



**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES**

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

**TEMAS DE DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA - Eduardo O. Álvarez - LEONARDO J. AMBESI - MARCELO AQUINO -
GRACIELA CIPOLLETTA - CARLOS ALBERTO ETALA - DANIEL FUNES DE RIOJA - HÉCTOR OMAR GARCÍA -
GRACIELA GONZÁLEZ - OSVALDO A. MADDALONI - MIGUEL ANGEL MAZA - CARLOS POSE - DIEGO J. TULA

2019

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR: DANIEL FUNES DE RIOJA

TEMAS DE DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA - Eduardo O. Álvarez - LEONARDO J. AMBESI -
MARCELO AQUINO - GRACIELA CIPOLLETTA - CARLOS ALBERTO ETALA -
DANIEL FUNES DE RIOJA - HÉCTOR OMAR GARCÍA - GRACIELA GONZÁLEZ -
OSVALDO A. MADDALONI - MIGUEL ANGEL MAZA -
CARLOS POSE - DIEGO J. TULA

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiadederecho.org

Se terminó de imprimir en el mes de abril de 2021.

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 – 7 de octubre – 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 57.

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.

- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.- *Código Civil y Comercial.*
- 17.- *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*
- 18.- *Estudios de los Derechos Personalísimos.*
- 19.- *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.- *Estudios de Derecho Civil.*
- 2.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Vicepresidente

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Secretarios

Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Tesorero

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Director de Publicaciones

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

| | <i>Nombre del sitial</i> | <i>Fecha</i> |
|--|---------------------------|--------------------|
| Dr. Alberto Rodríguez Varela | Luis María Drago | 16 julio 1975 |
| Dr. Horacio A. García Belsunce | Félix Gregorio Frías | 9 septiembre 1982 |
| Dr. Juan Carlos Cassagne | Antonio Bermejo | 23 octubre 1986 |
| Dr. Jaime Luis Anaya | Rodolfo Rivarola | 10 agosto 1989 |
| Dr. Jorge R. Vanossi | José A. Terry | 11 agosto 1994 |
| Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci | Aristóbulo del Valle | 24 septiembre 1996 |
| Dr. Julio César Rivera | Dalmacio Vélez Sarsfield | 25 noviembre 1999 |
| Dr. Víctor Tau Anzoátegui | Lucio V. López | 13 diciembre 2001 |
| Dr. Héctor Alegria | Roque Sáenz Peña | 9 octubre 2003 |
| Dr. Gregorio Badeni | Manuel Quintana | 12 mayo 2005 |
| Dr. Enrique Manuel Falcón | Domingo F. Sarmiento | 12 julio 2007 |
| Dr. Roberto Enrique Luqui | José Manuel Estrada | 27 septiembre 2007 |
| Dr. Mariano Gagliardo | Juan A. Bibiloni | 22 mayo 2008 |
| Dr. José W. Tobías | José N. Matienzo | 25 septiembre 2008 |
| Dr. Emilio P. Gnecco | Mariano Moreno | 8 octubre 2009 |
| Dr. Rafael M. Manóvil | José María Moreno | 8 octubre 2009 |
| Dr. Eduardo Sambrizzi | José Figueroa Alcorta | 14 junio 2012 |
| Dr. Alfonso Santiago (h) | Estanislao Zeballos | 14 junio 2012 |
| Dr. Daniel Funes de Rioja | Esteban Echeverría | 11 julio 2013 |
| Dr. Siro M. A. De Martini | Carlos Calvo | 26 junio 2014 |
| Dr. Alberto B. Bianchi | Nicolás Avellaneda | 22 junio 2017 |
| Dr. Alberto R. Dalla Via | Juan Bautista Alberdi | 22 junio 2017 |
| Dr. Alberto J. Bueres | Roberto Repetto | 7 diciembre 2017 |
| Dr. Rodolfo L. Vigo | Bartolomé Mitre | 7 diciembre 2017 |
| Dr. Guillermo J. Yacobucci | Salvador María del Carril | 12 julio 2018 |
| Dr. Eduardo M. Quintana | Carlos Pellegrini | 13 diciembre 2018 |
| Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso | Manuel Obarrio | 13 diciembre 2018 |
| Dr. Marcelo Gebhardt | Alfredo Colmo | 13 diciembre 2018 |
| Dr. Carlos A. Etala | Eduardo Acevedo | 13 diciembre 2018 |

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

| | | <i>Fecha</i> |
|--|--------------|--------------------|
| Dr. Rafael Entrena Cuesta | España | 10 agosto 1989 |
| Dr. Néstor Pedro Sagüés | Rosario | 10 agosto 1989 |
| Dr. Jesús González Pérez | España | 24 mayo 1990 |
| Dr. Adolfo A. N. Rouillon | Rosario | 25 noviembre 1993 |
| Dr. Ernesto F. Garzón Valdés | Alemania | 11 diciembre 1997 |
| Dr. Wolfgang Schöne | Alemania | 23 julio 1998 |
| Dr. Rudolf Dolzer | Alemania | 22 abril 2004 |
| Dr. Carlo Angelici | Italia | 22 julio 2004 |
| Dr. Tomás Ramón Fernández | España | 12 agosto 2004 |
| Dr. Federico Carpi | Italia | 12 mayo 2005 |
| Dr. Gaspar Ariño Ortiz | España | 11 agosto 2005 |
| Dr. Marcelo G. Kohen | Suiza | 25 agosto 2005 |
| Dra. Giovanna Visintini | Italia | 25 agosto 2005 |
| Dr. Asdrúbal Aguiar | Venezuela | 27 abril 2006 |
| Dr. Angel Rojo Fernández-Río | España | 10 agosto 2006 |
| Dr. Måns Jacobsson | Suecia | 9 septiembre 2010 |
| Dr. Santiago Muñoz Machado | España | 9 junio 2011 |
| Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov | Rusia | 13 octubre 2011 |
| Dr. Francisco Miró Quesada Rada | Perú | 10 abril 2014 |
| Dr. Augusto Ferrero Costa | Perú | 25 septiembre 2014 |
| Dr. Domingo García Belaunde | Perú | 25 septiembre 2014 |
| Dr. Horacio Rosatti | Santa Fe | 26 noviembre 2015 |
| Dr. Ricardo Olivera García | Uruguay | 26 noviembre 2015 |
| Dr. Marcelo López Mesa | Buenos Aires | 14 abril 2016 |
| Dr. Diego Valadés | México | 11 agosto 2016 |
| Dr. Miguel Herrero de Miñón | España | 8 junio 2017 |
| Dr. Jorge H. Gentile | Córdoba | 7 diciembre 2017 |
| Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez | Colombia | 8 agosto 2019 |

