en origen en relación con una supuesta discrepancia entre el domicilio real y el domicilio registral de la motocicleta tendrá favorable acogida. Digo esto, por cuanto el domicilio real del causante se encuentra debidamente acreditado en autos conforme las distintas actuaciones llevadas a cabo en sede judicial, además de aclarar que dicha circunstancia fue introducida por la sentenciante de la anterior instancia sin que fuera un planteo efectuado por la demandada en su escrito de conteste. Ello, violenta el principio de congruencia que debe primar en cualquier proceso jurisdiccional.

No debe olvidarse que el juzgador no puede apartarse de los términos en que quedó trabada la litis, porque allí quedan fijados en forma definitiva los términos de la controversia, los que no pueden ser alterados. En síntesis no resulta viable expedirse sobre un supuesto que no fue, en el caso, introducido como defensa por la parte demandada ni fue objeto de reclamo (cfr. arts. 34 inc. 4 y 364 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por otro lado, cabe recordar que si bien el art. 6.1 LRT considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho y en ocasión del trabajo o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo “siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo”, lo concreto es que la exclusión de la cobertura operará siempre que esa interrupción o alteración haya sido relevante para la producción del accidente, a lo que cabe agregar que el art. 4 inc. d) del Decreto 491/1997 al considerar las excepciones a la exclusión, requiere que el accidente “se hubiera producido en el trayecto directo

e inmediato entre el trabajo y el domicilio del trabajador, el lugar de estudio, el otro empleo o donde se encuentre el familiar (ver al respecto Ley de Riesgos del Trabajo, Mario E. Ackerman, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, abril 2017, p. 295). Por lo que, teniendo en cuenta que el accidente ocurrió en la única vía habilitada para el trayecto a su domicilio laboral —autovía Buenos Aires - Mar del Plata—, corresponde encuadrar el accidente sufrido por el trabajador dentro del concepto tipificado por el art. 6.1 de la ley 24.557 sin que obste a tal conclusión que el domicilio registral del motovehículo al diferir del domicilio real, fuera causa suficiente para inferir que existió alteración en el trayecto habitual para asistir a su trabajo, o que suponga una ruptura de la relación causal y habilite la exclusión de la cobertura.

En este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso en la causa “Recurso de hecho Basí, Lidia J. c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ demanda”, del 08/09/2015, que “...el hecho ocurrió en el recorrido o trayecto normal y habitual entre el domicilio de la accionante y su lugar de trabajo sin que existiese un notorio desvío con un objetivo totalmente ajeno a la prestación de tareas. En tales condiciones, el rigorismo extremo utilizado para discernir la aplicación de las reglas atinentes al instituto jurídico en cuestión —accidente in itinere— no se compadece con el principio reparador que inspira el sistema de riesgos del trabajo...” (CSJ 766/2008 (44-B/CS1).

Allanado dicho cuestionamiento, corresponde ahora analizar los restantes planteos recursivos, partiendo desde esta premisa, ya que no resulta controvertido en autos la acreditación de la ocurrencia del accidente sufrido ante la profusa prueba documental acompañada en la causa. Sin embargo, lo que corresponde analizar es si este accidente aconteció dentro de las circunstancias particulares que envolvieron a la relación laboral.

En este contexto, contrariamente a lo sostenido por la magistrada de grado, considero que le asiste razón al apelante. Si bien la ART demandada negó conocer la jornada de trabajo del actor y su horario de ingreso —por ser ajena a la relación laboral—, lo cierto es la propia ART reconoció el contrato de afiliación y las constancias documentales acompañadas a fs. 7/8 (recibos de sueldo) acreditan la categoría laboral y la prestación de servicios para RGL desde el 25/11/2015.

Por lo demás, cabe destacar en este aspecto que, de la causa penal precedentemente mencionada, surge que el accidente ocurrió un día jueves 24/03/2016 a las 05:30 aproximadamente, por lo que cabe concluir que el causante se dirigía al establecimiento laboral en tanto su horario habitual de ingreso era a las 6 de

la mañana, demostrándose así la posibilidad de causación del daño por efecto del suceso súbito y violento acaecido que determina una probabilidad superior respecto de causas externas y ajenas a dicho accidente.

Cabe destacar que el accidente “in itinere” contiene un elemento diferencial claro, en tanto no ocurre en el marco efectivo de la prestación laborativa ni estando el trabajador a disposición del empleador laborando con cosas de éste o sujeto a su poder de dirección, sino que en el suceso intervienen factores extraños a la conducta y deberes del principal. No es entonces, un supuesto de derecho de daños, sino un clarísimo supuesto de resarcimiento por efecto de la seguridad social que cubre una contingencia a la que la ley reputa suficiente como para activar el mecanismo previsto por la ley sistémica.

En este contexto, la responsabilidad de la ART demandada ante la procedencia de la acción especial por el fallecimiento del actor se encuadra dentro de las previsiones del art. 18 LRT, a poco que se aprecie que el día del evento dañoso el causante se dirigía a su lugar de trabajo —sin que exista en la causa elementos que contraríen dicha postura—, conformándose así el nexo de causalidad requerido por la norma del art. 6 LRT.

En definitiva, considero acreditado que, como consecuencia del accidente fatídico ocurrido, los derechohabientes del trabajador presentados en la causa, deben acceder a la indemnización establecida en el art. 15.2 ap.2 y la prevista en el artículo 11.4 LRT.

III. En consecuencia, de acuerdo a las consideraciones realizadas, de prosperar mi voto, los derechohabientes del causante en forma concurrente (cfr. art. 18 LRT y art. 53 de la ley 24.241) resultan acreedores del monto indemnizatorio que emergen de las operaciones aritméticas indicadas precedentemente, tomando como parámetro de cálculo el IBM determinado por la pericia contable a fs. 110/112 y 126/127 de \$18.614,67, lo cual totaliza un importe de \$3.835.123 ($\$18.614,67 * 53 * 65/20 + \628.746 —art. 11.4.c—), que es superior al mínimo garantizado por la ley —Res. SSS 1/2016—, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 17.1 de la ley 26.773. Por tal motivo, corresponde reconocer a la Sra. E. B. P. —concubina— el 50% del monto de condena y el restante 50% dividido en partes iguales para cada uno de los hijos menores del Sr. C., M. M. C. y J. S. C. B.

Con relación al incremento con sustento en lo normado por el art. 3 de la ley citada, reclamado por la parte actora en su escrito inicial, debo decir que conforme dicha norma, el accidente “in itinere” ha sido excluido del incremento allí dispuesto, en tanto que el

hecho no ocurre “en el lugar de trabajo” ni mientras el dependiente se encuentra “a disposición del empleador”. No se trata entonces de un accidente ocurrido en el lugar de trabajo con motivo y en ocasión de las tareas realizadas y como consecuencia de un daño producido con las cosas de éste, o que el evento dañoso hubiese ocurrido en tal marco.

Bajo tales premisas, la exclusión dispuesta por el art. 3 no resulta irrazonable como decisión legislativa, en especial si se tiene en cuenta que la responsabilidad por accidentes en el trayecto es un supuesto de responsabilidad objetiva en el que ya no es posible identificar alguna intervención del obligado o de alguien por quien deba responder en el entramado causal de modo de evitar, prevenir o disminuir el daño y en el que no existen otros “daños no reparados por las fórmulas” de los que sea, de modo directo o indirecto, responsable una aseguradora de riesgos del trabajo, pues las consecuencias de dicha categoría de accidente solamente son resarcibles en el marco de las normas específicas transaccionales y no constituyan un supuesto de responsabilidad en el ámbito del derecho civil.

De todos modos, tales cuestiones han sido objeto de tratamiento y decisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Espósito Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial” del 7 de junio de 2016 donde estableció que entre las modificaciones introducidas por la ley 26.773 el art. 3 dispuso que, “(...) cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente in itinere, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional —en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas (...)” (considerando N° 5). Asimismo con relación a la aplicación de los montos resarcitorios, la Corte dijo que “(...) la simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5º de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8 y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: 1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara “actualizados” a esta última fecha; y 2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice (...)” agregando que “En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los “importes” a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1694/2009 exclusivamente (...)” (considerando N° 8). Corresponde señalar por otra parte que la doctrina del caso “Espósito” fue adoptada en pronunciamientos posteriores dictados por nuestro más Alto

Tribunal donde se debatían cuestiones como la aquí resueltas en orden a la aplicación de la ley 26.773 a los efectos de fijar los montos resarcitorios por incapacidades laborales, remitiéndose en numerosos pronunciamientos a lo allí decidido (ver entre muchos otros “Aguirre, Antonio A. c. Liberty ART SA s/ accidente ley especial”; CNT 7824/2012/1/RH1; “Alarcón, Stella Maris c. Swiss Medical SA y otro s/ accidente” CNT 24049/2013/RH1 sentencias del 12 de julio de 2016).

La suma de condena devengará intereses a partir de la fecha del infortunio, esto es 24/03/2016, conforme lo dispuesto por el art. 2 de la ley 26.773, en tanto la determinación de la incapacidad al momento del alta médica o con posterioridad a la misma, no hace existir la incapacidad sino que simplemente la declara, por lo que el daño es siempre preexistente a ésta y en consecuencia el reconocimiento de pérdidas e intereses corresponde desde el momento en que se produjo el daño, fecha en que por otra parte, se calcula la prestación (cfr. art. 1748 del Cód. Civ. y Com. de la Nación antes art. 1083 Cód. Civil de Vélez). Cabe aclarar en este punto, que el régimen de plazos y de intereses contenido en las Resoluciones 104/1998 y 414/1999 de la SRT se aplican dentro del régimen administrativo propio y específico de la ley 24.557 pero no proyectan sus efectos a los supuestos de prestaciones económicas tramitadas en sede judicial.

En cuanto a la tasa de interés aplicable, corresponden los indicados por las actas CNAT N° 2601, 2630 y 2658, considerando que el interés es el resultado de la mora y al existir la misma, los intereses deben calcularse a una tasa que no resulte ajena a las posibilidades de endeudamiento del acreedor que debe proveer a un crédito de carácter alimentario.

Cabe recordar que la salida del régimen de convertibilidad y la indefectible desvalorización de los créditos de los trabajadores, llevaron a adoptar una tasa de interés diferenciada sujeta a factores variables, como la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos que, como se analizó en el acuerdo de Cámara del 07/05/2002 (acta N° 2357) se encuentra dirigida a compensar el eventual envilecimiento de la moneda, teniendo en cuenta el doble carácter resarcitorio y moratorio de los intereses.

Posteriormente, ante la nueva realidad imperante y con el mismo fin, la mayoría de este Tribunal resolvió que la tasa de interés utilizada conforme Acta 2601 —21/05/2014— era la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino para el plazo de 49 a 60 meses que utiliza el Banco Nación, desde que cada importe se haya hecho exigible hasta su efectivo pago, y, cuando dicha tasa dejó de publicarse, el criterio se mantuvo en el Acta N° 2630 del 27/04/2016.

Es cierto que la tasa, que como referencia adoptó la CNAT por mayoría en el Acta 2601/2014, no es obligatoria ni emana de un Acuerdo Plenario pero comparto el criterio de los jueces que formaron aquella mayoría de que resultaba la más equitativa para compensar al acreedor de los efectos de la privación del capital por demora del deudor, para resarcir los daños derivados de la mora, así como para mantener en lo posible el valor de la indemnización frente al deterioro del signo monetario por la grave inflación que aqueja a la economía del país desde el año 2008.

Tales consideraciones resultan aplicables, también a la tasa que la CNAT fijó a través del Acta N° 2630/2016 que mantuvo el criterio de la dispuesta en el Acta N° 2601/2014 desde el cese de su publicación, aplicándose a partir del 01/12/2017 y hasta el efectivo pago la tasa de interés dispuesta por el Acta N° 2658 del 08/11/2017.

En consecuencia, desde que el crédito se hizo exigible (24/03/2016) se liquidará el interés que corresponda al período, de acuerdo con el detalle que antecede y con los cálculos que en el futuro difunda la Prosecretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para los períodos sucesivos, hasta el momento de su efectivo pago, mediante depósito judicial en autos, dentro del plazo de cinco días de producida la liquidación del art. 132 de la LO. Se deja constancia que la tasa mencionada se fija, en los términos de los arts. 767 y 768 Cód. Civ. y Comercial hasta tanto el Banco Central dicte las reglamentaciones y fije las tasas respectivas.

IV. La solución propuesta implica adecuar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y proceder a su determinación en forma originaria, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos y agravios planteado en tal sentido. Atento el resultado del litigio corresponde imponer las costas a la demandada vencida en ambas instancias en lo principal (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Asimismo, y conforme parámetros de la ley 27.423 —arts. 20 y 21— corresponde determinar los honorarios de origen que deben ser regulados en las siguientes sumas respecto del monto de condena con sus accesorios teniendo en cuenta la actuación en el doble carácter de abogado y procurador de los letrados de parte, la calidad y extensión de los trabajos, el éxito obtenido y las escala arancelaria antes referidas: Para la representación y patrocinio letrado de la parte actora en la suma de \$... (equivalente a ... UMAS), para la representación y patrocinio letrado de la parte demandada en la suma de \$... (equivalente a ... UMAS) y para el perito contador en la suma de \$... (equivalente a ... UMAS).

Los honorarios de alzada se establecen en el 30% de lo que les fuera regulado a los Sres. letrados en origen (artículo 30 de la ley 27.423).

La doctora *Carambia* dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto de la Sra. Jueza de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1. Revocar la sentencia de origen y hacer lugar a la acción incoada por la Sra. E. B. P. —concubina— y los hijos menores de edad M. M. C. y J. S. C. B. contra Galeno ART SA por la cual ésta última deberá abonar dentro del plazo de cinco días de notificada la presente, la suma de pesos tres millones ochocientos treinta y cinco mil ciento veintitrés (\$3.835.123) conforme considerandos del primer voto, con más los intereses aquí dispuestos desde la fecha del accidente sufrido y hasta su efectivo pago según tasas CNAT 2601, 2630 y 2658. 2. Costas en ambas instancias a la demandada vencida en lo principal. 3. Regular los honorarios de los letrados interviniente por su intervención en origen y en la alzada conforme considerandos del primer voto. 4. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 y punto 4 de la Acordada CSJN 15/2013 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la Dra. María Dora González no vota en virtud de lo dispuesto por el art. 125 LO. — *Beatriz E. Ferdman.* — *Graciela L. Carambia.*

COMPETENCIA

Procedimiento antes las Comisiones Médicas. Inaplicabilidad de la ley 27.348 a accidentes ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia. Cumplimiento con la instancia administrativa ante el Seclo.

1. — Resulta imposible encauzar el reclamo por accidente de trabajo en el nuevo diseño de acceso a la jurisdicción previsto por la ley 27.348, toda vez que al momento en que ocurrió el infortunio dicha ley todavía no se había dictado, ni la reglamentación emanada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo N° 298, que resulta esencial para la aplicación de este sistema, ya que regula el procedimiento mismo e incluso la vía recursiva judicial de revisión.
2. — En tanto que el trabajador cumplió con la instancia administrativa ante el Seclo, requisito previo exigido por la ley 24.635, ello da cuenta de la conclusión del trámite administrativo ha-

bido entre las partes y en el cual se consideró expedita la vía judicial, circunstancia por la cual resulta inadmisibles obligarlo, en el marco de un reclamo por daños a la salud adquirido con anterioridad a la ley 27.348, a transitar una doble tramitación de una instancia previa.

CNTrab., sala VIII, 30/12/2020. - Chena Martínez, Gabriel Antonio c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/75094/2020]

Expte. N° 19.169/2018

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 30 de 2020.

Considerando:

El recurso deducido por la parte actora a fs. 113/132, contra el pronunciamiento recaído en la instancia anterior mediante el cual el Señor Juez “*a quo*” resolvió declararse incompetente para entender en las presentes actuaciones (ver fs. 106/112).

Resulta oportuno memorar que, para dilucidar cuestiones de competencia, es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos de la demanda —art. 4 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 67 de la ley 18.345— y, en la medida que se adecue a ellos, al derecho invocado como fundamento de la pretensión. (Fallos: 305:1453; 306:1053 y 308:2230; 302:46; 324:4495).