ACADÉMICOS PRESIDENTES

| | |
|--------------------------------|--|
| Dr. Wenceslao Escalante | Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho |
| Acta n° 1 del 7-10-1908. | |
| Dr. Manuel Obarrio | 1910/1916 |
| Dr. José Nicolás Matienzo | 1916/1936 |
| Dr. Ernesto Bosch | 1936/1937 |
| Dr. Leopoldo Melo | 1937/1951 |
| Dr. Carlos Saavedra Lamas | 1951/1958 |
| Dr. Clodomiro Zavalía | 1959/1959 |
| Dr. Atilio Dell'Oro Maini | 1959/1967 |
| Dr. Agustín N. Matienzo | 1967/1971 |
| Dr. Eduardo B. Busso | 1971/1974 |
| Dr. Alberto G. Padilla | 1974/1977 |
| Dr. Marco Aurelio Risolía | 1977/1980 |
| Dr. Isidoro Ruiz Moreno | 1980/1983 |
| Dr. Segundo Linares Quintana | 1983/1986 |
| Dr. Marco Aurelio Risolía | 1986/1989 |
| Dr. Federico Videla Escalada | 1989/1992 |
| Dr. Enrique Ramos Mejía | 1992/1995 |
| Dr. José Domingo Ray | 1995/1998 |
| Dr. Roberto Martínez Ruiz | 1998/2001 |
| Dr. Horacio A. García Belsunce | 2001/2004 |
| Dr. Alberto Rodríguez Galán | 2004/2007 |
| Dr. Julio César Otaegui | 2007/2009 |
| Dr. Eduardo Aguirre Obarrio | 2009/2010 |
| Dr. Eduardo Aguirre Obarrio | 2010/2011 |
| Dr. Gregorio Badeni | 2011/2013 |
| Dr. Gregorio Badeni | 2013/2016 |
| Dr. Jorge R. Vanossi | 2016/2019 |
| Dr. Roberto E. Luqui | 2019/2022 |

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

| | |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| Dr. Carlos Alberto Acevedo | Dr. Juan José Díaz Arana |
| Dr. Carlos A. Adrogué | Dr. Manuel María Diez |
| Dr. Juan R. Aguirre Lanari | Dr. Luis M. Drago |
| Dr. Eduardo Aguirre Obarrio | Dr. Mariano J. Drago |
| Dr. Jorge A. Aja Espil | Dr. Wenceslao Escalante |
| Dr. Jorge H. Alterini | Dr. Felipe A. Espil |
| Dr. Juan Álvarez | Dr. Rómulo Etcheverry Boneo |
| Dr. Octavio R. Amadeo | Dr. José Figueroa Alcorta |
| Dra. Margarita Arguás | Dr. Horacio P. Fargosi |
| Dr. Marco R. Avellaneda | Dr. Salvador Fornieles |
| Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia | Dr. Vicente C. Gallo |
| Dr. Antonio Bermejo | Dr. Guillermo Garbarini Islas |
| Dr. Juan A. Bibiloni | Dr. Juan Agustín García |
| Dr. Germán J. Bidart Campos | Dr. Juan M. Garro |
| Dr. Eduardo L. Bidau | Dr. Juan A. González Calderón |
| Dr. Carlos María Bidegain | Dr. Dimas González Gowland |
| Dr. Rafael Bielsa | Dr. Aquiles H. Guaglianone |
| Dr. Bernardino Bilbao | Dr. Elías P. S. Guastavino |
| Dr. Adolfo Bioy | Dr. Carlos Güiraldes (h) |
| Dr. Guillermo A. Borda | Dr. Roberto Guyer |
| Dr. Ernesto Bosch | Dr. Alberto Hueyo |
| Dr. Rodolfo Bullrich | Dr. Carlos Ibarguren |
| Dr. Carlos O. Bunge | Dr. Eduardo Labougle |
| Dr. Eduardo B. Busso | Dr. Héctor Lafaille |
| Dr. Jorge Bustamante Alsina | Dr. Héctor P. Lanfranco |
| Dr. Pablo Calatayud | Dr. Hilario Largaía |
| Dr. Hugo Caminos | Dr. Tomás Le Bretón |
| Dr. Francisco Canale | Dr. Ricardo Levene |
| Dr. José O. Casás | Dr. Juan Francisco Linares |
| Dr. Ramón S. Castillo | Dr. Segundo V. Linares Quintana |
| Dr. Santos Cifuentes | Dr. Mario Justo López |
| Dr. Alfredo Colmo | Dr. José María López Olaciregui |
| Dr. Jorge E. Coll | Dr. Baldomero Llerena |
| Dr. Julio César Cueto Rúa | Dr. Osvaldo Magnasco |
| Dr. Tomás R. Cullen | Dr. Carlos C. Malagarriga |
| Dr. Mauricio P. Daract | Dr. Miguel S. Marienhoff |
| Dr. Calixto S. de la Torre | Dr. Félix Martín y Herrera |
| Dr. Antonio Dellepiane | Dr. Roberto Martínez Ruiz |
| Dr. Atilio Dell’Oro Maini | Dr. Agustín N. Matienzo |
| Dr. Mariano de Vedia y Mitre | Dr. José N. Matienzo |
| | Dr. Jorge M. Mayer |

Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía

Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Prólogo | |
| <i>Por Osvaldo A. Maddaloni y Daniel Funes de Rioja</i> | 17 |
| Licencias por examen contenidas en los convenios colectivos | |
| <i>Por Carlos M. Aldao Zapiola</i> | 19 |
| Hacia un debate científico en torno al sujeto del Derecho de Huelga | |
| <i>Por Eduardo O. Álvarez</i> | 53 |
| La interpretación constitucional judicial en el presente y en el futuro del Derecho del Trabajo | |
| <i>Por Leonardo J. Ambesi</i> | 63 |
| El futuro del trabajo. Jornada de trabajo | |
| <i>Por Marcelo Aquino</i> | 83 |
| Relaciones entre el régimen de contrato de trabajo y el derecho de la seguridad social | |
| <i>Por Graciela Cipolletta</i> | 101 |
| Problemas centrales en la solución de los conflictos y las controversias laborales | |
| <i>Por Carlos Alberto Etala</i> | 149 |
| El caso Janus de la Corte Suprema de los Estados Unidos: alcances en materia de libertad sindical e implicancias en la realidad argentina | |
| <i>Por Daniel Funes de Rioja</i> | 161 |

| | |
|---|-----|
| Derecho a la desconexión digital: Examen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo <i>Por Héctor Omar García</i> | 185 |
| De qué hablamos cuando hablamos de género <i>Por Graciela González</i> | 223 |
| La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial y la imputación de responsabilidad en materia laboral <i>Por Osvaldo A. Maddaloni</i> | 303 |
| Las contingencias vinculadas a la salud del trabajador dependiente en el derecho argentino ¿Responsabilidad del empleador o de la seguridad social? <i>Por Miguel Angel Maza</i> | 327 |
| El orden público laboral frente a la realidad económica <i>Por Carlos Pose</i> | 367 |
| La sentencia definitiva –con mandato preventivo– como garantía de la tutela judicial oportuna <i>Por Diego J. Tula</i> | 397 |

PRÓLOGO

El Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, presenta –una vez más– un trabajo colectivo de sus integrantes elaborado entre los años 2018 y 2019.

En esta oportunidad se trata de diversos trabajos que comprenden temas tales como: licencia por examen en los convenios colectivos del trabajo, titularidad del derecho de huelga, la interpretación constitucional judicial en el presente y futuro del derecho del trabajo, la sentencia definitiva –con mandato preventivo– como garantía de la tutela judicial oportuna, derecho a la desconexión digital, la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial y la imputación de responsabilidad en materia laboral, el futuro del trabajo y la jornada de trabajo, el orden público laboral frente a la realidad económica, relaciones entre el régimen de contrato de trabajo y el derecho de la seguridad social, las contingencias vinculadas a la salud del trabajador dependiente en el derecho argentino. ¿Responsabilidad del empleador o de la seguridad social?

El abordaje de las temáticas ha sido concebido con profundidad académica y elementos prácticos, lo que convierte a estos trabajos en herramientas útiles a la hora del ejercicio del Derecho del Trabajo.

Este conjunto de trabajos realizados en el marco del Instituto tienen por finalidad identificar cuestiones de trascendencia en el área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, promoviendo un diálogo académico sustantivo entre sus miembros y con el propósito de una ulterior divulgación que amplíe la dinámica del permanente diálogo que hace a tan sustantiva y vigente rama del Derecho.

Oswaldo A. Maddaloni
Coordinador

Daniel Funes de Rioja
Director

LICENCIAS POR EXAMEN CONTENIDAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

POR CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA*

Introducción

El mundo del trabajo y, por tanto, las modalidades laborales están sufriendo un vertiginoso cambio, incluso se sostiene que se están frente a una cuarta revolución industrial.

En una investigación anterior¹ se identificaron los que, a nuestro entender, eran los principales, veinte grandes cambios:

- 1) Las variaciones de la relación empleo desempleo;
- 2) El desempleo joven;
- 3) El desempleo femenino;
- 4) La disminución del trabajo dependiente;
- 5) La disminución del trabajo a tiempo completo;
- 6) El aumento del trabajo para múltiples empleadores;
- 7) La disminución de los trabajos con duración prolongada (alta rotación);
- 8) El corrimiento de la edad jubilatoria;
- 9) La modificación de la participación de trabajadoras femeninas;
- 10) El fenómeno de las migraciones;
- 11) El crecimiento del trabajo informal;
- 12) Los cambios de los sectores productivos demandantes de trabajo;

* Con la colaboración de Maximiliano P. Meda en la recopilación, sistematización y análisis de datos.

¹ ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. "El cambio de las modalidades laborales y la nueva lógica del derecho del trabajo", *Trabajo y Seguridad Social*, vol. 12, Buenos Aires: El Derecho, 2017.

- 13) Las modificaciones de los valores culturales relativos al trabajo;
- 14) La tecnificación, robotización y computarización como así también las implicancias de la inteligencia artificial;
- 15) Los nuevos conocimientos requeridos para la prestación laboral;
- 16) La duración de los procesos de formación;
- 17) Las nuevas formas de organización en el ámbito laboral;
- 18) La escasa adaptación de las normas regulatorias del empleo;
- 19) La necesaria competitividad;
- 20) La búsqueda de mayor productividad;

De este listado hay al menos tres aspectos (números 14, 15 y 16) que se vinculan a la formación y capacitación continua. Además, y relacionado con la formación profesional, regulada autónomamente en los CCT, podemos destacar la incorporación al texto de los convenios del instituto licencias por examen. Este último aspecto, el relacionado a las licencias por examen y su incorporación convencional, constituye el objetivo del análisis realizado a continuación.

Metodología

A los fines de la elaboración del presente ensayo, se ha partido de continuar con la metodología empleada en varias publicaciones anteriores², lo cual implicó secuencialmente los siguientes pasos:

- 1) Recopilación de la totalidad de los CCT acordados, homologados, registrados y publicados por el Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación. Notesé que sólo se han considerado aquellos instrumentos que reúnan, simultáneamente, las siguientes tres condiciones: a) Haber sido “homologados” (expresa o tácitamente) por el Ministerio de Producción y Trabajo (lo que implica no considerar acuerdos que no hubieran sido presentados a su homologación como así también los que presentados hubieran sido rechazados); b) que hubieran sido homologados como “Convenios Colectivos de Tra-

² ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. “Licencias: bases para una negociación colectiva”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires: El Derecho, 1987.; ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M.; SÁNCHEZ, ROBERTO; BIANCHI, CARLOS; Y MUZZIO, GRACIELA. “Convenciones Colectivas de Trabajo: Guía para su estudio”, *Revista Derecho del Trabajo*, vol. XLVIII-A, 1988.