En materia de compensación de daños y perjuicios por accidentes y enfermedades del trabajo, la ley aplicable es la vigente al momento en que el derecho nace, es decir, cuando se configura el presupuesto fáctico de operatividad del sistema de responsabilidad invocado.

En el caso de autos y luego de una atenta lectura del escrito de inicio, surge que el actor inicia la presente acción a causa de un accidente que invoca como ocurrido el 04 de mayo de 2016 (ver fs. 6 vta.).

Cabe recordar que, al tratar la cuestión relativa a la aplicabilidad de la ley 26.773 a un accidente ocurrido con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció claramente que los beneficios previstos en la ley citada solo resultan aplicables “a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal” (Cfr. CSJN 07/06/2016 *in re* “Espósito, Darío L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial”). Este criterio resulta aplicable al caso de autos, pero con relación a la ley 27.348.

En este sentido, las mencionadas circunstancias cronológicas revelan la imposibilidad de encauzar el reclamo en el nuevo diseño de acceso a la jurisdicción, porque al momento del accidente invocado (04/06/2016), todavía no se había dictado, la Ley 27.348, publicada el 24/02/2017, la cual entró en vigencia a partir del 05/03/2017, ni la reglamentación emanada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo N° 298, que se emitió el 23/02/2017, la que resulta esencial para la aplicación de este sistema, ya que regula el procedimiento mismo e incluso la vía recursiva judicial de revisión (ver en igual sentido los autos “Fariña Paniagua, Teresa G. c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial” Expediente N° 44.118/2017, en el que esta Sala ha propiciado declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo).

Por otra parte, adviértase que, en ese entonces, no se habían habilitado las Comisiones Médicas jurisdiccionales, en los términos del art. 38 de la Resolución 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, y no podría imponerse al actor un diseño de acceso a la jurisdicción, con una competencia que presupone la vigencia de las referidas comisiones (ver, en igual sentido, dictamen N° 71.920 del 09/05/2017, en autos: “Verón, José A. c. Omint ART SA s/ accidente - ley especial”, Expte. N° CNT 18.961/2017, del registro de la Sala IV)."

Además, el actor cumplió con la instancia administrativa ante el Seclo, requisito previo exigido por la Ley 24.635, que da cuenta de la conclusión del trámite administrativo habido entre las partes y en el cual se consideró expedita la vía judicial, circunstancia por la cual resulta inadmisibles obligarlo, en el marco de un reclamo por daños a la salud adquirido con anterioridad a la ley 27.348, a transitar una doble tramitación de una instancia previa (ver fs. 3).

En este sentido no se ve desplazado el artículo 24 de la LO, al menos en el conflicto que nos reúne, y ante el domicilio de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo denunciado en esta Ciudad, corresponde revocar la resolución apelada y dar curso a la demanda.

En consecuencia se torna inoficioso tratar el planteo sobre la inconstitucionalidad de la Ley 27.348.

Asimismo cabe imponer las costas de la incidencia en el orden causado atento a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68 2° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 37 LO).

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la resolución apelada, declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en las presentes actuaciones y dar curso a la demanda; 2) Imponer las costas de la incidencia en el orden causado.

Regístrese, notifíquese a las partes y al Representante del Ministerio Público, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° de la Acordada de la CSJN 15/13 del 21/05/2013 y, oportunamente, devuélvanse. — *Luis A. Catardo. — María D. González.*

RIPTE

Aplicación. Interpretación del art. 8° de la ley 26.773. Accidente *in itinere*. Constitucionalidad del art. 3° de la ley 26.773.

1. — Para interpretar lo dispuesto por el art. 8° de la ley 26.773 resulta razonable considerar que el RIPTE debe aplicarse únicamente sobre la base del piso fijado por el dec. 1694/09 actualizado a la época del infortunio conforme la actualización efectuada por la resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 34/2013 —y sucesivas 3/2014; 22/2014 y 6/2015— dictada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y ello es así en la medida en que se tome en consideración lo dispuesto por el art. 17, inc. 6° de la ley 26.773 —norma que complementa al aludido art. 8° del mismo cuerpo legal—.
2. — El planteo de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 26.773 en cuanto excluye de un beneficio adicional a los accidentes producidos *in itinere*, debe ser desestimado toda vez que la norma no configura un trato discriminatorio hacia el trabajador que ha sufrido un accidente *in itinere* dado que el así denominado y el accidente de trabajo propiamente dicho presentan características diferenciadas y, consecuentemente, pueden recibir también un tratamiento distinto.

CNTrab., sala X, 09/03/2021. - Sánchez, Gladys Esther c. Omint ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/1546/2021]



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara constitucional el art. 3 de la ley 26.773.

Expte. N° 66.540/2016/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 09 de 2021.

El doctor *Corach* dijo:

I. Vienen estos autos a la alzada con motivo de los recursos que contra el pronunciamiento de grado interponen la actora (23/10/2020) y la demandada

(30/10/2020) mediante escritos digitales que se encuentran incorporados al sistema de gestión lex 100 y fueron replicados por sus contrarias.

II. El señor juez de grado, luego de considerar acreditado en autos el accidente in itinere que la actora denunció en el inicio haber padecido el 6 de mayo de 2016 (cuando regresaba a su domicilio luego de cumplir su jornada laboral mientras estaba bajando del colectivo de la línea 17 cae al pavimento y golpea con la cabeza en el suelo) admitió parcialmente la demanda y condenó a la accionada a abonarle a Sánchez la suma de \$114.117 de acuerdo con las pautas emergentes de la LRT.

Razones metodológicas me llevan a examinar en primeros términos los segmentos de los memoriales recursivos que critican el grado de incapacidad considerado por el sentenciante *a quo* para fijar el monto de condena.

III. Critica la accionada el fallo de grado en tanto, con apoyo en la pericia médica producida en autos, concluyó en que el actor padece una incapacidad del 12,10% de la t.o. por limitación funcional a la movilidad en la columna cervical. Aduce que la perito no ha dado argumentos médico legales respecto del nexo de causalidad de la secuela hallada con el accidente relatado, es decir que no hay ninguna evidencia objetiva que permita vincular la limitación funcional en columna cervical que describe, con lo ocurrido en mayo de 2016. Insiste en que la patología es degenerativa y que el fallo no brinda argumentos científicos que lleven a concluir en sentido contrario.

En primer término, cabe recordar que el art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca. Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que la apreciación de estos informes (reitero: de conformidad con las reglas de la sana crítica) es facultad de los jueces, que tienen respecto de este tipo de prueba las mismas atribuciones que para el análisis de las restantes medidas probatorias, pudiendo hacerlo con la latitud que le adjudica la ley (CNAT, Sala II, 30/04/1979, JA, 1980-I-370, entre otros, cit. En “Ley de organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo”, de A. Allocati, T. 2, p. 276 y ss.).

Asimismo es atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de cada caso concreto, la determinación de la existencia y alcance de la incapacidad laborativa del trabajador y su vinculación

laboral (conf. esta Sala X en su anterior integración, *in re*: “Rodríguez de Puoyte, Alicia c. ENTEL s/ accidente - ley 9688” SD N° 262 del 18/09/1996, entre muchas otras). En efecto, la relación causal o concausal entre el accidente o enfermedad laboral y la incapacidad, escapa a la órbita médico legal y es facultad del juez su determinación, ya que las apreciaciones del perito médico se basan en un razonamiento lógico-científico que necesariamente debe ser confrontado con los restantes elementos de juicio rendidos.

Sentado ello adelanto que, en el caso, coincido con la valoración efectuada por el “sub júdice”, puesto que se desprende de lo manifestado por la perito médico en su informe y en las aclaraciones de fs. 148/149 que una de las causas más frecuentes de la cervicobraquialgia es el síndrome de latigazo cervical lesión frecuentemente asociada a accidentes de tránsito, caídas, zambullidas bruscas, etc. afirmando que en este caso el dolor y limitación pueden volverse crónicos. Así, en las presentes actuaciones donde no fue demostrado —mediante la presentación y/o exhibición de un examen preocupacional, en los términos del art. 6°, inciso 3°, apartado b) de la ley 24.557— la preexistencia a la iniciación de la prestación laboral de la dolencia física referida, cabe inferir como lo hiciera el sentenciante de primera instancia, que la incapacidad que padece Sanchez por tal afección fue provocada por el accidente in itinere que sufriera.

Por lo expuesto, dado que en el memorial en análisis no se brindan elementos objetivos que me llevan a apartarme de la conclusión efectuada por el señor juez “*a quo*”, considero acertado confirmar el porcentaje de incapacidad física determinado en grado el cual, a diferencia de lo que se aduce en el recurso de la accionante (quien también critica en este punto el decisorio de grado) se corresponde con lo informado por la experta en cuanto a que la incapacidad física de Sánchez ascendería a 11% de la t.o. más factores de ponderación (ver a fs. 123 Punto d) del informe Cervicalgia 11% p. 339 Baremo Ley 24.557).

En suma, por las consideraciones que anteceden, sugiero desestimar los cuestionamientos efectuado por ambas partes referidos al porcentaje de incapacidad física que padece Sanchez.

IV. Critica la demandante el fallo de grado en tanto desestimó el reclamo por incapacidad psíquica pese a lo determinado por la perito médico legista designada en autos.

Para fundar su apelación sostiene que no existen elementos en la causa para apartarse del asesoramiento pericial pues entiende que el informe tiene plena eficacia probatoria porque se sustenta en los estudios realizados y acompañados en la causa y de-

muestra en definitiva que Riquelme presenta una incapacidad permanente del 10% de la t.o. por padecer una reacción vivencial anormal neurótica grado II.

Adelanto que en este punto cabe mantener lo decidido en la etapa anterior.

En lo que hace al apartamiento de las conclusiones de la médica legista como ya señalé en el punto anterior el art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada y apreciada por los jueces que tienen respecto de este tipo de prueba las mismas atribuciones que para el análisis de las restantes medidas probatorias.

En el caso de autos el señor juez de grado analizó el referido informe y por las razones que explicó consideró no demostrado en autos que Sánchez padezca una incapacidad psicológica definitiva como consecuencia del accidente de autos. Así expuso que “En cuanto al aspecto psíquico, cabe resaltar que el perito recomendó sesiones de terapia individual por el término de un año lo cual revela que la eventual afección psíquica reviste carácter transitorio o temporario, precisamente por existir la posibilidad de que sean tratadas, sin que del informe ni de las constancias obrantes en la causa se desprenda la existencia de una incapacidad de carácter permanente configurativa de un daño irreversible o permanente susceptible de ser compensado a través de una reparación de índole económica. En definitiva no se ha probado la existencia de un daño permanente con vinculación directa con el infortunio sufrido por el actor, lo cual obsta decididamente a la procedencia de la indemnización pretendida con relación al problema psíquico.”

Tales fundamentos del magistrado no han sido objeto de una crítica concreta y razonada por parte del recurrente (conf. art. 116 LO) que se limita, en el punto, a disentir con lo decidido manifestando que contradice el informe médico sin hacerse cargo de las argumentaciones referidas a la inexistencia de una incapacidad de carácter permanente.

Por otra parte, aún de ubicarse en la mejor hipótesis para la accionante (esto es estimar que la demandante padece de una secuela incapacitante de orden psíquico de carácter permanente) lo cierto es que como ya también señalara la causalidad y la concausalidad que interesan a las leyes de accidentes de trabajo son conceptos pertenecientes a la órbita de la ciencia jurídica y no de la médica, aún cuando se requiera del conocimiento científico-técnico de la medicina por el cual se convoca a los galenos como auxiliares de la justicia, siendo atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de cada caso

concreto, la determinación de la existencia y el alcance de dicho nexo.

Sentado ello, cabe tener en cuenta las circunstancias del siniestro del caso como así también que para determinar el carácter indemnizable de las dolencias psicológicas no basta con tal comprobación por parte del experto sino la necesidad de aportar elementos de juicio que evidencien el nexo causal con el evento dañoso (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En el *sub lite*, no se advierte en esta causa la existencia de prueba válida que permita considerar demostrado que la aludida afección psíquica se hubiera originado con motivo del evento dañoso de autos (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así lo sostengo por cuanto las circunstancias en las que se produjo el accidente del caso ni la naturaleza y grado de la incapacidad física permiten por sí solas concluir que la demandante sea portador de secuela incapacitante psíquica con causalidad adecuada en el marco de la ley 24.557 (cfr. ya citados arts. 386 y 477).

Por las razones expuestas, sugiero mantener también en este punto el fallo de grado.

V. En lo que hace a la falta de la condena de las sumas para tratamiento psicológico más allá de lo precedentemente señalado la crítica esbozada resulta inatendible porque tal pretensión excede el marco jurídico sobre el cual se resolvió la contienda, pues enmarcada la cuestión bajo la óptica de la Ley 24.557, el rubro pretendido no se encuentra comprendido dentro de las prestaciones a cuya dispensa se encuentra obligada la ART, quien frente a una contingencia como la ocurrida en autos debe otorgar prestaciones en especie (conf. art. 20 LRT) y, en su caso, ante la existencia de una merma física y/o psíquica de carácter definitivo y permanente, abonar las prestaciones dinerarias en la forma y bajo la modalidad prevista en el capítulo IV de la normativa citada (arts. 11 a 19 LRT).

De conformidad con lo expuesto, sugiero desestimar también este segmento de la queja.

VI. Agravia a la accionante que el señor juez *a quo* no haya aplicado los mecanismos de actualización dispuestos en el Decreto reglamentario 472/2014 de la Ley 26.773 al establecer la no aplicación del RIPTE. Afirma que que el Decreto 472/2014, reglamentario de la ley 26.773, modifica de manera inconstitucional el modo en el cual debe aplicarse el índice de variación RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), parámetro, dice, fundamental para determinar la indemnización a percibir por parte del trabajador. Manifiesta que su petición de

inconstitucionalidad se basa en que el artículo citado vulnera los principios constitucionales básicos contemplados en los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 75 inc. 23 y 75 inc. 22 y art. 99 inc. 3 de nuestra Carta Magna, toda vez que de manera arbitraria, irrazonable y contraria a la ley que reglamenta, pulveriza el incremento indemnizatorio fijado por la ley 26.773.

Sobre el punto ya ha sostenido esta Sala en casos similares al presente que para interpretar lo dispuesto por el art. 8° de la ley 26.773 resulta razonable considerar que el RIPTE debe aplicarse únicamente sobre la base del piso fijado por el decreto 1694/2009 actualizado a la época del infortunio conforme la actualización efectuada por la resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 34/2013 (y sucesivas 3/2014; 22/2014 y 6/2015) dictada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Y ello es así en la medida en que se tome en consideración lo dispuesto por el art. 17 inc. 6° de la ley 26.773 —norma que complementa al aludido art. 8° del mismo cuerpo legal— lo cual es coincidente con lo decidido por esta Sala en ciertos precedentes (“De León, Maximiliano A. c. Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente - ley especial”, SD del 19/03/2015 y “Correa Correa, Marcelo L. c. Mapfre Argentina ART SA s/ accidente - Ley Especial”, SD del 18/05/2015 entre muchos otros).

Sobre el punto, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó dicho criterio de esta Sala al resolver en el recurso de hecho deducido en los autos caratulados “Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial” (de fecha 7 de junio de 2016). Dijo allí el máximo Tribunal que: “...del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara ‘actualizados’ a esta última fecha; y ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice...” y que “...la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los ‘importes’ a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicarán a las contingencias futuras”, lo cual no deja margen alguno para otra interpretación.

Por lo expuesto, cabe desatender este segmento de los agravios.

VII. La actora planteó también la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 26.773 en cuanto excluye de su

pago a los accidentes in itinere la que fue desestimada en el fallo de grado.

Insiste en esta etapa en tal planteo pero adelanto que, a mi juicio, no puede sino mantenerse lo decidido en este tema en la etapa anterior.

El artículo citado establece: “cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al 20 % de esa suma”.

La norma citada precedentemente incorpora dos situaciones, cuando el daño se produzca: a) en el lugar de trabajo o b) mientras el trabajador esté a disposición del empleador lo que supone a mi juicio la clara decisión del legislador de excluir de este beneficio a quienes sufran un “accidente in itinere”. Digo esto último pues no comparto la postura que sostiene que el accidente de trabajo in itinere constituye un supuesto en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador.