- bajo” y no como “Acuerdos”; y, c) Que hubieran sido registrados y publicados.
- 2) Realizado el paso anterior, y con el fin su agregación, se seleccionaron 5 variables de clasificación: a) Nivel de negociación (Actividad, Rama, Empresa, Establecimiento); b) Actividad económica (según lo establecido en la “Clasificación Industrial Uniforme de todas las actividades económicas” -CIU Rev. 2.; c) Ámbito de aplicación jurisdiccional (Nacional, Regional, Empresa y Establecimiento); d) Tamaño del Convenio (medido en cantidad de beneficiarios); y, e) Categoría ocupacional del personal comprendido. Como resultado de esta segunda etapa ha sido posible la elaboración de un “mapa”³ de los convenios colectivos de trabajo celebrados en Argentina.
 - 3) La tercera etapa, implicó la lectura del texto de 100 CCT seleccionados aleatoriamente con el fin de identificar los contenidos (“institutos”, “temas” o “líneas”) de sus cláusulas y, posterior validación, de la tipología mediante la ampliación de la lectura a 186 CCT. La taxonomía de las cláusulas, resultado de esta tercera etapa, permitió identificar –en un primer nivel– 27 grandes contenidos o institutos abordados por los CCT.
 - 4) En base a esta metodología se han elaborado numerosas “muestras” que, como ya se mencionara, han posibilitado varias de las publicaciones sobre el tema. En la presente investigación, y bajo la persuasión sobre la necesidad de presentar un abordaje “cualitativo” y “cuantitativo” de las licencias por examen, se ha optado por desarrollar una muestra *ad hoc*, cuyos criterios de selección y composición serán materia del título siguiente.

Características y composición de la muestra ad hoc

Teniendo con consideración la especial finalidad de este trabajo, dar cuenta de la regulación convencional del instituto referido a “licencia por exámenes” en los CCT, se ha optado por la selección de 17 unidades de negociación en base al método no probabilístico intencional o de conveniencia.

³ Una versión actualizada del «mapa» puede consultarse en ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. *Breve historia de la Negociación Colectiva en Argentina/ Brief history of the collective bargaining in Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2018.

Es de remarcar que, no obstante la discrecionalidad en la selección de las unidades de negociación en base a este criterio metodológico, la validez de la muestra ha resultado corroborada mediante la compulsa de ésta con la utilizada por el Ministerio de Producción y Empleo para la elaboración y publicación estadística correspondiente al “Salario conformado de convenio”. Esta situación –y principalmente el criterio no estadístico utilizado– imposibilita la realización de generalizaciones a partir de los resultados obtenidos por este tipo muestreo; sin embargo, los datos aquí consignados deben interpretarse en orden de tendencia del tratamiento, que el instituto “licencia por examen”, recibe en la norma convencional (CCT).

Entre las características de las unidades de negociación, podemos mencionar:

- Alta cantidad de personal representado;
- Relevancia de la actividad y sector;
- Importancia de la empresa en el sector;
- La participación personal y directa, en varias de las unidades de negociación escogidas, del autor de este trabajo;

Identificadas las unidades de negociación (“universo muestral”) se analizó la totalidad de convenios pertenecientes a cada una de ellas, durante el período 1975-2003, lo que permitió identificar 39 convenios colectivos. Entre las principales características surgidas del análisis cronológico/histórico ha de mencionarse que:

- 15 de las 17 unidades de negociación (88%) cuenta con un convenio homologado en el año 1975.
- 5 de las 15 unidades con convenios que datan de 1975 no han, a la fecha, renovado su CCT.
- De las 10 unidades restantes, 5 lo han hecho en una oportunidad, 2 en dos oportunidades, tres renegociaciones han tenidos los convenios pertenecientes a 2 de las unidades de negociación escogidas y, en un solo supuesto, la unidad de negociación ha renegociado en más de tres oportunidades su convenio colectivo.

A continuación y a modo de cuadro se identifican las 17 unidades de negociación seleccionadas (Empleador / Sindicato), precedidas de la actividad económica a la que pertenecen, y con indicación de: la identificación del CCT correspondiente a la 1º negociación, las sucesivas renovaciones –para el caso de que existieran–, y la cantidad de beneficiarios consignados en el texto del convenio.

Cuadro N°1: Unidades de negociación seleccionadas, según actividad económica, empleador, sindicato, CCT –1ra negociación–, CCT renovaciones y cantidad de beneficiarios.

| Actividad económica | Empleador | Sindicato | CCT - 1ra negociación | CCT - Renovaciones | Cantidad de beneficiarios |
|--|--|--|-----------------------|--------------------------|---------------------------|
| 8. Servicios financieros, de seguros, inmobiliarios y empresariales | Asociación de Bancos de la República Argentina | Asociación Bancaria | 18/75 “A” | No registra | 150.000 |
| 3. Industrias manufactureras 3111. Matanza de ganado y preparación y conservación de carne | Empresas Integrantes de la Industria de la Carne | Federación Gremial del Personal de la Industria de la Carne y sus derivados | 56/75 “A” | No registra | 100.000 |
| 5. Construcción | Cámara Argentina de la Construcción | Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina | 76/75 “A” | No registra | 500.000 |
| 6. Comercio | Cámara Argentina de Comercio | Confederación General de Empleados de Comercio de la República Argentina | 130/75 “A” | No registra | 1.200.000 |
| 3. Industrias manufactureras | Federación Argentina de la Industria Metalúrgica | Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina | 260/75 “A” | No registra | 400.000 |
| 3. Industrias manufactureras 3843. Fabricación de vehículos automotores | Ford Motor Argentina S.A. | Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor de la República Argentina | 14/75 “E” | Una renovación: 8/89 “E” | 7.600 |

| Actividad económica | Empleador | Sindicato | CCT - 1ra negociación | CCT - Renovaciones | Cantidad de beneficiarios |
|--|---|---|-----------------------|---|---------------------------|
| 7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones 7111. Transporte por vía férrea | Ferrosur Roca S.A. | La Fraternidad | 26/75 "A" | Una renovación: 306/98 "E" | 14.462 |
| 3. Industrias manufactureras 3692. Fabricación de cemento, cal y yeso | Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (obreros) | Asociación Obrera Minera Argentina | 40/75 "A" | Una renovación: 54/89 "A" | 8.000 |
| 3. Industrias manufactureras 3692. Fabricación de cemento, cal y yeso | Asociación De Fabricantes De Cemento Portland (empleados) | Asociación Obrera Minera Argentina | 43/75 "A" | Una renovación: 53/89 "A" | 2.000 |
| 7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones 7114. <i>Transporte de carga por carretera</i> | Confederación Argentina del Transporte Automotor de Cargas | Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y obreros del Transporte Automotor de Cargas | 47/75 "A" | Una renovación: 40/89 "A" | 150.000 |
| 3. Industrias manufactureras | Federación de la Industria de Productos Alimenticios y Afines | Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación | 54/75 "A" | Dos renovaciones: 89/90 "A" y 244/94 "A" | 150.000 |
| 3. Industrias manufactureras 3822. Fabricación de maquinaria agropecuaria y forestal | John Deere Argentina S.A | Sindicato Obreros y Empleados de la Industria del Tractor | 373/75 "A" | Dos renovaciones: 121/90 "A" y 198/96 "E" | 1.580 |

| Actividad económica | Empleador | Sindicato | CCT - 1ra negociación | CCT - Renovaciones | Cantidad de beneficiarios |
|---|---|--|-----------------------|---|---------------------------|
| 3. Industrias manufactureras 3843. Fabricación de vehículos automotores | General Motors Argentina S.A. | Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor de la República Argentina | 12/75 "E" | Tres renovaciones: 98/94 "E", 242/97 "E" y 475/02 "E" | 5.200 |
| 7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones 7200. Comunicaciones | Telecom Argentina Stet France Telecom Sociedad Anónima | Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina | 165/75 "A" | Tres renovaciones: 163/91 "A", 201/92 "A" y 567/03 "E" | 50.000 |
| 7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones 7111. Transporte por vía férrea | Ferrosur Roca S.A. | Unión Ferroviaria | 21/75 "E" | Seis renovaciones: 83/93 "E", 128/94 "E", 240/97 "E", 352/99 "E", 408/00 "E" y 543/03 "E" | 109.299 |
| 7. Transporte, almacenamiento y comunicaciones 7200. Comunicaciones | Telecom Argentina Stet France Telecom Sociedad Anónima (telemarketer) | Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina | 576/03 "E" | No registra | 2.000 |
| 3. Industrias manufactureras 3843. Fabricación de vehículos automotores | Toyota Argentina S.A. | Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor de la República Argentina | 190/96 "E" | Una renovación: 449/01 "E" | 1.000 |

Desarrollo

Licencias vinculadas a la formación profesional y el caso de las licencias por exámenes

Como ya se hiciera mención, no se desconoce el tratamiento que los CCT realizan en aspectos relacionados a la formación profesional estipulando planes de capacitación, becas, otorgamiento de categorías, adicionales, entre otros supuestos. Sin embargo, en esta investigación se considerará sólo uno de los múltiples aspectos en que el interés de las partes en la formación profesional se materializa, esto es: las “licencias por examen”.

Se ha sostenido que «En general, todas las situaciones que el lenguaje usual (y también en la terminología legal) se denominan “licencias”, constituyen asimismo suspensiones de ciertos aspectos del contrato de trabajo»⁴. En este caso se trata de la suspensión de la obligación de concurrir a sus tareas por parte del trabajador, permaneciendo ausente a éstas, sin por ello incurrir en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Las licencias están reguladas imperativamente por la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), por leyes especiales; y, convencionalmente, por los CCT.

A los fines de procurar una definición de este instituto, se ha recurrido al Glosario de OIT que conceptualiza y define la “Licencia de formación”; la “Licencia diaria de estudios”; y, la “Licencia paga de estudios”.

Licencia de formación:

Sistema en virtud del cual un trabajador en formación es autorizado a ausentarse de su trabajo, con paga o sin ella, para seguir cursos de enseñanza general o complementaria que forman parte de su programa de formación, los que pueden estar concentrados en varias semanas o meses consecutivos por año⁵.

Licencia diaria de estudios:

Sistema en virtud del cual un trabajador en formación es autorizado a ausentarse de su trabajo durante un número determinado de horas por semana, con paga o sin ella, para seguir cursos de instrucción relacionada con su formación⁶.

⁴ GOLDIN, ADRIÁN Y GUIADO, HÉCTOR. “Capítulo III. Alteraciones en el desarrollo de la relación”, en *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Buenos Aires: La Ley, 2009, pág. 468.

⁵ OIT. *Formación profesional: Glosario de términos escogidos*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1993, pág. 44.

⁶ *Ibíd.* pág. 45.

Licencia paga de estudios:

Licencia concedida a los trabajadores, con fines educativos, ya sea de formación a todos los niveles, de educación general, social, cívica y también sindical, por un período determinado, durante las horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas⁷.

Atento a la claridad de los conceptos transcritos, y la irrelevancia de las diferencias, no resulta pertinente realizar comentario alguno sobre el particular, bastando dejar constancia que el presente trabajo no prescinde, en su análisis, de ninguna de las modalidades (diarias, mensuales, anuales, pagas, no pagas, etc.) adoptadas por las partes del CCT para la regulación del instituto.

Análisis cuantitativo de las licencias por examen

Identificados la totalidad de los CCT (39 en total) pertenecientes a las 17 unidades de negociación seleccionadas, se procedió a su agrupamiento y distribución según los siguientes criterios: Nivel de negociación; CIU; Ámbito de aplicación jurisdiccional; Tamaño del convenio –medido en cantidad de beneficiarios–; y, Categoría ocupacional.

De conformidad a la primera variable de clasificación (“Nivel de negociación” - cuadro N° 2) surge que:

- a) 31 CCT (79%) contienen disposiciones relativas a licencia por examen.
- b) A nivel “Actividad”, en donde la cantidad de convenios que abordan el tema asciende a 15 CCT (75%), no contienen disposiciones sobre el particular los convenios de “Telefónicos” (165/75 “A”); “John Deere” (373/75 “A” y 121/90 “A”); y “Camioneros” (47/75 “A” y 40/89 “A”) aunque algunos de estos hubiesen posteriormente enmendado la situación mediante la negociación de “acuerdos” o la renegociación de los “convenios”.
- c) A nivel “Empresa”, los CCT con cláusulas sobre licencias por exámenes son 16 (79%). Sólo los convenios de “Unión Ferroviaria” (21/75 “E”) y Toyota (190/96 “E” y 449/01 “E”) omiten el tratamiento específico del tema.