Así, conforme lo establece el art. 197 LCT se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador (en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio) mientras que de acuerdo con el art. 1 inc. d) del dec. Regl. 16.115/1933 el tiempo de viaje, aquél que el dependiente emplea en el trayecto al trabajo, no forma parte de la jornada (y —agrego— no está sujeto a remuneración alguna). Es decir, estimo que durante el lapso en el que el trabajador se traslada desde su domicilio hasta el lugar de prestación de servicios, el empleador no tiene la posibilidad de organizar, dirigir ni controlar la actividad de aquél por lo que no puede válidamente concluirse en que el dependiente se encuentra a su disposición.

Sentado ello, en cuanto al pedido de inconstitucionalidad planteado por la demandante tampoco encuentro que la norma configure un trato discriminatorio hacia el trabajador que ha sufrido un accidente in itinere dado que el así denominado y el accidente de trabajo propiamente dicho presentan características diferenciadas y, consecuentemente, pueden recibir también un tratamiento distinto.

Al respecto, cabe señalar que la responsabilidad del empleador ante el accidente in itinere se vincula más con una cuestión de seguridad social (en algunas sociedades está a cargo del Estado), que con una derivación del riesgo empresario por lo que nada impide que se brinde una cobertura mayor a aquellos

accidentes producidos directamente por la actividad laboral, o en oportunidad de cumplirse con la prestación de los servicios comprometidos, que a los sucedidos en el trayecto entre la casa del trabajador y el lugar de trabajo. Ello en virtud que la fuente de la obligación de reparar es diferente.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente sostuvo que debe dispensarse igualdad de trato a los iguales en igualdad de circunstancias (Fallos: 270:374; 271:320) y precisamente en el caso pese a tratarse en ambos supuestos de trabajadores en relación de dependencia las circunstancias son diferentes, conforme se ha explicado, lo que autoriza a un tratamiento razonablemente desigual.

Así, al trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo le queda expedita la vía de la acción civil para obtener una reparación integral de su empleador o de su aseguradora de riesgos del trabajo —para los supuestos en que ésta puede ser responsabilizada civilmente— mientras que el que ha sido víctima de un accidente in itinere no tiene tal posibilidad aunque cabe tener en cuenta que en estos casos el dañado tendrá la acción resarcitoria integral contra el tercero que lo causó, independientemente del beneficio sistémico.

Por ende, puede considerarse conveniente o no la disposición legal, pero dado que para declarar la inconstitucionalidad de una norma es menester la existencia de una contradicción seria entre una norma de orden superior y una norma de orden inferior y que a mi juicio la exclusión del accidente in itinere del adicional del art. 3 de la Ley 26.773 no vulnera el art. 16 de nuestra Constitución Nacional cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad interpuesto.

Asimismo considero menester memorar que en sentido concordante la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre la cuestión al resolver en el recurso de hecho deducido en los autos caratulados “Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial” (de fecha 7 de junio de 2016) y en el fallo del 27/09/2018 “in re” “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento”.

VIII. La aseguradora demandada critica la decisión de primera instancia de fijar como inicio del cómputo de los intereses que devengará el capital de condena la fecha del accidente en el entendimiento que debió considerar a ese fin la fecha de la sentencia o en última instancia la del alta médica y afirmando que nunca estuvo en mora.

Ahora bien, en atención a la ocurrencia del evento súbito el 6 de mayo de 2016 resulta aplicable a las presentes actuaciones lo dispuesto por el decreto 1694/2009 y las disposiciones de la ley 26.773. Por su parte, el concepto de mora está referido a la dilación o tardanza en cumplir la obligación, o sea el retardo o retraso en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Así, en el caso la demandada se encuentra en mora en el cumplimiento de la obligación a su cargo.

Sobre tal base, memorando que todo pronunciamiento judicial es declarativo y no constitutivo de derechos y conforme lo dispuesto por el art. 2º, tercer párrafo, de la citada ley 26.773 en cuanto establece que “El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso...”, no puedo más que proponer la confirmación de este segmento del fallo y —con ello— desestimar este tramo de los agravios.

IX. En lo que hace al modo en el que fueron impuestas las costas, no encuentro fundamento para apartarme de lo decidido en grado pues la accionada ha sido vencida en lo sustancial y si bien no ha sido admitida la acción en tanto demanda por una dolencia psíquica no puede pretenderse adoptar un criterio puramente aritmético para la fijación de costas, derivada sólo del cotejo entre el monto reclamado y el diferido a condena, toda vez que en lo sustancial (esto es en cuanto a los derechos en juego) ha triunfado la parte actora. Así, el litigante vencido es “aquel contra el cual se declare el derecho” o “se dicta la decisión judicial” (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial Comentado”, T. 1, p. 261), lo que conlleva a la solución propiciada

X. Estimo equitativos los honorarios asignados a los profesionales intervinientes que se compadecen con el mérito y extensión de las tareas cumplidas lo cual me lleva a impulsar su confirmación (art. 38 LO).

XI. En definitiva, y por las razones expuestas, de prosperar mi voto sugiero:

1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada por su orden atento la forma en la que se resuelven los respectivos recursos (art. 68 2º párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) a cuyo efecto regulan los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la actora y demandada en esta etapa en el 30 % de lo que le corresponda a la representación letrada de cada una de sus partes por las tareas efectuadas en la anterior instancia.

El doctor *Stortini* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo.

El doctor Leonardo J. Ambesi no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada por su orden atento la forma en la que se resuelven los respectivos recursos (art. 68 2° párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) a cuyo efecto reguláanse los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la actora y demandada en esta etapa en el 30 % de lo que le corresponda a la representación letrada de cada una de sus partes por las tareas efectuadas en la anterior instancia. Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach.* — *Daniel E. Stortini.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Accidente *in itinere*. Relación de causalidad. Incapacidad restante. Daño psíquico. Rechazo de indemnización adicional.

1. — En cuanto a la relación causal que interesa a la Ley de Riesgos del Trabajo es un concepto perteneciente a la órbita de la ciencia jurídica y no de la médica y, aun cuando se requiera el conocimiento científico- técnico de la medicina por el cual se convoca a los expertos como auxiliares de la justicia, es atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de cada caso concreto, la determinación de la existencia y el alcance de dicho nexo.
2. — Al tener en cuenta el tipo de lesiones de orden físico constatadas en el actor y su entidad invalidante —según se desprende de los precitados dictámenes médicos—, y la incidencia de los factores de ponderación —según la edad del trabajador y que presenta una dificultad para la realización de la tarea—, resulta aplicable al caso el denominado método de la incapacidad restante para efectuar el cómputo del déficit laborativo.
3. — La relación causal consiste en el enlace material o físico existente entre un hecho indicado como antecedente —los infortunios del caso—

y el hecho consecuente —el déficit laborativo pretendido—.

4. — No obran elementos de juicio válidos que posibiliten concluir que los accidentes *in itinere* hubiesen impactado en la esfera psíquica del trabajador, de modo de ocasionar una minusvalía psíquica en nexo de causalidad adecuado y resarcible en el marco de la acción incoada.
5. — No es procedente otorgar la indemnización adicional prevista en el art. 3° de la ley 26.773 para los accidentes *in itinere*, toda vez que se torna prudencial receptor el criterio de la Corte Suprema en “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento”.

CNTrab., sala X, 23/02/2021. - Quintana Quiroz, Piero Vladimir Darío c. Swiss Medical ART SA s/ Accidente - Ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/685/2021]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

En “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento”, 27/09/2018, Fallos: 341:1268, cita online: AR/JUR/47567/2018, excluyó a los accidentes *in itinere* de la indemnización adicional prevista por el art. 3 de la ley 26.773.



COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 59.202/2014/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, febrero 23 de 2021.

El doctor *Stortini* dijo:

1°) Vienen estos autos a la alzada con motivo del recurso que contra la sentencia de fs. 380/387 interpuso la demandada a fs. 388/398 vta., el cual fue replicado por el actor a fs. 400/403. A su vez, la perito médica (fs. 399) apela los emolumentos que le fueron asignados por estimarlos reducidos.

2°) Por una razón de método abordaré las pretensiones recursivas articuladas por la demandada en un orden distinto al propuesto en su memorial.

A fin de clarificar la cuestión suscitada, considero oportuno señalar de comienzo que arriba firme a esta etapa que con fecha 26/10/2013 el actor sufrió

un accidente del trabajo ‘in itinere’ en las circunstancias invocadas al demandar —estas son: al descender el trabajador del ferrocarril en el que se trasladaba, trastabilló con el segundo peldaño de la formación y cayó al suelo, apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda— (ver escrito de inicio a fs. 8 vta./9. apartado V y su contestación a fs. 37 vta./38 apartado 4° inciso “B”).

Tampoco es objeto de debate en esta alzada que el día 05/01/2016 el demandante sufrió un nuevo infortunio laboral (en este caso, al trastabillar el trabajador con un “pallet”, cayó al suelo apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda: ver escrito de demanda del expediente acumulado a las presentes actuaciones a fs. 149 apartado VI y su contestación a fs. 183 apartado 4° inciso “B” y fallo a fs. 382 vta.).

3°) En cambio, se agravia la demandada acerca del porcentual del déficit laborativo empleado para el cómputo indemnizatorio.

Sobre el punto, advierto que el perito médico designado en autos (Dr. Hugo Daniel Dabien) en base a los antecedentes de la causa, estudios complementarios efectuados y examen clínico practicado, hizo saber en su dictamen (fs. 106/110) que como consecuencia del infortunio de fecha 26/10/2013 el actor sufrió en su rodilla izquierda un síndrome meniscal, con rotura de ligamentos anteriores, intervenido quirúrgicamente y con signos objetivos (maniobras meniscales positivas, edema local, choque rotuliano positivo, hipotrofia muscular y limitación funcional en la movilidad de dicho miembro en la medida que surge debidamente explicitada). Sostuvo asimismo el experto, que dichas lesiones le ocasiona al demandante un déficit laborativo de orden físico del 15% y al cual corresponde adunar la incidencia de los factores de ponderación aplicables al caso (según la edad del actor a la época del infortunio y que presenta una dificultad moderada para la realización de la tarea).

Respecto al plano psíquico, el perito informó que el accionante padece un cuadro de reacción vivencial anormal neurótica con manifestación obsesiva grado II, que lo incapacita en un 10%.

En cuanto a las lesiones generadas a raíz del segundo infortunio, cabe tener en cuenta que según se desprende del peritaje médico efectuado por la Dra. Liliana Edit Olivieri (perito médica desinsaculada en el antes mencionado expediente acumulado a las presentes actuaciones), la experta, en base a los antecedentes del caso, estudios complementarios efectuados y examen clínico practicado, hizo saber en su dictamen de fs. 311/318 que el actor sufrió una nueva rotura del ligamento cruzado anterior de la rodilla izquierda, que requirió que fuese reintervenido qui-

rúrgicamente y que le genera al trabajador una limitación funcional de la movilidad de dicho miembro.

En lo atinente al déficit laborativo, la perito refirió que el demandante es portador de una minusvalía psicofísica del 18% en nexo de causalidad con la aludida contingencia.

A su vez, cabe considerar que al requerirse al antes mencionado perito médico Dr. Dabien, que se expidiese acerca de la minusvalía total del actor (ver providencia de fs. 345), el experto sostuvo que el accidente ocurrido el día 26/10/2013 le ocasionó al trabajador un déficit psicofísico global del 26,85%.

Respecto, del infortunio acontecido con fecha 05/01/2016, el perito médico, al tener en cuenta los antecedentes del caso y el tipo de lesiones detectadas y su entidad invalidante —según se desprende del precitado dictamen médico efectuado por la Dra. Olivieri— y al emplear el método de cómputo de la capacidad restante, refirió que la minusvalía psicofísica derivada del mismo es de 13,16% (fs. 346/347).

4°) Sentado lo anterior, es oportuno recordar que el art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En cuanto a la relación causal que interesa a la Ley de Riesgos del Trabajo es un concepto perteneciente a la órbita de la ciencia jurídica y no de la médica y, aun cuando se requiera el conocimiento científico-técnico de la medicina por el cual se convoca a los expertos como auxiliares de la justicia, es atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de cada caso concreto, la determinación de la existencia y el alcance de dicho nexo.

En tal contexto, al tener en cuenta el tipo de lesiones de orden físico constatadas en el actor y su entidad invalidante (según se desprende de los precitados dictámenes médicos en virtud de lo antes expuesto), la incidencia de los factores de ponderación (según la edad del trabajador y que presenta una dificultad para la realización de la tarea) y que resulta aplicable al caso el denominado método de la incapacidad restante para efectuar el cómputo del déficit laborativo (conforme las disposiciones de la tabla de evaluación de incapacidades laborales del decreto 659/1996 —de aplicación obligatoria en autos, según lo dispone el art. 9° de la ley 26.773—). Aprequito que

resulta prudencial, en este puntual y particular caso, establecer el porcentual del déficit laborativo de orden físico correspondiente al primer infortunio en un 17,5% y en el 7,5% con motivo del accidente acontecido en segundo lugar (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

5°) Distinta reflexión cabe efectuar en lo atinente al daño psíquico.

No soslayo que del peritaje médico se desprende el actor padece una minusvalía de orden psíquico.

Sin embargo, no advierto que se encuentre debidamente demostrada en la presente contienda la existencia de un nexo de causalidad adecuado con las contingencias de autos (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Nótese en ese sentido que la relación causal consiste en el enlace material o físico existente entre un hecho indicado como antecedente (los infortunios del caso) y el hecho consecuente (el déficit laborativo pretendido).

Por ende, el nexo causal conforma un recaudo imprescindible para atribuir responsabilidad y la consecuente obligación de resarcir.

En el marco precitado, cabe tener en cuenta las circunstancias fácticas que rodearon a las contingencias del caso (las cuales según el relato formulado por el actor se produjeron —lo reitero—, la primera de ellas al descender el trabajador del ferrocarril, trastabilló y cayó al suelo, apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda y la segunda, al trastabillar el demandante con un “pallet”, cayó al suelo y también en este caso apoyando el peso de su cuerpo sobre su pierna izquierda) y que no surge del peritaje médico una explicación detallada acerca del modo en el que las mismas habrían afectado la psiquis del actor. Por todo ello, aprecio que en este puntual y particular caso no obran elementos de juicio válidos (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) que posibiliten concluir que los sucesos de autos hubiesen impactado en la esfera psíquica del trabajador de modo de ocasionar una minusvalía psíquica en nexo de causalidad adecuado y resarcible en el marco de la acción incoada.

Por ende, propongo modificar en este aspecto el pronunciamiento de grado y excluir del cómputo indemnizatorio la incidencia del daño psíquico.

6°) En suma, de prosperar la solución propuesta, corresponde fijar el porcentual de la minusvalía laborativa resarcible correspondiente al primer infortunio

en el 17,5% y en el 7,5% con motivo del accidente acontecido en segundo lugar.

7°) Para concluir, considero menester memorar que los jueces no tienen obligación de expedirse sobre todas y cada una de las alegaciones vertidas por las partes, sino solo sobre las que resulten conducentes para la dilucidación del pleito. En este sentido, el máximo Tribunal ha señalado que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (Fallos: 272:225, 274:113, 276:132, 280:320). Desde dicha perspectiva, no encuentro eficaces las demás argumentaciones vertidas en el memorial recursivo para rebatir lo hasta aquí resuelto.

8°) En virtud de lo hasta aquí expuesto, sugiero desestimar el requerimiento de la demandada para que se fije audiencia con citación del perito médico (Dr. Dabien) a los fines que brinde explicaciones, puesto que ello es una facultad discrecional del Tribunal (art. 122 LO), la cual no resulta prudencial que sea ejercida cuando —como en el caso— el peritaje de autos no evidencia imprecisiones o dudas que puedan indicar la conveniencia de llevarlo a cabo.

9°) La solución propuesta, requiere que sea recalculado el monto de la condena.