⁷ *Ibíd.*

- d) Sólo un 22 % de los trabajadores (cantidad de beneficiarios) de los convenios pertenecientes al nivel de negociación “Empresa”, goza de licencia por examen establecida por convenio. La diferencia entre el alto porcentaje de convenios de empresa que abordan el tema (79%) y la baja cantidad de beneficiarios (22%), es el resultado ha de atribuirse a la alta preponderancia, en cantidad de beneficiarios, del convenio de la “Unión Ferroviaria” (21/75 “E”) que resulta aplicable a 109.299 trabajadores.

Cuadro N° 2: Convenios incluidos en la muestra seleccionada con cláusulas sobre “licencia por examen”, según nivel de negociación (en cantidad de convenios y beneficiarios).

| Nivel de negociación | Muestra seleccionada | | |
|------------------------|----------------------|------------------------------|-------------------|
| | Tratan el tema | % de CCT que abordan el tema | No tratan el tema |
| Actividad | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 15 | 75% | 5 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.933.462 | 89% | 353.160 |
| Rama | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0 | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0 | 0 |
| Empresa | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 16 | 84% | 3 |
| <i>Beneficiarios</i> | 32.100 | 22% | 111.199 |
| Establecimiento | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0 | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0 | 0 |
| Total | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 31 | 79% | 8 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.965.562 | 86% | 464.359 |

Fuente: Elaboración propia

La segunda variable de agrupamiento o distribución de los convenios es aquella que considera la “actividad económica (CIU)” (cuadro N° 3). En base a está surge, especialmente, que:

- a) De la totalidad de las actividades consideradas en la selección⁸, sólo la actividad “Industria Manufacturera” y “Transporte, almacenamiento y comunicaciones” agrupan algún supuesto de convenios sin regulación sobre el tema. Correlativamente, puede afirmarse que la totalidad de los convenios de “Construcción”; “Comercio” y “Establecimientos financieros, seguros y anexos” contienen regulaciones sobre licencia por examen.
- b) Dentro de la actividad “Industrias manufacturas”, en la que se agrupan un total de 20 CCT, se han identificado cláusulas sobre licencias por examen en 16 de ellos (80%). Los cuatro casos restantes corresponden a los convenios de “John Deere” (373/75 “A” y 121/90 “A”); y Toyota (190/96 “E” y 449/01 “E”). Nótese que no obstante la existencia de un 20% de los CCT que no abordan el tema de licencia por examen, el peso de los mismos es muy bajo cuando se observa en cantidad de beneficiarios (sólo 1%); bien podría sostenerse, entonces, que casi la totalidad de los beneficiarios de CCT de “Industrias manufactureras” gozan de dicho beneficio.
- c) En la actividad “Transporte, almacenamiento y comunicaciones” la cantidad de CCT que regulan licencias por examen es de 12 (75%). Los convenios de “Teléfonos” (165/75 “A”); “Camioneros” (47/75 “A” y 40/89 “A”) y “Unión Ferroviaria” (21/75 “E”) no regulan el tema.
- d) Un análisis del total de la selección, en cantidad de beneficiarios, permite afirmar que un 86% de los trabajadores comprendidos en los convenios de la muestra, son beneficiarios de cláusulas convencionales referidas a licencia por examen.

⁸ Corresponden mencionar que la muestra no contempla convenios pertenecientes a las siguientes actividades económicas: “Agricultura, Caza, Silvicultura y Pesca”; “Explotación de minas y canteras”; “Electricidad, gas y agua” y “Servicios comunales, sociales y personales”.

Cuadro N° 3: Convenios incluidos en la muestra seleccionada con cláusulas sobre “licencia por examen”, según actividad económica (en cantidad de convenios y beneficiarios).

| CIU | Muestra seleccionada | | |
|-------------------------------------|----------------------|------------------------------|-------------------|
| | Tratan el tema | % de CCT que abordan el tema | No tratan el tema |
| Agricult., caza, silvicult. y pesca | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |
| Explotación de minas y canteras | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |
| Industrias manufactureras | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 16 | 80% | 4 |
| <i>Beneficiarios</i> | 988.800 | 99% | 5.060 |
| Electricidad, gas y agua | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |
| Construcción | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 1 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 500.000 | 100% | 0 |
| Comercio | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 1 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 1.200.000 | 100% | 0 |
| Transp., almacenam. y comunic. | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 12 | 75% | 4 |
| <i>Beneficiarios</i> | 126.762 | 22% | 459.299 |
| Estable. financ., segur. y anexos | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 1 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 150.000 | 100% | 0 |
| Serv. comun., sociales y person. | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |
| Total | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 31 | 79% | 8 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.965.562 | 86% | 464.359 |

Fuente: Elaboración propia

El cuadro N° 4 se corresponde con la tercer variable considerada: “ámbito de aplicación jurisdiccional” y de sus resultados es posible realizar los siguientes comentarios:

- a) Cuando se considera el ámbito “Nacional”, se observa una abrumadora mayoría de cláusulas que tratan el tema, tanto en cantidad de convenios (15 CCT –94%–) como en cantidad de beneficiarios (2.933.462 –98%–).
- b) Al observar los resultados correspondientes a los CCT de alcance “Regional”, se evidencia la baja cantidad de CCT que incorporan, en sus textos, cláusulas de licencia por examen. Sólo 1 CCT (20%) lo hace: es el de “John Deere” 198/96 “E”. Hay 4 CCT (80%) que no lo hacen. Ellos son “John Deere” (373/75 “A” y 121/90 “A”) y “Camioneros” (47/75 “A” y 40/89 “A”).
- c) En lo que respecta a CCT de “Empresa o establecimiento” los resultados muestran que 15 CCT (83%) contienen clausulas sobre el particular, mientras que 3 CCT (27%) las omiten.

Cuadro N° 4: Convenios incluidos en la muestra seleccionada con cláusulas sobre “licencia por examen”, según ámbito de aplicación jurisdiccional (en cantidad de convenios y beneficiarios).

| Ámbito de aplicación jurisdiccional | Muestra seleccionada | | |
|-------------------------------------|----------------------|------------------------------|-------------------|
| | Tratan el tema | % de CCT que abordan el tema | No tratan el tema |
| Nacional | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 15 | 94% | 1 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.933.462 | 98% | 50.000 |
| Regional | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 1 | 20% | 4 |
| <i>Beneficiarios</i> | 400 | 0% | 303.160 |
| Empresa o establecimiento | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 15 | 83% | 3 |
| <i>Beneficiarios</i> | 31.700 | 22% | 111.199 |
| Total | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 31 | 79% | 8 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.965.562 | 86% | 464.359 |

Fuente: Elaboración propia

Considerando la variable “tamaño del convenio (medido en cantidad de beneficiarios)” (cuadro N° 5) se evidencia que los CCT de mayor y menor cantidad de beneficiarios incluyen (entre un 92% y un 100%), cláusulas referidas a la licencia por examen. En cambio, los rangos intermedios sólo lo hacen entre un 50% y un 75%.

Cuadro N° 5: Convenios incluidos en la muestra seleccionada con cláusulas sobre “licencia por examen”, según tamaño del convenio - (en cantidad de convenios y beneficiarios).

| Número de beneficiarios | Muestra seleccionada | | |
|-------------------------|----------------------|------------------------------|-------------------|
| | Tratan el tema | % de CCT que abordan el tema | No tratan el tema |
| 1 a 9 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |
| 10 a 99 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |
| 100 a 999 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 11 | 92% | 1 |
| <i>Beneficiarios</i> | 4.800 | 84% | 900 |
| 1.000 a 9.999 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 9 | 75% | 3 |
| <i>Beneficiarios</i> | 47.300 | 92% | 4.160 |
| 10.000 a 99.999 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 3 | 75% | 1 |
| <i>Beneficiarios</i> | 113.462 | 69% | 50.000 |
| 100.000 a 999.999 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 7 | 70% | 3 |
| <i>Beneficiarios</i> | 1.600.000 | 80% | 409.299 |
| más de 1.000.000 | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 1 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 1.200.000 | 100% | 0 |
| Total | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 31 | 79% | 8 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.965.562 | 86% | 464.359 |

Fuente: Elaboración propia

Finalmente, de acuerdo a la quinta variable de clasificación “categoría ocupacional” (cuadro N° 6) resulta que ninguno de los CCT aplicables a “Empleados”; “Todo el personal” y “Técnicos y profesionales” contemplan cláusulas de licencias por examen. Mientras que 19 CCT de “Obreros y Empleados” (86%) y 3 CCT de solo “Obreros” (60%) las consideran. Este dato, y de ratificarse esta tendencia, puede sugerir que a mayor categoría ocupacional del personal comprendido menor es el otorgamiento de licencias con fines de formación/exámenes.

Cuadro N° 6: Convenios incluidos en la muestra seleccionada con cláusulas sobre “licencia por examen”, según categoría ocupacional (en cantidad de convenios y beneficiarios).

| Categoría ocupacional | Muestra seleccionada | | |
|--------------------------|----------------------|------------------------------|-------------------|
| | Tratan el tema | % de CCT que abordan el tema | No tratan el tema |
| Obreros | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 3 | 60% | 2 |
| <i>Beneficiarios</i> | 516.000 | 77% | 151.000 |
| Empleados | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 3 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 6.000 | 100% | 0 |
| Todo el personal | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 3 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 1.600 | 100% | 0 |
| Obreros y Empleados | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 19 | 86% | 3 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.422.825 | 94% | 153.160 |
| Técnicos y profesionales | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 2 | 100% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 14.637 | 100% | 0 |
| Personal jerárquico | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | 0 |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | 0 |

| Categoría ocupacional | Muestra seleccionada | | |
|------------------------|----------------------|------------------------------|-------------------|
| | Tratan el tema | % de CCT que abordan el tema | No tratan el tema |
| Supervisores | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 0 | 0% | |
| <i>Beneficiarios</i> | 0 | 0% | |
| Otros mixto | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 1 | 25% | 3 |
| <i>Beneficiarios</i> | 4.500 | 3% | 160.199 |
| Total | | | |
| <i>Cantidad de cct</i> | 31 | 79% | 8 |
| <i>Beneficiarios</i> | 2.965.562 | 86% | 464.359 |

Fuente: Elaboración propia

A modo de cierre de este análisis cuantitativo, es de interés remarcar enfáticamente dos aspectos que pueden considerarse relevantes:

- La alta importancia acordada por los actores, de las unidades de negociación seleccionadas, a la incorporación de cláusulas relativas a “licencias por examen”.
- Que de acuerdo a los resultados obtenidos parecería surgir que a mayor calificación del personal comprendido (ámbito personal de aplicación) menor es la propensión de las partes a regular convencionalmente las licencias por examen.

Análisis cualitativo de las licencias por examen

Previo a comenzar el análisis cualitativo propuesto del abordaje del instituto “licencias por examen”, contenido en los CCT, conviene recordar el imperativo legal dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo (20.774) en la regulación del instituto. Se trata de los artículos 158 (inciso e), 159 y 161, cuyos textos se transcriben a continuación:

Art. 158. — Clases.

El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

- e) Para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, dos (2) días corridos por examen, con un máximo de diez (10) días por año calendario.

Art. 159. — Salario. Cálculo.

Las licencias a que se refiere el artículo 158 serán pagas, y el salario se calculará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 155 de esta ley.

Art. 161. — Licencia por exámenes. Requisitos.

A los efectos del otorgamiento de la licencia a que alude el inciso e) del artículo 158, los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por organismo provincial o nacional competente.

El beneficiario deberá acreditar ante el empleador haber rendido el examen mediante la presentación del certificado expedido por el instituto en el cual curse los estudios.