Respecto del accidente acontecido el día 26/10/2013, al considerar el nuevo grado de la minusvalía resarcible antes establecido (este es: 17,5%), lo normado por el art. 14 inciso 2° apartado “a” de la ley 24.557 (y que las restantes variables de la fórmula allí contemplada se encuentran firmes) asciende a la suma de \$204.803,18 ($53 \times \$7.813,35 \times 17,5\% \times 65/23$). Dicha cifra supera el valor del piso mínimo según lo establecido por la resolución 34/2013 de la Secretaría de la Seguridad Social para la época que aquí se trata (\$476.649 $\times$ 17,5%).

10°) En cuanto al progreso de la indemnización adicional contemplada por el art. 3° de la ley 26.773 respecto de dicho infortunio —aspecto también objetado por la recurrente—, considero menester remarcar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en época reciente sobre la cuestión al resolver en el recurso de hecho deducido en los autos caratulados “Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento” (de fecha 27/09/2018). Dijo allí el máximo Tribunal que: “...con solo atenerse a la literalidad del precepto (art. 3° de la ley 26.773)... es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la noma ha sido la de circunscribir el beneficio a los infortunios laborales producidos u originados en el ámbito del establecimiento laboral y no a los accidentes in itinere”.

Dicho criterio ya había sido sostenido por la Corte en el caso Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial” (de fecha 7 de junio de 2016).

No olvido que antes de ahora he tenido oportunidad de expedirme en el debate acerca de si resultaba procedente —o no— la mencionada indemnización adicional en el supuesto de un accidente del trabajo “in itinere”, en el cual al pronunciar mi voto postulé la inclusión de tal contingencia en la normativa en cuestión (ver mi voto en autos: “Ruiz, Macelo A. c. Galeno ART SA s/ accidente - Ley Especial”, SD del 27/10/2015 de esta Sala).

En el citado precedente sostuve que el dispositivo legal bajo análisis alude a que el daño debe haber acontecido en el “lugar de trabajo” o fuera de este pero “mientras se encuentre (el trabajador) a disposición del empleador”, por lo que resultaba menester diferenciar la conceptualización de la jornada de trabajo de la relativa al “tiempo in itinere”. En otras palabras, una cosa es la no inclusión del tiempo de traslado en la jornada de trabajo remunerada y otra diferente es ese mismo tiempo “in itinere” durante el cual el trabajador no puede utilizar el tiempo en su provecho.

Desde la citada perspectiva de enfoque y con apoyo en la pauta consagrada en el art. 9°, segundo párrafo, de la LCT consideré que el accidente del trabajo “in itinere” sufrido en las condiciones que reglamentan su configuración (arts. 6.1 de la ley 24.557 y 4° del decreto reglamentario 491/1997) permite su inclusión en la normativa que regula el adicional indemnizatorio, en tanto que su ocurrencia se enmarca en una suerte de puesta a disposición del trabajador en favor del empleador.

Ahora bien. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resulta obligatoria para los tribunales inferiores, pero cabe convenir que desconocerla significaría un dispendio jurisdiccional. Por ello, con más los principios de economía procesal y de seguimiento a la doctrina del más Alto Tribunal, se torna prudencial receptar dicho criterio, por lo que en este específico caso y al tratarse de un accidente del trabajo “in itinere”, propicio dejar sin efecto la condena a abonar el adicional previsto en dicha norma respecto de dicho infortunio.

11°) En cuanto al accidente acontecido el día 05/01/2016, al considerar el nuevo grado de la minusvalía resarcible antes establecido (este es: 7,5%), lo normado por el antes citado art. 14 inciso 2° apartado “a” de la ley 24.557 (y que las restantes variables de la fórmula allí contemplada se encuentran fijas) asciende a la suma de \$166.770,82 (53 x \$16.136,51 x 7,5% x 65/25). Dicha cifra supera el valor del piso mínimo según lo establecido por la resolución 28/2015

de la Secretaría de la Seguridad Social para la época que aquí se trata (\$841.856 x 7,5%).

Asimismo, corresponde ajustar la cuantía de la indemnización adicional del art. 3° de la ley 26.773 que se establece en la suma de \$33.354,16 (\$166.770,82 x 20%).

12°) Se agravia a su vez la demandada, acerca de la aplicación en el caso del “coeficiente” de actualización del denominado RIPTE.

Sobre el punto, memoro que como ya he sostenido en casos similares al presente para interpretar lo dispuesto por el art. 8° de la ley 26.773, resulta razonable considerar que el RIPTE debe aplicarse únicamente sobre el piso fijado por el decreto 1694/2009 actualizado a la época del infortunio.

Y ello es así en la medida en que se tome en consideración lo dispuesto por el art. 17 inc. 6° de la ley 26.773 —norma que complementa al aludido art. 8° del mismo cuerpo legal—, lo cual es coincidente con lo decidido por esta Sala en ciertos precedentes (“De León, Maximiliano A. c. Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente - Ley Especial”, S. del 19/03/2015 y “Correa Correa, Marcelo L. c. Mapfre Argentina ART SA s/ accidente - Ley Especial”, SD del 18/05/2015 entre muchos otros).

Sobre la cuestión, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó dicho criterio de esta Sala al resolver en el recurso de hecho deducido en el antes citado precedente “Espósito”. Dijo allí el máximo Tribunal que: “...del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara ‘actualizados’ a esta última fecha; y ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice...” y que “...la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los ‘importes’ a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto del decreto 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicarán a las contingencias futuras”, lo cual no dejó margen alguno para otra interpretación.

Por todo ello, propicio dejar sin efecto en el caso la aplicación del “coeficiente” del RIPTE.

13°) La solución adoptada precedentemente torna inoficiosa la consideración del agravio en materia de intereses justamente porque la recurrente lo supedita

al supuesto de confirmarse la aplicación del mencionado “coeficiente” de actualización, lo que en virtud de lo expuesto no aconteció en el caso.

14°) En cuanto al inicio de su cómputo —aspecto también cuestionado por la demandada—, cabe tener en cuenta que la ley 26.773 —que resulta de aplicación al caso en virtud de las fechas en las que acontecieron los infortunios— expresamente dispone que “El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso...” (cfr. art. 2° tercer párrafo).

Por ende, corresponde desestimar este segmento del recurso y confirmar el pronunciamiento anterior, porque lo allí resulto se ajusta a lo dispuesto por la precitada norma.

15°) En definitiva de prosperar lo resuelto en el presente voto, el monto de la condena correspondiente al accidente acontecido el día 26/10/2013 se fija en suma de \$204.803,18 y el del infortunio de fecha 05/01/2016 en la de \$200.124,98 (\$166.770,82 + \$33.354,16).

Dichos importes llevarán los intereses desde la fecha de ocurrencia de cada uno de los infortunios (cfr. art. 2° de la ley 26.773) según la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (establecida mediante las actas CNAT N° 2600 y 2601 del 21/05/2014) y hasta el último día en que dicha tasa fue publicada y a partir de entonces la del 36% anual (cfr. acta de la CNAT 2630 del 27/04/2016). En cambio, a partir del 1/12/2017 hasta el efectivo pago se computará la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación (cfr. acta CNAT 2658 del 08/11/2017).

16°) En atención a la modificación de la condena propuesta, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios y adecuarlos al resultado del pleito, de conformidad con lo establecido por el art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

En relación con las costas de la anterior instancia, propicio mantenerlas a cargo de la demandada vencida en lo sustancial de la contienda (art. 68, primer párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En materia de costas no cabe atenerse a un mero criterio numérico, sino que es menester —como en el caso— apreciar las posturas asumidas en el pleito por cada litigante, aspecto este que evidencia que ha resultado objetivamente vencida la demandada.

Respecto de los emolumentos asignados a la representación y patrocinio letrado de las partes e incluso a los peritos médicos, se aprecian razonables en fun-

ción de la labor profesional cumplida por cada uno en la anterior etapa por lo que sugiero mantenerlos no obstante la aplicación del citado art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, solo que ahora se efectivizarán sobre los nuevos montos de la condena con más los intereses según lo resuelto en este voto (art. 38 LO).

17°) En cuanto al planteo de la demandada referido a que el total de los honorarios regulados en la instancia anterior supera el máximo legal dispuesto por la ley 24.432, corresponde diferir su tratamiento a la etapa de grado en la oportunidad prevista por el art. 132 LO.

18°) Postulo que las costas de la alzada se impondan en el orden causado dada la índole de la cuestión en debate y la forma de resolver (arts. 68, segundo párrafo y 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo expuesto voto por: 1) Modificar la sentencia de grado, dejar sin efecto el mecanismo de actualización allí dispuesto y fijar el monto de la condena correspondiente al accidente acontecido con fecha 26/10/2013 en la suma de \$204.803,18 (Pesos doscientos cuatro mil ochocientos tres con dieciocho centavos) y la del infortunio de fecha 05/01/2016 en la de \$200.124,98 (pesos doscientos mil ciento veinticuatro con noventa y ocho centavos), cifras a las se les aditarán los intereses del modo establecido en el considerando 15°) de este voto. 2) Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de recurso y agravios. 3) Imponer las costas de la alzada en el orden causado. 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes por su intervención en esta etapa en el 30% a cada uno de lo que les corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO).

El doctor *Ambesi* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

El doctor Gregorio Corach no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia de grado, dejar sin efecto el mecanismo de actualización allí dispuesto y fijar el monto de la condena correspondiente al accidente acontecido con fecha 26/10/2013 en la suma de \$204.803,18 (pesos doscientos cuatro mil ochocientos tres con dieciocho centavos) y la del infortunio de fecha 05/01/2016 en la de \$200.124,98 (pesos doscientos mil ciento veinticuatro con noventa y ocho centavos), cifras a las se les aditarán los intereses del modo establecido en el primer voto. 2) Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido

materia de recurso y agravios. 3) Imponer las costas de la alzada en el orden causado. 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes por su intervención en esta etapa en el 30% a cada uno de lo que les corresponde percibir por su

actuación en la instancia anterior (art. 38 LO). Cópiése, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Daniel E. Stortini. — Leonardo J. Ambesi.*

JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

COMISIONES MÉDICAS

Provincia de Buenos Aires. Adhesión a ley nacional. Vigencia.

La Provincia de Buenos Aires, a través de la sanción de la ley 14.997 (BO del 08/01/2018), adhirió al régimen complementario de la Ley de Riesgos del Trabajo establecido por la ley nacional 27.348 que dispone que, con carácter previo, obligatorio y excluyente a toda otra intervención, el trabajador debe agotar el trámite administrativo ante las Comisiones Médicas previsto por la ley 24.557.

SC Buenos Aires, 22/12/2020. - Juárez, Gabriela Viviana c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente de trabajo - acción especial.

[Cita on line: AR/JUR/80579/2020]

Causa L. 121.740

La Plata, diciembre 22 de 2020.

Antecedentes

El Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de San Martín, con asiento en dicha ciudad, declaró la inhabilidad de la instancia en las presentes actuaciones por no encontrarse cumplida la etapa administrativa establecida en el art. 1 de la ley 27.348 (v. fs. 48/49).

Se interpuso, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 50/60 vta.).

Ordenado y sustanciado el traslado a la parte actora con motivo de la sanción de la ley 15.057, dictada la providencia de autos, encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia y ante la insuficiencia del valor de lo cuestionado en esta instancia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada la doctora *Kogan* dijo:

I. En lo que interesa, el tribunal de trabajo interviniente declaró la inhabilidad de la instancia para entender en la presente causa iniciada por la señora Gabriela Viviana Juárez contra Provincia ART SA en reclamo del pago de las prestaciones dinerarias previstas en el régimen especial de reparación de infortunios laborales (leyes 24.557 y 26.773) con motivo de la incapacidad que alegó padecer como consecuencia de la enfermedad profesional contraída a causa de las

labores desempeñadas bajo su dependencia (v. demanda, fs. 11/45).

Para así resolver, sin haber conferido traslado de la demanda, señaló que la Provincia de Buenos Aires, a través de la sanción de la ley 14.997 (BO de 08/01/2018), adhirió al régimen complementario de la Ley de Riesgos del Trabajo establecido por la ley nacional 27.348 que dispone que, con carácter previo, obligatorio y excluyente a toda otra intervención, el trabajador debe agotar el trámite administrativo ante las Comisiones Médicas previsto por la ley 24.557.

En ese sentido, puso de resalto que dicho régimen, a través de la ya mencionada adhesión, se encontraba vigente en el ámbito local desde el día 17 de enero de 2018.

Por tales motivos, concluyó que era necesario que el accionante cumpliera con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 27.348, declaró la inhabilidad de la instancia y dispuso el archivo de las actuaciones (v. fs. 48/49).

II. Contra lo así resuelto, la parte actora deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia que el fallo impugnado es absurdo y arbitrario y, asimismo, transgrede los arts. 16, 17, 18 y 19 de la Constitución nacional; 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 6, 11 y 14 de la ley 24.557; 3 y 8 de la ley 26.773 y 63 de la ley 11.653 y el decreto 1694/2009 (v. fs. 50/60 vta.).

II.1. En sustancia, sostiene que la ley 14.997, en cuanto adhiere al régimen de la ley 27.348, es inconstitucional por violentar la autonomía provincial y vulnerar la garantía de acceso irrestricto a la justicia.

Al respecto, con apoyo en lo decidido en una causa tramitada ante otro tribunal de trabajo, afirma que la ley provincial delega en el poder nacional su facultad jurisdiccional y su competencia, vulnerando, de ese modo, los arts. 5, 75 inc. 12, 121 y 122 de la Constitución nacional. Aduce también que infringe el art. 15 de la Constitución provincial, pues al adherir al procedimiento administrativo previsto por la ley 27.348 no hace más que vedar a los trabajadores el acceso a la justicia, imponiéndoles un recorrido previo por ante las Comisiones Médicas que resulta a todas luces inconstitucional.

Añade que la exigencia establecida en la normativa nacional de efectuar un reclamo administrativo previo de carácter obligatorio y excluyente afecta gravemente los derechos constitucionales, vedándole al trabajador la posibilidad de concurrir a obtener un pronunciamiento a través de un proceso judicial suficiente que satisfaga sus intereses y garantice su derecho de defensa.

II.2. Por otro lado, postula que las disposiciones de la ley 27.348 no resultan aplicables al caso porque a la fecha del siniestro denunciado en la demanda (20 de octubre de 2017) la Provincia de Buenos Aires aún no había manifestado su adhesión —a través de la ley 14.997— al régimen establecido en aquella.

En tal sentido, sostiene —en lo esencial— que su aplicación al caso resulta violatoria del principio de irretroactividad de la ley, en tanto se sustenta en un precepto cuya sanción es posterior al hecho denunciado. Aduce así transgredido el art. 7 del Cód. Civ. y Comercial.

III. El recurso no prospera.

III.1. Por razones metodológicas, alterando el orden de los agravios formulados, abordaré, en primer lugar, la cuestión relativa al ámbito temporal de aplicación de la ley 14.997.

Sin dejar de destacar que en el caso el valor de lo cuestionado ante esta instancia extraordinaria no supera el monto mínimo para recurrir (art. 278, Cód. Proc. Civ. y Comercial —art. 1, ley 14.141, B.O. de 15/08/2010—), lo cierto es que el referido planteo debe rechazarse en atención a lo resuelto por esta Suprema Corte en casos sustancialmente análogos al presente (art. 31 bis, ley 5827 y modif.; causas L. 121.895, “Orellana”, sent. de 17/06/2020 y L. 121.755, “Ibarra”, sent. de 13/10/2020), donde se determinó que las nuevas reglas de orden procesal establecidas por la ley 14.997 resultan —*prima facie*— aplicables a toda acción judicial que se promueva en el ámbito de los Tribunales de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires a partir del octavo día de su publicación oficial (art. 5, Cód. Civ. y Com. de la Nación), es decir, desde el día 17 de enero de 2018 en adelante.

En consecuencia, debe permanecer incólume este aspecto del pronunciamiento del tribunal de grado.

III.2. De igual modo, despejada la cuestión en torno a la vigencia de la ley 14.997, el restante planteo encuentra adecuada respuesta en lo expresado por este Tribunal al decidir en las causas L. 121.939, “Marchetti” (sent. de 13/05/2020); L. 123.792, “Szakacs” y L. 124.309, “Delgadillo” (sents. de 28/05/2020) y L. 121.755 (cit.), en lo vinculado a la validez constitucional y aplicabilidad de las leyes 14.997 y 27.348 (arts. 1 a 4, en lo pertinente), a cuyas conclusiones y fundamentos corresponde remitir por razones de economía y sencillez (art. 31 bis, tercer párr., ley 5827 y modif.).

Con ello y demás argumentos expuestos en los precedentes mencionados, propicio desestimar —también en este tramo— el embate intentado.

IV. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, confirmar el pronunciamiento del tribunal de origen y, en consecuencia, su falta de aptitud jurisdiccional en este estado para entender en la presente causa.

Sin costas, atento la ausencia de contradicción (arts. 68 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Genoud*, *Torres* y *Pettigiani*, por los mismos fundamentos de la doctora *Kogan*, votaron en el mismo sentido.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído. Sin costas, atento la ausencia de contradicción (arts. 68 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 “c”, resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaría firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — *Sergio G. Torres*. — *Luis E. Genoud*. — *Hilda Kogan*. — *Eduardo J. Pettigiani*.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Comisiones médicas. Interpretación y aplicación de la ley.

La ley provincial 10532 —de adhesión a la ley nacional 27348, complementaria de la ley sobre riesgos del trabajo— se encuentra operativa desde el 27/11/2019, por lo que el tribunal estaba en condiciones de expedirse respecto del planteo formulado por el representante de la aseguradora de riesgos del trabajo. Congruente con lo expresado, la decisión del *ad quem* debe ser dejada sin efecto, y en consecuencia remitir el expediente a la cámara de Apelaciones, a efectos de que resuelva el planteo de incompetencia articulado por la demandada.

ST Entre Ríos, sala III trabajo, 21/12/2020. - Núñez, Leonardo Darío c. Asociart ART SA —enfermedad profesional— s/ recurso de inaplicabilidad de ley.

[Cita on line: AR/JUR/71037/2020]

Expte. N° 5958

Paraná, diciembre 21 de 2020.

¿Qué corresponde decidir con respecto al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte de-

mandada mediante presentación electrónica en fecha 06/10/2020?

A la cuestión propuesta el doctor *Carlomagno* dijo:

I. Que, el representante de la demandada deduce recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Concepción del Uruguay que confirma la del *a quo* —fs. 20/21—; el que es concedido el 08/10/2020.

II. Que el fallo de Cámara, en lo que aquí interesa, confirmó la decisión del *a quo*, esto es en cuanto dio inicio a la demanda incoada y se consideró competente para resolver el litigio inter-partes.

Para así decidir, observó que no consta la implementación de todas y cada una de las directivas impuestas por la Ley Provincial 10.532 para concluir que la misma se encuentra operativa, por lo que ponderó que la delegación de competencia que trae en su art. 1 aún no rige en nuestra provincia, y en consecuencia no podía ingresar a analizar la constitucionalidad de tal norma.

III. Que el quejoso, en su embate recursivo, luego de realizar una síntesis de autos, cuestiona que el pronunciamiento del tribunal formula una errónea aplicación de la ley al convalidar la competencia del juzgado de primera instancia.

El impugnante alega violación y errónea aplicación de las Leyes 27.348 y 10.532, del Decreto 3743 del Ministerio de Gobierno y Justicia, de los arts. 53 y 102 del CPL, de los arts. 160 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, de los arts. 17, 18 y 19 de la CN y del principio de congruencia.

Refiere que la Cámara no valora la operatividad de la ley de adhesión provincial —Ley 10.532— a la reforma a la LRT —Ley 27.348—, en virtud del acuerdo entre la Provincia de Entre Ríos y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo del 24/04/2019, como así tampoco el Decreto 3743 del MGJ del 27/11/2019, en el que se designaron dos representantes por la provincia como encargados de homologar los acuerdos que se alcancen en el marco de las comisiones médicas.

Analiza que las leyes involucradas —cuya constitucionalidad según alega se encontraría firme— resultan operativas por lo que no puede convalidarse la competencia de la justicia provincial al no estar agotado el procedimiento administrativo previo.

Finalmente, esgrime que el fallo atacado adolece de debida fundamentación al no advertir que se encuentran dados los requisitos a los que la Ley 10.532 supeditó su operatividad. Por ello, solicita que se case la sentencia y se declare la incompetencia del Juzga-

do del Trabajo N° 1 de la ciudad de Colón, al no encontrarse cumplido el procedimiento administrativo previo y obligatorio de la Ley de Riesgos del Trabajo.

IV. Que, corrida vista al Ministerio Público Fiscal acerca del planteo de competencia esgrimido, se expide en fecha 13/11/2020 la Dra. Laura G. Z. de Gambino.

V. Que, sintetizados así el veredicto puesto en crisis, y la argumentación desplegada por el impugnante en su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, cuadra dar debida respuesta a éste.

En tal cometido ha de recordarse que siendo el recurso de inaplicabilidad de ley uno de los recursos extraordinarios, el mismo se instauró con el fin de realizar el control de la legalidad del fallo de Cámara y no como una tercera instancia; excepcionalmente, y para los supuestos en que se denuncie y demuestre que aquél proviene de la absurda apreciación de las probanzas o infrinja alguna garantía constitucional, se habilita la casación para descalificar a las sentencias encuadradas dentro del concepto de arbitrarias, que ha ido acuñando pretorianamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que esta Sala recepta a partir de autos “Tenca, Eduardo G. c. Organización Coordinadora Argentina SRL —C. de Australes y entrega de certificado de trabajo— Recurso de inaplicabilidad de Ley”, LAS 08/08/1994.

Para ingresar a analizar la cuestión traída a conocimiento de esta Sala, cabe poner de resalto que la Provincia de Entre Ríos en oportunidad de adherir a la Ley 27.348, por Ley 10.532 (sancionada el 04/12/2017 y publicada en el Boletín Oficial el 02/02/2018) delegó —con sujeción a las condiciones establecidas en la misma— expresamente a la jurisdicción administrativa nacional las competencias necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 27.348 y en el apartado 1 del art. 46 de la Ley 24.557 y sus modificatorias (art. 1 de la Ley 10.532).

El texto de adhesión provincial —Ley 10.532—, determinó una serie de requisitos para lograr la operatividad de la norma, en concreto: encomendó al Poder Ejecutivo la celebración de “convenios de colaboración y coordinación con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de que las Comisiones Médicas jurisdiccionales instituidas por el artículo 51. de la Ley N° 24.241, sustituido por el artículo 50° de la Ley N° 24.557, actúen en el ámbito de la Provincia de Entre Ríos, como instancia pre-jurisdiccional” (art. 2); sostuvo que debe garantizarse “una adecuada cobertura geográfica tendiente a asegurar la accesibilidad a la prestación del servicio en el territorio de la Provincia de Entre Ríos” (art. 2); estableció que debe existir “un mecanismo de supervisión conjunto a cargo de la

Superintendencia de Riesgos del Trabajo y del Poder Ejecutivo de la Provincia” (art. 3) y dispuso que “[L]a homologación de los acuerdos establecidos por la Ley N° 27.348, estará a cargo de dos funcionarios titulares en forma conjunta, uno propuesto por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo de la Nación y otro por el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Entre Ríos o el organismo que en el futuro lo reemplace en sus funciones” (art. 4).

En efecto, por Resolución 26/2018 la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 13/12/2018) contempló la cantidad de dos comisiones médicas y una delegación para todo el territorio de la Provincia de Entre Ríos.

La mencionada resolución en su art. 3 define la competencia territorial de las Comisiones Médicas, teniendo la Comisión Médica N° 8 con asiento en la ciudad de Paraná competencia en los Departamentos de Paraná, Diamante, Nogoyá, Victoria, La Paz, Feliciano y Gualaguay; la Comisión Médica N° 34 con asiento en la ciudad de Concordia competencia en los Departamentos Concordia, Federación, Federal, Gualaguaychú e Islas del Ibicuy; y, la Comisión Médica N° 34 Delegación Concepción del Uruguay con asiento en la ciudad de Concepción del Uruguay competencia en los Departamentos Uruguay, Colón, Tala y Villaguay.

Asimismo, en su art. 4 aclara que las Delegaciones de las Comisiones Médicas cumplirán las mismas funciones que las Comisiones Médicas y sustanciarán los trámites previstos en la Resolución de SRT 179 y en el título I de la Ley 27.348.

Por intermedio de la Resolución 26/2018 de la SRT se garantiza la adecuada cobertura geográfica exigida por el art. 2 de la Ley 10.532, tendiente a asegurar la accesibilidad a la prestación del servicio en el territorio de la Provincia de Entre Ríos.

Por otra parte, el Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo celebraron un convenio el 24/04/2019 donde se dejó asentado que el Servicio de Homologación de las Comisiones Médicas estaría a cargo de dos titulares y

dos suplentes designados por el Poder Ejecutivo y por la SRT. (cfr. surge de los considerandos del Decreto 3743 MGJ).

El Decreto 3743 del Ministerio de Gobierno y Justicia de la Provincia de Entre Ríos —de fecha 27/11/2019— designó en sus arts. 1 y 2 los abogados representantes ante la Comisión Médica —un titular y un suplente— para la función eficiente de los Servicios de Homologación. Tal es así, que los nombramientos de los representantes del Poder Ejecutivo Provincial ante la SRT, dan cumplimiento al requisito previsto por el art. 4 de la Ley 10.532.

De ello, cabe concluir que la Ley 10.532 —de adhesión a la Ley 27.348— se encuentra operativa desde el 27/11/2019, por lo que el tribunal estaba en condiciones de expedirse respecto del planteo formulado por el representante de la aseguradora de riesgos del trabajo.

Congruente con lo expresado, la decisión del ad quem, a mi juicio, debe ser dejada sin efecto, y en consecuencia remitir el expediente a la Sala Laboral de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, a efectos de que resuelva el planteo de incompetencia articulado por la demandada.

La doctora *Medina* dijo:

Que adhiere al precedente voto por iguales fundamentos.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, oído el Ministerio Público Fiscal; se resuelve: 1.- Hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada, dejando sin efecto la decisión del ad quem y en consecuencia, remitir el expediente a la Sala Laboral de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Concepción del Uruguay, a efectos de que resuelva el planteo de incompetencia articulado. 2.- Devolver al recurrente el depósito del que da cuenta los comprobantes de transferencia bancaria, conforme lo dispuesto por el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, modificado por Ley 8126. Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen. — *Germán R. F. Carlomagno*. — *Susana Medina*.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

RESOLUCIÓN 12 (S.R.T.)

Riesgos del trabajo – Régimen legal de las prestaciones dinerarias – Actualización del importe surgido de la aplicación de la equivalencia del valor Módulo Previsional (MOPRE) – Norma complementaria de los dec. 1694 y 899 y de la res. 433 (A.N.Se.S.).

Fecha: 15/03/2021

Publicación: BO 17/03/2021

Síntesis: Se establece en \$ 4.525,72 el importe que surge de aplicar la equivalencia contenida en el primer párrafo del art. 15 del dec. 1694/2009, el cual dispuso que a los efectos del art. 32 de la ley 24.557, la equivalencia del valor MOPRE será un 22 % del monto del haber mínimo garantizado, de conformidad con lo dispuesto en la res. 52/2021 (A.N.Se.S.).

VISTO:

El Expediente EX-2018-49838257-APN-GAJYN#SRT, las Leyes N° 24.241, N° 24.557, N° 26.417, N° 27.260, N° 27.426, N° 27.541, N° 27.609, los Decretos N° 833 de fecha 25 de agosto de 1997, N° 1.694 de fecha 05 de noviembre de 2009, N° 110 de fecha 07 de febrero de 2018, N° 404 de fecha 05 de junio de 2019, N° 104 de fecha 12 de febrero de 2021, las Resoluciones de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) N° 48 de fecha 24 de febrero de 2021, N° 52 de fecha 26 de febrero de 2021, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 32, apartado 1, de la Ley N° 24.557 establece que el incumplimiento por parte de los Empleadores Autoasegurados, de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) y de Compañías de Seguros de Retiro de las obligaciones a su cargo, será sancionado con una multa de 20 a 2.000 AMPOs (Aporte Medio Previsional Obligatorio), si no resultare un delito más severamente penado.

Que el artículo 3° del Decreto N° 833 de fecha 25 de agosto de 1997, reemplazó al AMPO, considerando como unidad de referencia al Módulo Previsional (MOPRE).

Que el artículo 13 del Capítulo II -Disposiciones Complementarias- de la Ley N° 26.417, estableció la sustitución de todas las referencias concernientes al MOPRE existentes en las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, por una determinada proporción del Haber Mínimo Garantizado, según el caso que se trate.

Que asimismo, el citado artículo 13 estableció que la reglamentación dispondrá la autoridad de aplicación responsable para determinar la equivalencia entre el valor del MOPRE y el del Haber Mínimo Garantizado a la fecha de vigencia de la citada ley.

Que el primer párrafo del artículo 15 del Decreto N° 1.694 de fecha 05 de noviembre de 2009 -sustituido por el artículo 1° del Decreto N° 404 de fecha 5 de junio de 2019- a los efectos del artículo 32 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, establece la equivalencia del valor MOPRE en un VEINTIDÓS POR CIENTO (22%) del monto del Haber Mínimo Garantizado, en los términos del artículo 13 de la Ley N° 26.417 y su modificatoria.

Que asimismo el Decreto N° 1.694/09 determinó que la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.) será la encargada de publicar el importe actualizado que surja de aplicar la equivalencia prevista en el artículo 15 del referido Decreto, en cada oportunidad en que la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) proceda a actualizar el monto del Haber Mínimo Garantizado, de conformidad con lo que prevé en el artículo 8° de la Ley N° 26.417.

Que la Ley N° 27.541 declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, suspendiendo por CIENTO OCHENTA días la aplicación del artículo 32 de la Ley N° 24.241.

Que en atención a la emergencia antes citada y por el plazo allí establecido, el PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.) debió fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales correspondientes al régimen general de la Ley N° 24.241.

Que cumplido el cometido y el plazo establecido por la Ley N° 27.541, el artículo 1° de la Ley 27.609, sustituyó el artículo 32 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias, estableciéndose un nuevo índice de movilidad en las prestaciones, y quedando a cargo de la ANSES la elaboración, aprobación y publicación del índice trimestral de movilidad.

Que el Decreto N° 104 de fecha 12 de febrero de 2021 reglamentó el artículo 32 de la Ley N° 24.241, y precisó el alcance y contenido de los términos que integran la aludida fórmula.

Que el artículo 3° del Decreto N° 110 de fecha 07 de febrero de 2018 -Reglamentario de la Ley N° 27.426-, facultó a la ANSES a fijar los importes mínimos y máximos de la remuneración imponible, como así

también, el monto mínimo y máximo de los haberes mensuales de las prestaciones pertenecientes al SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA) establecido en la Ley N° 24.241 y sus modificatorias, en concordancia con el índice de movilidad que se fije trimestralmente.

Que la ANSES dictó la Resolución N° 48 de fecha 24 de febrero de 2021, en la cual determinó que el valor de la movilidad prevista en el artículo 32 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias, correspondiente al mes de marzo de 2021, es de OCHO CON SIETE CÉNTSIMOS POR CIENTO (8,07 %).

Que el artículo 1° de la Resolución de la ANSES N° 52 de fecha 26 de febrero de 2021, actualizó el valor del Haber Mínimo Garantizado vigente a partir del mes de marzo de 2021, fijándolo en la suma de PESOS VEINTE MIL QUINIENTOS SETENTA Y UNO CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 20.571,44).

Que en razón de lo expuesto, corresponde que la S.R.T. publique el importe actualizado que surge de aplicar la equivalencia prevista en el primer párrafo del artículo 15 del Decreto N° 1.694/09, respecto de la Resolución ANSES N° 52/21.

Que la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Normativos de esta S.R.T. ha tomado la intervención en el ámbito de sus competencias.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 36 y 38 de la Ley N° 24.557 y el artículo 15 del Decreto N° 1.694/09.

Por ello:

El Superintendente de Riesgos del Trabajo resuelve:

Art. 1° - Establécese en PESOS CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 4.525,72) el importe que surge de aplicar la equivalencia contenida en el primer párrafo del artículo 15 del Decreto N° 1.694 de fecha 05 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) N° 52 de fecha 26 de febrero de 2021.

Art. 2° - La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Cossio.

RESOLUCIÓN 19 (SRT)

Riesgos del trabajo – Procedimiento ante la Comisión Médica Central para determinados trámites – Derogación de la res. 90 (SRT).

Fecha: 13/04/2021

Publicación: BO 15/04/2021

Síntesis: Se deroga la res. 90/2019 (SRT), la cual aprobó el "Procedimiento ante la Comisión Médica Central, para los trámites regulados en las res. 179/2015 y 298/2017 (SRT)".

VISTO:

El Expediente EX-2019-94683696-APN-GACM#SRT, las Leyes N° 19.549, N° 24.241, N° 24.557, N° 27.348, N° 27.541, los Decretos de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y su prórroga, N° 297 de fecha 19 de marzo de 2020 y sus prórrogas, los Decretos N° 1.759 de fecha 03 de abril de 1972 (t.o. 2017), N° 298 de fecha 19 de marzo de 2020 y sus prórrogas, las Resoluciones de esta SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.) N° 179 de fecha 21 de enero de 2015, N° 298 de fecha 23 de febrero de 2017, N° 4 de fecha 11 de enero de 2019, N° 90 de fecha 7 de noviembre de 2019, N° 4 de fecha 5 de febrero de 2021, N° 9 de fecha 5 de marzo 2021, la Disposición de la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas (G.A.C.M.) N° 2 de fecha 28 de enero de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 51 de la Ley N° 24.241, sustituido por el artículo 50 de la Ley N° 24.557, dispuso la actuación de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales y la Comisión Médica Central -como instancia recursiva-, en el ámbito del Sistema de Riesgos del Trabajo.

Que el artículo 21, apartado 1, inciso a) de la Ley N° 24.557 establece que dichas comisiones serán las encargadas de determinar la naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad, el carácter y grado de la incapacidad y el contenido y alcances de las prestaciones en especie.

Que posteriormente, la Ley N° 27.348 determinó que la intervención de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales y del Servicio de Homologación constituido en tal esfera, así como la de revisión de la Comisión Médica Central o de la justicia ordinaria laboral, constituyen las instancias para la tramitación de los reclamos derivados del Sistema de Riesgos del Trabajo.

Que, en ese contexto, mediante la Resolución de esta SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.) N° 90 de fecha 7 de noviembre de 2019, se aprobó el “Procedimiento ante la Comisión Médica Central, para los trámites regulados en las Resoluciones S.R.T. N° 179 de fecha 21 de enero de 2015 y N° 298 de fecha 23 de febrero de 2017”.

Que dicha resolución entraría en vigencia el 1° de febrero de 2020, encomendándose a la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas (G.A.C.M.) la coordinación de las acciones tendientes a la implementación de los procesos y recursos necesarios para materializar la operatividad del procedimiento regulado en su Anexo IF-2019-100068887-APN-SRT#MPYT.

Que el procedimiento regulado preveía una adecuación sistémica y estructural de envergadura, a la vez que requería de protocolos avanzados para garantizar que el procedimiento que se implemente responda a los más altos estándares de calidad, eficiencia y transparencia, situación que no se pudo cumplimentar dada la falta de recursos humanos y técnicos, por lo que mediante la Disposición G.A.C.M. N° 2 de fecha 28 de enero de 2020, se difundió la puesta en funcionamiento de la misma por un plazo de NOVENTA días.

Que, por otro lado, el Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y su prórroga, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541 por el plazo de UN año, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en relación al brote de coronavirus COVID-19, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Que, a su vez, en fecha 19 de marzo de 2020, el PODER EJECUTIVO NACIONAL dictó el D.N.U. N° 297 y sus sucesivas prórrogas, en el que se estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todas las personas que habitan en el territorio nacional o se encuentren en él en forma temporaria.

Que en atención a lo establecido en el artículo 6° del decreto precitado y en sendas normas dictadas con posterioridad, se establecieron ciertas excepciones a la prohibición de circular, para aquellas personas afectadas que desarrollan determinadas actividades y servicios.

Que posteriormente, a través de los D.N.U. N° 520 de fecha 7 de junio de 2020 y posteriores prórrogas, se estableció la medida de “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos ordenados por dicho decreto, para todas las personas que residan o transiten en los aglomerados urbanos, partidos y de-

partamentos de las provincias argentinas, en tanto éstos verifiquen en forma positiva la totalidad de los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos en la misma norma.

Que, en dicho contexto, oportunamente mediante el Decreto N° 298 de fecha 19 de marzo de 2020 y sus prórrogas, se suspendió el curso de los plazos, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional N° 19.549 de Procedimientos Administrativos, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos -Decreto N° 1.759 de fecha 03 de abril de 1972 (t.o. 2017)- y por otros procedimientos especiales, hasta el 29 de noviembre de 2020 inclusive.

Que la emergencia sanitaria y el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” decretados subsisten, lo que ha imposibilitado a las áreas técnicas involucradas, el desarrollo integral de los requerimientos técnicos necesarios para lograr su cometido, a la vez que la afectación diferenciada del personal del Organismo, ha impedido volver a contar con la pluralidad de agentes suficientes para instrumentar los procedimientos creados por la Resolución S.R.T. N° 90/19, cuya implementación fuera oportunamente diferida.

Que la dinámica de la emergencia sanitaria imparable ha afectado sustancialmente el orden de prioridades en la ejecución de las acciones operativas del Organismo, imponiendo la elaboración de nuevos procedimientos que persigan la calidad y la celeridad de las tramitaciones, lo que también obliga a reevaluar los procesos existentes y determinar si los mismos se adaptan a los desafíos impuestos por la realidad jurídica existente.

Que en dicho orden de ideas y en razón de las dificultades de implementación que ha evidenciado la norma en estudio, resulta necesario proceder con su derogación, resultando necesario un revalúo integral de los procedimientos allí contenidos.

Que, asimismo, conforme las Resoluciones S.R.T. N° 4 de fecha 5 de febrero de 2021 y N° 9 de fecha 5 de marzo 2021, se ha procedido a realizar el llamado a concurso de Médicos y Secretarios Técnicos Letrados, cuya incorporación resulta sustancial para la evaluación de un nuevo procedimiento de Comisión Médica Central.

Que la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas ha prestado su conformidad, en el marco de sus competencias.

Que la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Normativos de esta S.R.T. ha intervenido emitiendo el correspondiente dictamen de legalidad.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por los artículos 36 y 38 de la Ley N° 24.557 y el artículo 3° de la Ley N° 27.348.

Por ello,

El Superintendente de Riesgos del Trabajo resuelve:

Art. 1° - Derógase la Resolución de esta SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.) N° 90 de fecha 7 de noviembre de 2019.

Art. 2° - La presente medida tendrá vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Cossio.

RESOLUCIÓN 20 (SRT)

Riesgos del trabajo – Acuerdos por Incapacidad Laboral Permanente Parcial Definitiva y Prestaciones Dinerarias – Norma complementaria de la ley 27.348 – Modificación de la res. 298 (SRT) – Derogación de las res. 19 y 33 (SRT).

Fecha: 14/04/2021

Publicación: BO 15/04/2021

Síntesis: Se establece, entre los aspectos más relevantes, que, cesada la situación de Incapacidad Laboral Temporal, y ante la existencia de secuelas incapacitantes resultantes de una contingencia, en todos los casos las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y los Empleadores Autoasegurados deberán proceder a citar al/la trabajador/a damnificado/a, requiriendo la constitución del patrocinio letrado correspondiente, con el fin de valorar el grado correspondiente de incapacidad y formular una propuesta de acuerdo sobre la Incapacidad Laboral Permanente Parcial y las respectivas prestaciones dinerarias previstas en la Ley sobre Riesgos del Trabajo, ello en los términos de los arts. 1° y 3° de la Ley 27.348 y del Título I, Capítulo II, Punto II de la res. 298/2017 (S.R.T.).

VISTO:

El Expediente EX-2021-30921946-APN-SAT#SRT, las Leyes N° 24.241, N° 24.557, N° 26.425, N° 26.773, N° 27.348, N° 27.541, los Decretos de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020, N° 297 de fecha 19 de marzo de 2020 y sus prórrogas, N° 367 de fecha 13 de abril de 2020, N° 167 de fecha 11 de marzo de 2021, los Decretos N° 1.883 de fecha

26 de octubre de 1994, N° 659 de fecha 24 de junio de 1996, N° 717 de fecha 28 de junio de 1996, N° 2.104 y N° 2.105 ambos de fecha 04 de diciembre de 2008, N° 49 de fecha 14 de enero de 2014, la Resolución del MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA NACIÓN (M.E.) N° 108 de fecha 15 de marzo de 2020, las Resoluciones del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (M.T.E. Y S.S.) N° 207 de fecha 16 de marzo de 2020 y N° 296 de fecha 02 de abril de 2020, las Resoluciones de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DE TRABAJO (S.R.T.) N° 1.378 de fecha 21 de septiembre de 2007, N° 179 de fecha 21 de enero de 2015, N° 298 de fecha 23 de febrero de 2017, N° 886 de fecha 22 de septiembre de 2017, N° 38 de fecha 09 de mayo de 2018, N° 19 de fecha 7 de noviembre de 2018, N° 33 de fecha 27 de diciembre de 2018, N° 48 de fecha 25 de junio de 2019, N° 44 de fecha 15 de mayo de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020, se amplió en el país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, por el plazo de UN año, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (O.M.S.) en relación con el Coronavirus COVID-19.

Que en el marco de dicha emergencia sanitaria y con el fin de proteger la salud pública, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 297 de fecha 19 de marzo de 2020 y sus prórrogas, se estableció para todas las personas que habitan en el Territorio Nacional o se encuentren en él en forma temporal, la medida de “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” avanzando hacia un principio de “Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio”, en donde no se verifique la “transmisión comunitaria” del virus SARS-CoV-2 y se cumpla con los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos en la norma.

Que las Resoluciones del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN (M.T.E. Y S.S.) N° 207 de fecha 16 de marzo de 2020 y N° 296 de fecha 02 de abril de 2020, suspendieron el deber de asistencia al lugar de trabajo de todos los trabajadores y trabajadores incluidos en los grupos de riesgo por la autoridad sanitaria nacional y de quienes se encuentren a cargo del cuidado de niños, niñas o adolescentes mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por Resolución del MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA NACIÓN (M.E.) N° 108 de fecha 15 de marzo de 2020.

Que el Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 367 de fecha 13 de abril de 2020 establece que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada-, respec-

to de los trabajadores y las trabajadoras dependientes excluidos, mediante dispensa legal, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto N° 297/20 y sus normas complementarias, lo que impactó en la carga de trabajo en las Comisiones Médicas.

Que, por el Decreto de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 167 de fecha 11 de marzo de 2021, se prorrogó la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley N° 27.541 y ampliada por el D.N.U. N° 260/20, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Que el artículo 21, apartado 1, inciso a) de la Ley N° 24.557 y el artículo 1° de la Ley N° 27.348 establecen que las Comisiones Médicas constituirán la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado y la trabajadora afectada, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley sobre Riesgos del Trabajo, como así también el contenido y alcances de las prestaciones en especie.

Que en ese marco, y como consecuencia de la emergencia sanitaria, se ha restringido severamente la disponibilidad de desempeño laboral efectivos de gran parte del personal de las Comisiones Médicas, a lo que deben sumarse las limitaciones operativas que genera la falta de presencialidad de su personal así como las demoras derivadas por la ineludible implementación de protocolos sanitarios en el trabajo, mientras, en paralelo, se presenta un flujo constante y creciente en la demanda de intervención de las citadas comisiones.

Que, la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Normativos, mediante Dictamen Jurídico IF-2020-36154601-APN-GAJYN#SRT opinó en relación a la situación que genera la emergencia sanitaria en las Comisiones Médicas: "(...) Esta situación de fuerza mayor o equivalente, que en definitiva se traduce en una restricción a las posibilidades materiales de cumplimiento, torna necesario interpretar las normas de acuerdo al marco fáctico existente y considerando el orden jurídico en su armónica integralidad. (...)".

Que la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas ha expuesto en el Informe Técnico que corre por IF-2021-31596996-APN-GACM#SRT, donde puede advertirse que, por las causas anteriormente descriptas, hay un desborde operativo por el cual se generan demoras en la tramitación de expedientes en las Comisiones Médicas, que conspiran contra el derecho de los trabajadores y las trabajadoras a recibir una propuesta de solución que sea razonable y esté dentro los parámetros de inmediatez prestacional, lo

que constituye uno de los principios básicos del Sistema de Riesgos del Trabajo.

Que la referida inmediatez prestacional no constituye una mera cuestión formal dado que la temporalidad en el otorgamiento de las prestaciones comprende el concepto de integridad de éstas, pues para cumplirse a cabalidad su respectivo otorgamiento debe ser en tiempo oportuno.

Que, como reiteradamente ha sostenido la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (C.S.J.N.), la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye también el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (Fallos: 287:248; 289:181; 300:1102; 305:913; 315:2173).

Que el marco de emergencia administrativa descripto torna necesario adoptar acciones y políticas excepcionales para el adecuado resguardo de los intereses públicos en juego, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 238:76; 318:1887; 323:1566).

Que, en ese marco, incumbe a esta SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.), como Organismo competente, la imperiosa necesidad de dictar e implementar medidas tendientes a paliar las consecuencias nocivas de la mencionada situación en el ámbito del Sistema de Riesgos de Trabajo, y en particular, en relación a los procedimientos en que intervienen las mentadas Comisiones Médicas, siendo que constituyen uno de los accesos principales a las prestaciones sistémicas.

Que teniendo en cuenta lo expuesto corresponde que los procedimientos que se establezcan ante las Comisiones Médicas para la materialización de la reparación prestacional deben cumplir, en la mayor medida de lo posible, con las pautas de celeridad, economía, sencillez y eficacia, en armonía con la garantía constitucional de debido proceso.

Que las decisiones generales adoptadas como respuesta ante la pandemia imperante, de incuestionable valor sanitario, afectaron el normal funcionamiento de la instancia administrativa, generando también dificultades para llevar adelante las audiencias médicas presenciales, en función de los procedimientos reglamentados por las normas vigentes.

Que las medidas de simplificación de trámites que se propician no afectarán la asignación de los recursos disponibles sobre cuestiones relativas al otorgamiento íntegro y oportuno de las prestaciones en especie, ni a la estimación de incapacidad laboral con arreglo a la aplicación de la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, según lo determinado por el Decreto

N° 659 de fecha 24 de junio de 1996 y Decreto N° 49 de fecha 14 de enero de 2014.

Que teniendo en cuenta lo expuesto, resulta necesario adoptar medidas tendientes a incentivar, simplificar y agilizar la homologación de los acuerdos celebrados entre partes de manera complementaria al procedimiento dispuesto en el Punto II del Capítulo II de la Resolución S.R.T. N° 298 de fecha 23 de febrero de 2017, facilitando así la gestión íntegramente digital de las referidas actuaciones administrativas en consonancia con los esquemas de prestación de servicios preponderantes en la actualidad.

Que, ante una falta de diligencia en la constitución del patrocinio letrado necesario o en el cumplimiento de las requisitorias inherentes al ofrecimiento de acuerdo, la parte trabajadora deberá instar la intervención de la Comisión Médica Jurisdiccional, eximiéndose a la aseguradora de la carga de iniciar, de forma tal de facilitar la configuración de los requisitos de admisibilidad a su cargo y evitar dilaciones innecesarias en la tramitación para la determinación de la incapacidad laboral.

Que la audiencia médica es la oportunidad procesal donde se produce y evalúa la prueba médica, pudiendo consistir esta última en estudios presentados por las partes, en la evaluación física del damnificado y/o en la determinación de la necesidad de producir nuevos estudios.

Que ello conduce a interpretar que la actuación médica puede asumir diversas formas, todas ellas tendientes a garantizar los derechos de las partes y siempre teniendo en vista la tutela de la salud laboral del trabajador y la trabajadora, y su restablecimiento a su estado anterior a la contingencia, en la medida de lo posible.

Que la jurisprudencia ha dicho que, en nuestro sistema, no hay estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por vía administrativa (Fallos 315:2762) y admite el principio de formalismo moderado. Este principio se concibe siempre a favor del administrado para que superando los inconvenientes formales que se presenten pueda lograr el dictado de un acto que decida las cuestiones planteadas ante la administración. (Cámara Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 2da. 10/6/1993, "GUALDONI Jorge L., c/E.N.").

Que en cuanto a las medidas que se adopten en estado de emergencia la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (C.S.J.N.) ha dicho que deben ser legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. (Fallos 325:28).

Que las medidas que se establecen en la presente resolución -en las actuales circunstancias- resultan imprescindibles, razonables y proporcionadas para resguardar los intereses públicos en juego, en armonía con el principio de tutela administrativa efectiva.

Que disponer la simplificación de trámites no obsta a que se arribe a evaluaciones médicas que cuenten con razonable rigor científico y, aun así, en el caso de que la propuesta administrativa de solución no satisfaga a alguna de las partes, queda incólume el derecho de optar por el acceso a la instancia judicial competente.

Que las acciones promovidas en este acto tienen en miras garantizar los principios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad en el otorgamiento de las prestaciones previstas en la ley, derechos de titularidad de los trabajadores damnificados afectados por la emergencia sanitaria.

Que, asimismo, "el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar sobre la base de los siguientes elementos: - en primer lugar - del texto expreso de la norma que la regule; - en segundo - del contenido razonablemente implícito inferible del texto expreso de las normas involucradas y - en tercer lugar - de los poderes inherentes derivados de la naturaleza o esencia del órgano, interpretados a la luz del principio de especialidad" (Julio C. COMADIRA, El Acto Administrativo, Editorial LA LEY, Buenos Aires 2004, Pág. 27).

Que, en ese orden de ideas, en cuanto al principio de especialidad, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (P.T.N.) ha afirmado que el aspecto que define la aptitud para obrar de un ente jurídico es la relación del acto con los fines para los que fue creado (Dictámenes 154:196, Pto IV; 164:165, Pto. III 4), a lo que añadió "...En el campo de las personas morales, la capacidad o competencia se delimita de acuerdo con la llamada "regla de la especialidad", es decir, que les está permitido hacer lo no prohibido dentro de los fines de la institución" (Dictámenes 191:105, Pto. II 2).

Que, en la intención de extremar su eficacia, la norma que se aprueba también establece las consecuencias que implican el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las ASEGURADORAS DE RIEGOS DEL TRABAJO (A.R.T.) y los EMPLEADORES AUTOASEGURADORES (E.A.) en su calidad de gestoras de la Seguridad Social.

Que, en cuanto a los procedimientos en trámite, cabe señalar, que pueden ser alcanzados por la norma proyectada, la cual será de aplicación inmediata, siempre que ello no importe afectar la validez de los actos procesales cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de las normas anteriores, pues tales actos se hayan amparados por el principio de preclusión, al que prestan respaldo, en nuestro orde-

namiento jurídico, las garantías constitucionales de la propiedad y defensa en juicio.

Que el citado principio es aplicable tanto a las normas referentes a la jurisdicción y competencia de los órganos judiciales, cuanto a las normas reguladoras de los procedimientos y de los actos procesales, conforme Fallos C.S.J.N. T° 215 p. 467, T° 220 p. 30, entre otros.

Que, asimismo, el artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Que sin perjuicio de ello, corresponde diferir la entrada en vigencia de la presente medida con la finalidad de brindar un plazo razonable para que las A.R.T. y los E.A. instrumenten las modificaciones necesarias en sus procesos internos alcanzados relativos a la gestión prestacional a su cargo.

Que la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas entendió procedente y oportuno impulsar la presente medida.

Que la Gerencia Técnica prestó su consentimiento al dictado del acto pretendido en el marco de sus competencias.

Que la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Normativos ha intervenido en el ámbito de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 36 de la Ley N° 24.557, el artículo 15 de la Ley N° 26.425, el artículo 3° de la Ley N° 27.348, el artículo 1° del Decreto N° 1.883 de fecha de fecha 26 de octubre de 1994, el artículo 35 del Decreto N° 717 de fecha 28 de junio de 1996, el artículo 10 del Decreto N° 2.104 y el artículo 6° del Decreto N° 2.105, ambos de fecha 4 de diciembre de 2008.

Por ello:

El Superintendente de Riesgos del Trabajo resuelve:

TÍTULO I

DE LOS ACUERDOS POR INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE PARCIAL DEFINITIVA Y PRESTACIONES DINERARIAS - JURISDICCIONES ADHERIDAS A LAS DISPOSICIONES DEL TÍTULO I DE LA LEY N° 27.348.

CAPÍTULO I

CESE DE LA INCAPACIDAD LABORAL TEMPORARIA CON SECUELAS INCAPACITANTES RESULTANTES DE LA CONTINGENCIA

Art. 1° - Establécese que, cesada la situación de Incapacidad Laboral Temporal (I.L.T.), y ante la

existencia de secuelas incapacitantes resultantes de una contingencia, en todos los casos las ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO (A.R.T.) y los EMPLEADORES AUTOASEGURADOS (E.A.) deberán proceder a citar al/la trabajador/a damnificado/a, requiriendo la constitución del patrocinio letrado correspondiente, con el fin de valorar el grado correspondiente de incapacidad y formular una propuesta de acuerdo sobre la Incapacidad Laboral Permanente Parcial (I.L.P.P.) y las respectivas prestaciones dinerarias previstas en la Ley sobre Riesgos del Trabajo, ello en los términos del artículo 1° y 3° de la Ley N° 27.348 y del Título I, Capítulo II, Punto II de la Resolución de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.) N° 298 de fecha 23 de febrero de 2017.

Art. 2° - Las A.R.T. y los E.A. deberán expedirse sobre la existencia de secuelas incapacitantes resultantes de la contingencia notificando al/la trabajador/a damnificado/a a través de medio fehaciente en forma previa o concomitante al otorgamiento del Alta Médica o el Fin de Tratamiento, o en su defecto, al cese de la I.L.T. por el vencimiento del plazo legal.

En caso de que el/la trabajador/a damnificado/a, habiendo sido fehacientemente notificado/a, no constituyere el patrocinio letrado requerido para la tramitación, no concurriera a la citación para valorar el grado de incapacidad laboral resultante de la contingencia prevista en el artículo precedente, o en su defecto, no hubiere expresado su intención respecto de la propuesta de acuerdo, la A.R.T. o el E.A. quedará eximido de presentar el trámite por DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD y entonces la parte trabajadora deberá instar la intervención de la Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) para la determinación de las secuelas incapacitantes.

Art. 3° - Establécese que, cuando de los antecedentes médico-asistenciales y de los estudios médicos acompañados junto con la propuesta de acuerdo sobre la I.L.P.P., se encuentren debidamente acreditados los extremos que hacen a la incapacidad laboral resultante de la contingencia que fuera ponderada por la A.R.T. o el E.A., la COMISIÓN MÉDICA JURISDICCIONAL (C.M.J.) interviniente procederá a emitir el Informe de Valoración del Daño (I.V.D.) previsto en el artículo 23 de la Resolución S.R.T. N° 298/17.

Art. 4° - El/la profesional médico/a interviniente deberá emitir el I.V.D. dejando debida constancia de la valoración llevada a cabo sobre la ponderación de la incapacidad laboral contenida en la propuesta de acuerdo conforme la aplicación de la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales aprobada por el Decreto N° 659 de fecha 24 de junio de 1996, y su adecuación respecto de los antecedentes médico-asistenciales de la contingencia, los estudios de diagnóstico obligatorios previstos en la Resolución S.R.T. N° 886

de fecha 22 de septiembre de 2017 y demás estudios médicos complementarios que fueran acompañados junto con la propuesta de acuerdo.

Art. 5° - Cuando no fueran debidamente acreditados los extremos que hacen a la incapacidad laboral resultante de la contingencia, el/la profesional médico/a interviniente dispondrá el cierre de las actuaciones y procederá a dar inicio al correspondiente trámite de DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD.

En caso de no verificarse el agotamiento de las instancias terapéuticas, el/la profesional médico/a interviniente dispondrá el cierre de las actuaciones, debiendo la A.R.T. o el E.A. proceder a citar al/la trabajador/a para evaluación médica con profesional médico/a designado por la A.R.T. o E.A., especialista en la afección objeto de la propuesta acuerdo, a efectos de que se determine el plan terapéutico y se comience inmediatamente con el otorgamiento de las prestaciones en especie a su cargo, ello en conformidad con los plazos dispuestos en el artículo 2° de la Resolución S.R.T. N° 1.378 de fecha 21 de septiembre de 2007, o la que en un futuro la reemplace, computados desde la notificación de cierre.

Art. 6° - En el supuesto en que el grado de incapacidad laboral contenido en la propuesta de acuerdo no se correspondiese con la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales aprobada por el Decreto N° 659/96, el/la profesional médico/a interviniente podrá instar a las partes a reformular la propuesta de acuerdo y presentarla a través de la Ventanilla Electrónica (V.E.) por única vez dentro del plazo de CINCO días hábiles previsto en el artículo 27 de la Resolución S.R.T. N° 298/17. Vencido el plazo, se procederá a dar inicio al correspondiente trámite de DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD.

CAPÍTULO II

CESE DE LA INCAPACIDAD LABORAL TEMPORARIA SIN SECUELAS INCAPACITANTES RESULTANTES DE LA CONTINGENCIA

Art. 7° - Establécese que, cesada la situación de I.L.T. sin secuelas incapacitantes resultantes de la contingencia, en la oportunidad en que el/la trabajador/a damnificado/a inicie el trámite de DIVERGENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD previsto en el artículo 3° de la Resolución S.R.T. N° 298/17, se procederá a elevar las actuaciones en forma directa al Servicio de Homologación en el ámbito de la Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) a efectos de celebrar la audiencia de acuerdo dispuesta en el artículo 12 de la referida resolución.

Art. 8° - En oportunidad de la audiencia ante el Servicio de Homologación, el/la trabajador/a

damnificado/a podrá acordar una compensación económica con la A.R.T. o el E.A., o en su caso, requerir el agotamiento de la instancia administrativa o solicitar se cumpla con el procedimiento dispuesto en el artículo 6° de la Resolución S.R.T. N° 298/17 y subsiguientes y el Título II de la presente resolución, según resulte de su libre elección.

Art. 9° - Si las partes acordaran una compensación económica y prestaran su conformidad con lo actuado, el agente del servicio constatará la libre emisión del consentimiento del/la trabajador/a o sus derechohabientes y su discernimiento sobre los alcances del acuerdo. En el mismo acto, se suscribirá un acta dejando expresa constancia de ello y del ejercicio de la opción prevista en el artículo 4° de la Ley N° 26.773.

El valor de la compensación económica referida en el párrafo precedente, en ningún caso podrá exceder el monto equivalente al importe de la indemnización por la contingencia que le hubiere correspondido percibir al/la trabajador/a damnificado/a según lo dispuesto en la Ley N° 24.557 y sus modificatorias por un grado de I.L.P.P. del CINCO POR CIENTO (5 %).

El agente designado a tal efecto, emitirá opinión acerca de la legalidad del procedimiento y la pertinencia del dictado del acto homologatorio del acuerdo.

Finalmente, se remitirán las actuaciones al/la Titular del Servicio de Homologación, para que dentro de los CINCO días emita el correspondiente acto de homologación, dejando expresa constancia respecto del cese de la I.L.T. sin secuelas incapacitantes y respecto del acuerdo entre partes por una compensación económica.

El acto de homologación que se celebre asumirá autoridad de cosa juzgada administrativa con los alcances previstos en el artículo 4° del Anexo I de la Ley N° 27.348 Complementaria de la Ley N° 24.557 sobre Riesgos del Trabajo y el artículo 15 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976).

Art. 10. - En caso de que el/la trabajador/a solicite el agotamiento de la instancia administrativa, se labrará un acta dejando constancia de la elección ejercida en los términos del artículo 8° de la presente resolución.

El agente designado a tal efecto, emitirá la opinión de legalidad y remitirá las actuaciones al Titular de Servicio de Homologación para el dictado del correspondiente acto de clausura del procedimiento en el que deberá constar expresamente el cese de la I.L.T. sin secuelas incapacitantes, quedando con ello expedida la vía recursiva prevista en el artículo 2° de la Ley

N° 27.348 Complementaria de la Ley N° 24.557 sobre Riesgos del Trabajo.

TÍTULO II

DE LAS EXCEPCIONES A LA AUDIENCIA MÉDICA PRESENCIAL

Art. 11. - Establécese que la Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) podrá prescindir de la celebración de la audiencia médica presencial y/o de la realización del examen físico previstos en los puntos 14 y 15 del Anexo I de la Resolución S.R.T. N° 179/15 y el artículo 6° de la Resolución S.R.T. N° 298/17, en los supuestos previstos en la presente norma y con los alcances definidos en cada uno de ellos, a través de la elaboración de un Informe Técnico Médico (I.T.M.) debidamente fundado y notificado a las partes.

Art. 12. - Recibida la solicitud de intervención, se elevarán las actuaciones al/la profesional médico/a interviniente a efectos de analizar y valorar los antecedentes médico asistenciales obrantes en las actuaciones, así como la prueba médica solicitada por las partes, y proceder a la confección del I.T.M..

Art. 13. - La C.M.J. interviniente podrá prescindir de la celebración de la audiencia médica presencial y/o de la realización del examen físico en los siguientes supuestos:

a. Cuando la patología exhibida por la parte trabajadora pueda ser verificada mediante la prueba documental acompañada o a través de la realización de nuevos estudios médicos de diagnóstico y/o interconsultas con especialistas.

b. En los trámites de RECHAZO DE LA CONTINGENCIA relativos a accidentes de trabajo del procedimiento previsto por las Resoluciones S.R.T. N° 298/17 y N° 179/15, cuando la A.R.T., el E.A. o el Empleador No Asegurado (E.N.A.) hayan motivado dicho rechazo en la naturaleza no laboral de la contingencia en los términos del apartado c) del artículo 6° del Decreto N° 717 de fecha 28 de junio de 1996 y el/la Secretario/a Técnico/a Letrado/a, luego de su intervención, determine el carácter laboral del accidente sin mediar cuestiones médicas controvertidas.

c. En los trámites de RECHAZO DE LA CONTINGENCIA relativos a accidentes de trabajo del procedimiento previsto por la Resolución S.R.T. N° 179/15, cuando el/la Secretario/a Técnico/a Letrado/a, luego de su intervención, determine el carácter no laboral de la contingencia.

Art. 14. - Establécese que el I.T.M. previsto en el presente Título deberá considerar los siguientes aspectos:

a. Identificación de las patologías derivadas de la contingencia.

b. Datos positivos o de interés del análisis médico de las actuaciones.

c. Resultados de los estudios médicos y/o las interconsultas obrantes en las actuaciones.

d. Solicitud de realización de estudios de diagnóstico complementarios y/o interconsultas con especialistas, en caso de corresponder.

e. Sustanciar la producción de prueba médica solicitada cuando la misma resulte conducente.

f. Cualquier otra diligencia que resulte necesaria cuando los antecedentes médico asistenciales obrantes no fueran suficientes para emitir resolución.

Valorada la prueba médica obrante en las actuaciones, el/la profesional médico/a interviniente deberá concluir el I.T.M. resolviendo la requisitoria de celebración de la audiencia médica presencial y/o la realización del examen físico previstos en los puntos 14 y 15 del Anexo I de la Resolución S.R.T. N° 179/15 y el artículo 6° de la Resolución S.R.T. N° 298/17.

En caso de prescindir de la audiencia médica presencial y/o de la realización examen físico, el/la profesional médico/a interviniente deberá dejar constancia expresa sobre los motivos que así lo justifiquen. En los supuestos de rechazos de accidentes de trabajo previstos en los incisos b) y c) del artículo 13 de la presente resolución, será motivo suficiente para prescindir de la audiencia médica presencial la inexistencia de cuestiones médicas controvertidas.

Cuando el/la profesional médico/a interviniente entienda viable la celebración de la audiencia médica en forma virtual sin requerir del examen físico, deberá dejar constancia en el I.T.M. y dar cumplimiento al Protocolo aprobado en el artículo 16 de la presente resolución.

Art. 15. - Establécese que las partes podrán ofrecer prueba en conformidad con lo dispuesto por el punto 19 del Anexo I de la Resolución S.R.T. N° 179/15 y el artículo 7° de la Resolución S.R.T. N° 298/17, por el término de CINCO días contados desde la notificación del I.T.M. mediante el cual se motivó la exclusión de la audiencia médica presencial y/o examen físico.

Art. 16. - Apruébase el PROTOCOLO PARA LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS MÉDICAS EN FORMA VIRTUAL ANTE LAS COMISIONES MÉDICAS JURISDICCIONALES Y LA COMISIÓN MÉDICA CENTRAL, que como Anexo IF-2021-32076326-APN-GACM#SRT forma parte integrante de la presente resolución, para

el supuesto en que el/la profesional médico/a interviniente entienda necesario llevar a cabo una evaluación médica sin requerir la realización de un examen físico y resulte factible su celebración a través de medios electrónicos contando con el expreso consentimiento de la parte trabajadora.

TÍTULO III

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DE FORMA

Art. 17. - Durante la vigencia de la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley N° 27.541 ampliada por los Decretos de Necesidad y Urgencia (D.N.U.) N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y N° 167 de fecha 11 de marzo de 2021, la A.R.T. o E.A. deberá presentar el trámite para homologar la propuesta de acuerdo sobre la I.L.P.P. o determinar la incapacidad laboral resultante de la contingencia ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales (C.M.J.) dentro de los TREINTA días hábiles, contados a partir del día siguiente del cese de la I.L.T. o el Fin de Tratamiento.

Art. 18. - Deróganse los artículos 21 y 22 de la Resolución S.R.T. N° 298/17.

Art. 19. - Sustitúyese el artículo 23 de la Resolución S.R.T. N° 298/17 por el siguiente texto:

“ARTÍCULO 23.- Informe de Valoración del Daño (I.V.D.)

Recibida la solicitud de intervención debidamente cumplimentada, se elevarán las actuaciones al médico interviniente quien deberá emitir el correspondiente I.V.D. el cual versará sobre:

a. Identificación de las patologías derivadas de la contingencia.

b. Datos positivos o de interés del análisis médico de las actuaciones.

c. Resultados de los estudios médicos y/o las interconsultas obrantes en las actuaciones.

d. La acreditación del grado de incapacidad laboral ponderado conforme al Baremo aprobado por el Decreto N° 659/96 y el Listado de Enfermedades Profesionales aprobado por el Decreto N° 658/96, en caso de corresponder.

e. Preexistencias.

Cuando se encuentren debidamente acreditados los extremos que hacen a la incapacidad laboral ponderada por la A.R.T. o el E.A., dentro de los TRES días de emitido el I.V.D., se notificará a las partes, citándolas a una audiencia de acuerdo a celebrarse en el

Servicio de Homologación indicándose a fecha y hora de celebración, con una antelación mínima de TRES días a la fecha fijada para la audiencia.

En el supuesto en que no fueran acreditados tales extremos, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 27 de la presente resolución.

En el caso en que no se verifique el agotamiento de las instancias terapéuticas, se dispondrá el cierre de las actuaciones.”

Art. 20. - Deróganse las Resoluciones S.R.T. N° 19 de fecha 7 de noviembre de 2018 y N° 33 de fecha 27 de diciembre de 2018.

Art. 21. - Establécese que el incumplimiento a las obligaciones impuestas en el Título I de la presente resolución a las A.R.T. o los E.A., será comprobado, juzgado y sancionado mediante los procedimientos reglados por la Resolución S.R.T. N° 38 de fecha 9 de mayo de 2018 y de conformidad con el régimen aprobado por la Resolución S.R.T. N° 48 de fecha 25 de junio de 2019, o las que en un futuro las reemplacen.

Art. 22. - La presente resolución resultará de aplicación a todas las actuaciones en trámite ante las C.M.J. que no hubieran cumplido con el acto procesal de audiencia médica presencial y/o examen físico previsto en los puntos 14 y 15 del Anexo I de la Resolución S.R.T. N° 179/15 y el artículo 6° de la Resolución S.R.T. N° 298/17.

Art. 23. - Procédase a las adecuaciones necesarias para la implementación de la presente resolución a cargo de las A.R.T. y los E.A..

Art. 24. - La vigencia de la presente resolución quedará supeditada al dictado del acto pertinente a cargo de la GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE COMISIONES MÉDICAS de esta S.R.T., fijándose para ello el plazo máximo de NOVENTA días corridos, desde su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 25. - Comuníquese, etc. - Cossio.

ANEXO

PROTOCOLO PARA LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS MÉDICAS EN FORMA VIRTUAL ANTE LAS COMISIONES MÉDICAS JURISDICCIONALES Y LA COMISIÓN MÉDICA CENTRAL

1. La COMISIÓN MÉDICA JURISDICCIONAL (C.M.J.) o la COMISIÓN MÉDICA CENTRAL (C.M.C.) podrán llevar a cabo la celebración de la audiencia médica prevista en el punto 14 del Anexo I de la Resolución de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL

TRABAJO (S.R.T.) N° 179 de fecha 21 de enero de 2015 y el artículo 6° de la Resolución

S.R.T. N° 298 de fecha 23 de febrero de 2017 a través de medios electrónicos, mediante videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, siempre que haya mediado análisis de viabilidad en orden a las características técnicas de las patologías a relevar mediante el referido medio virtual y quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios que rigen los procedimientos vigentes.

2. Las audiencias se podrán realizar en forma virtual únicamente cuando el/la trabajador/a damnificado/a o sus derechohabientes cuenten con los medios técnicos necesarios y haya prestado conformidad por escrito para llevarlas a cabo de tal modo.

3. La Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) o la Comisión Médica Central (C.M.C.) deberá remitir comunicación al/la trabajador/a damnificado/a convocándolo/a para la celebración de la audiencia en forma virtual y requiriendo su consentimiento al efecto.

4. El/la trabajador/a damnificado/a deberá llevar a cabo presentación por escrito prestando conformidad con la modalidad dispuesta a través de la MESA DE ENTRADAS VIRTUAL implementada por la Resolución S.R.T. N° 44 de fecha 15 de mayo de 2020, acompañando:

a) Imagen del anverso y el reverso del D.N.I. vigente del/la trabajador/a o sus derechohabientes en la que luzca con claridad el número del trámite de la Oficina de Identificación y su firma.

b) Informe número de teléfono celular y correo electrónico de contacto personal a efectos de facilitar la concreción de la audiencia de forma virtual.

c) En caso de contar con patrocinio letrado, imagen del anverso y el reverso de la matrícula vigente junto con teléfono celular y correo electrónico de contacto personal del/la abogado/a a efectos de facilitar la concreción de la audiencia de forma virtual.

En el supuesto de los trámites previstos en la Resolución S.R.T. N° 179/15, a los efectos del domicilio especial previsto en el Punto 4 del Anexo I de la citada resolución, la cuenta de usuario de la plataforma de “e-Servicios S.R.T.” correspondiente al/la trabajador/a será considerada como domicilio electrónico constituido en el marco de las actuaciones, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 7° de la Resolución S.R.T. N° 44/20.

5. La Comisión Médica Jurisdiccional (C.M.J.) o la Comisión Médica Central (C.M.C.) procederá a remitir citación a los domicilios electrónicos constituidos por las partes, informando día y hora para la realización de la audiencia en forma virtual y todos los datos necesarios para facilitar la efectiva conexión.

6. En el ámbito de la audiencia prevista en el punto 1 del presente procedimiento, se podrán realizar videoconferencias individualmente con cada parte o en forma conjunta con ambas, pudiendo complementarse -en forma asincrónica- con el uso de correos electrónicos y diálogos telefónicos.

7. La audiencia médica celebrada en forma virtual goza de la protección a la información sanitaria en conformidad con lo dispuesto por las Leyes N° 25.326 y 26.529, siendo su tramitación y resultado estrictamente confidenciales.

8. El acta de audiencia correspondiente será labrada por el profesional médico interviniente quien deberá incluir en ella la leyenda “AUDIENCIA CELEBRADA EN FORMA VIRTUAL” y hacer expresa mención a la presente resolución.

9. Los participantes de la audiencia en forma virtual suscribirán el acta mediante la Firma Electrónica de Documentos (F.E.D.) disponible en la plataforma “e-Servicios S.R.T.” de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 de la Resolución S.R.T. N° 44/20, la que será inmediatamente notificada a todas las partes mediante la Ventanilla Electrónica (V.E.) una vez finalizada la audiencia.

CONVENIOS COLECTIVOS

PERSONERÍA GREMIAL

RESOLUCIÓN 15 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Inscripción del “Sindicato de Trabajadores Municipales de Villa Gesell” en el Registro de Asociaciones Sindicales de Trabajadores.

Fecha: 15/01/2021

Publicación: BO 19/01/2021

Síntesis: Se inscribe en el Registro de Asociaciones Sindicales de Trabajadores al “Sindicato de Trabajadores Municipales de Villa Gesell”, con carácter de Asociación Gremial de primer grado.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 86 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Inscripción de la “Asociación del Personal de la Universidad Abierta Interamericana” (APUI) en el Registro de Asociaciones Sindicales de Trabajadores.

Fecha: 22/02/2021

Publicación: BO 24/02/2021

Síntesis: Se inscribe en el Registro de Asociaciones Sindicales de Trabajadores a la “Asociación del Personal de la Universidad Abierta Interamericana” (APUI), con carácter de Asociación Gremial de primer grado.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 80 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Ampliación de la Personería Gremial de la Asociación del Personal de los Hipódromos, Agencias, Apuestas y Afines de la República Argentina.

Fecha: 22/02/2021

Publicación: BO 24/02/2021

Síntesis: Se otorga a la Asociación del Personal de los Hipódromos, Agencias, Apuestas y Afines de la República Argentina, la ampliación de la Personería Gremial para agrupar a los trabajadores que se des-

empeñan bajo relación de dependencia en agencias hípias con zona de actuación en Almirante Brown, Cañuelas, Tres de Febrero, Mercedes, Monte Grande (Partido de Esteban Echeverría), Morón, San Martín, Merlo y Avellaneda, de la Provincia de Buenos Aires, considerando el ámbito de actuación territorial y personal que posee la entidad con Inscripción Gremial, de conformidad con las disposiciones de la ley 23.551 y su dec. regl. 467/88.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 87 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación de la Unión de Conductores de la República Argentina.

Fecha: 23/02/2021

Publicación: BO 26/02/2021

Síntesis: Se reconoce a la Asociación del Personal de los Organismos de Control, la ampliación del ámbito de actuación con carácter de Inscripción Gremial.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 84 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Ampliación el ámbito de actuación de la Asociación de Empleados de Farmacia.

Fecha: 22/02/2021

Publicación: BO 24/02/2021

Síntesis: Se reconoce a la Asociación de Empleados de Farmacia, la ampliación del ámbito de actuación territorial con carácter de Inscripción Gremial respecto de los siguientes partidos: Almirante Brown, Quilmes, Florencio Varela y Berazategui, todos de la Provincia de Buenos Aires.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

ESCALAS Y ACUERDOS SALARIALES

RESOLUCIÓN 6 (S.T.)

Construcción – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción (FAEC), en el marco del CCT 545 – Homologación.

Fecha: 05/01/2021

Publicación: BO 20/04/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción (FAEC), en el marco del CCT 545/2008, en el que las partes convienen nuevas condiciones salariales.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 8 (S.T.)

Construcción – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción (FAEC), en el marco del CCT 545 – Homologación.

Fecha: 05/01/2021

Publicación: BO 20/04/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción (FAEC), en el marco del CCT 545/2008, en el que las partes convienen nuevas condiciones salariales.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 12 (S.T.)

Textil – Acuerdo celebrado entre la Asociación Obrera Textil de la República Argentina y la Federación Argentina de Industrias Textiles (FITA), en el marco del CCT 500 – Homologación.

Fecha: 05/01/2021

Publicación: BO 20/04/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Asociación Obrera Textil de la República Argentina y la Federación Argentina de Industrias Textiles (FITA), en el que las partes convienen la modificación del CCT 500/2007.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 13 (S.T.)

Farmacia – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación de Empleados de Farmacia, la Asociación Propietarios de Farmacias Argentinas, la Cámara Argentina de Farmacias, la Cámara de Farmacias Bonaerense, la Cámara de Farmacias de la Zona Sur de la Provincia de Buenos Aires, la Federación Argentina de Cámaras de Farmacias y la Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la República Argentina, en el marco del CCT 414 – Homologación.

Fecha: 08/01/2021

Publicación: BO 20/04/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Asociación de Empleados de Farmacia, la Asociación Propietarios de Farmacias Argentinas, la Cámara Argentina de Farmacias, la Cámara de Farmacias Bonaerense, la Cámara de Farmacias de la Zona Sur de la Provincia de Buenos Aires, la Federación Argentina de Cámaras de Farmacias y la Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la República Argentina, en el marco del CCT 414/2005, en el que las partes pactan condiciones salariales.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

TOPES INDEMNIZATORIOS

DISPOSICIÓN 828 (D.N.R.y Reg.T.)

Envase de cartón y afines – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel Cartón y Químicos y la Cámara Argentina de Fabricantes de Cartón Corrugado, en el marco del CCT 677 – Homologación.

Fecha: 03/12/2019

Publicación: BO 13/08/2020

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel Cartón y Químicos y la Cámara Argentina de Fabricantes de Cartón Corrugado, en el marco del CCT 677/2013, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

DISPOSICIÓN 846 (D.N.R.y Reg.T.)

Camioneros – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios y la Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas, en el marco del CCT 40/89 – Homologación.

Fecha: 04/12/2019

Publicación: BO 13/08/2020

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios y la Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas, en el marco del CCT 40/89, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

DISPOSICIÓN 847 (D.N.R.y Reg.T.)

Seguridad – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Unión de Empleados de Seguridad y Vigilancia y la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación, en el marco del CCT 762 – Homologación.

Fecha: 04/12/2019

Publicación: BO 13/08/2020

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión de Empleados de Seguridad y Vigilancia y la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación, en el marco del CCT 762/2019, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

LANZAMIENTO **EL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**



Mario S. Fera



3 Tomos + eBook



Contiene códigos QR
con material adicional.

La finalidad de esta obra es proporcionar una visión integral, sistemática y compendiada de la jurisprudencia laboral elaborada por la Corte Suprema en las últimas décadas. Los comentarios a los fallos que incluye la obra funcionan como explicaciones de la sustancia de las decisiones tomadas por el alto tribunal. La publicación constituye una herramienta de suma utilidad, como pieza de base y de consulta, para todos los operadores jurídicos del medio laboral, indicando las tendencias del derecho del trabajo que emanan de los fallos de la Corte Suprema en los distintos temas del universo jurídico laboral, ya sea al actuar en instancia originaria, al confirmar, revocar o dejar sin efecto pronunciamientos de todos los tribunales del país o, simplemente, al desestimar los recursos llevados a su conocimiento.



ESCANEE EL CÓDIGO QR

y acceda al índice interactivo de la obra.

Comience a leer el prólogo

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.



ThomsonReutersLaLey



@TRLaLey



ThomsonReutersLatam

LEY 15.057 DE PROCEDIMIENTO LABORAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Comentada, anotada y concordada

Mauro A. Tulia



2021



Código QR
con material
adicional.



3 Tomos
Disponible en
papel y eBook.

Esta obra estudia y analiza el procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires que instauró la ley 15.057, aprobada en 2018, presentada como una exégesis del articulado de la ley, concordada con sus equivalencias respecto de la norma derogada. La nueva ley importa una reorganización de la justicia del trabajo de la provincia en cuanto pretende desenvolver un proceso de transformación de los actuales tribunales del trabajo, colegiados y de instancia única, en un fuero con juzgados de primera instancia del trabajo, unipersonales y cámaras de apelaciones del trabajo, como órganos colegiados de revisión y, en ciertos casos, de instancia originaria. Asimismo, introduce novedades en procedimientos, como es por ejemplo la incorporación de audiencias preliminares y la incorporación de los medios de prueba que podríamos denominar modernos, derivados de las nuevas tecnologías.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