Entre las características del régimen normativo legalmente establecido, que constituye un mínimo inderogable que los convenios colectivos pueden ampliar fijando nuevos supuestos o extendiendo su duración, habrá de destacarse que:

- a) La licencia solo es procedente en los casos en que el trabajador deba rendir examen en la enseñanza media o universitaria, lo que excluiría supuestos de exámenes correspondientes a la enseñanza primaria.
- b) La licencia será por dos días corridos y con un máximo de 10 días por año calendario. No se hace alusión alguna respecto del momento en que el trabajador puede, o debería comunicar al empleador, el uso de esta licencia. Por otra parte, y ante el silencio de la ley, correspondería determinar si es posible para el trabajador solicitar licencia por un plazo menor al de 2 días.
- c) La licencia sólo es aplicable a supuestos de exámenes correspondientes a planes de enseñanza oficiales o autorizados por organismos competentes.
- d) Se impone al trabajador la obligación de probar haber rendido el examen mediante la presentación del certificado expedido por el instituto, lo cual constituye una limitación de los medios probatorios.

Expresado esto, y siguiendo el orden establecido en el cuadro N° 1, a continuación se transcribirán⁹ las normas relativas a licencias por examen

⁹ Corresponde aclarar que considerando que los convenios, mayoritariamente, tratan el tema licencias por examen conjuntamente con otras licencias (matrimonio, maternidad, muerte, etc.) la transcripción sólo se realizará de la parte estrictamente pertinente.

que remiten al régimen legal comentado precedentemente o bien, y aunque con una sintaxis diferente, son sustancialmente idénticas para, posteriormente, dar cuenta de aquellos convenios que amplían el régimen de licencias legalmente establecido.

Cláusulas de licencia por examen: remisión a la ley

En orden a lo expresado al finalizar el título anterior, a continuación se listan los CCT cuyas disposiciones resultan concordantes con lo legalmente dispuesto por la LCT (arts. 158, inc. e, 159 y 161).

- “*Frigoríficos*” (Empresas Integrantes de la Industria de la Carne // Federación Gremial del Personal de la Industria de la Carne y sus derivados) – CCT 56/75 “A”.

Artículo 55: Las empresas concederán al personal permisos pagos en los casos y durante los períodos que se encuentran seguidamente:

f) para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, dos días corridos por examen, con un máximo de diez días por año calendario.

El artículo 55, del CCT 56/75 “A”, constituye una reproducción de lo legalmente establecido en el artículo 158 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por su parte, es de mencionar que la expresión “...concederán al personal permisos pagos...” nada agrega al régimen legal vigente que, en su artículo 159, expresamente dispone el pago de estas licencias.

- “*Construcción*” (Cámara Argentina de la Construcción // Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina) - CCT 76/75 “A”

Artículo 20: En lo que concierne a las licencias se estará a lo dispuesto por el artículo 172° y concordantes de la L.C.T (Ley 20.744). Empero,...

3°) Para rendir examen en la enseñanza secundaria, universitaria o técnica, para la capacitación profesional de la industria de la construcción, se otorgará una licencia de dos días corridos con un máximo de diez días por año calendario.

El artículo 20 remite, en lo general, a lo normado en la LCT por lo que su inciso 3°, habrá de interpretarse como un supuesto adicional para los casos en que los exámenes estén relacionados a actividades de capacitación (secundaria, universitaria o técnica) vinculadas, específicamente, a la industria de la construcción. En este último caso, sin embargo, la extensión

de la licencia concuerda con la legalmente estipulada para otros exámenes con lo que nada difiere de lo legalmente estipulado.

- “*Transporte – La Fraternidad*” (Ferrosur Roca S.A. // La Fraternidad) – CCT 306/98 “E”

Art. 148: “El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

e) Para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, 2 días corridos por examen con un máximo de 10 días por año calendario.

Licencia por exámenes. Requisitos. Art. 161. “A los efectos del otorgamiento de la licencia a que alude el inc. e) del art. 158, los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por organismo provincial o nacional competente”.

El artículo 148, del CCT 306/98 “E”, en nada difiere de lo establecido por la LCT. Se trata de una reproducción exacta del régimen normativo vigente.

- “*Alimentación*” (Federación de la Industria de Productos Alimenticios y Afines // Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación) – CCT 54/75 “A”

Artículo 32: El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

e) Para rendir examen en la enseñanza media o universitaria (2) dos días corridos por examen, con un máximo de (10) diez días por año calendario. A los efectos del otorgamiento de esta licencia, los exámenes deberán estar referidos a los planes oficiales de enseñanza o autorizados por el organismo nacional o provincial competente.

El beneficiario deberá acreditar ante el empleador haber rendido examen mediante la presentación de un certificado expedido por la autoridad responsable del instituto en que cursa sus estudios.

Al tratarse de la reproducción del contenido de lo normado en la LCT, se remite a lo ya expresado en oportunidades anteriores.

- “*Automotriz – General Motors*” (General Motors Argentina S.A. // Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor de la República Argentina) – CCT 98/94 “E”, 242/97 “E” y 475/02 “E”

Artículo 20: Licencias extraordinarias con pago de haberes

GM de A otorgará las siguientes licencias extraordinarias remuneradas que a continuación se detalla, y por los términos que se estipulan en cada caso, a saber:

d) El personal que curse estudios secundarios, escuela industrial o equivalente, o universitarios en establecimientos oficiales o incorporados, gozará de licencia para rendir exámenes finales, a razón de dos días corridos por materia, y hasta un máximo de diez días por año calendario. Para obtener esta licencia deberá solicitarla hasta tres (3) días antes de su iniciación y para obtener el pago deberá probar fehacientemente con certificaciones oficiales, el haber rendido el examen.

El artículo 25, tanto del CCT 242/97 “E” como del CCT 475/02 “E”, coinciden íntegramente con lo establecido en el artículo 20, inc. d), del CCT 98/94 “E” transcrito, por lo que lo dicho aquí ha de entenderse comprensivo de lo establecido en los tres convenios mencionados. La extensión acodada a la licencia por examen coincide con la legalmente establecida, de la que se diferencia solo por el hecho de establecer un plazo de 3 días de antelación para dar aviso.

Cláusulas de licencia por examen: que amplían la regulación legal

- “*Bancarios*” (Asociación de Bancos de la República Argentina // Asociación Bancaria) – CCT 18/75 “A”

Artículo 49: Los empleados que cursen estudios en establecimientos educacionales oficiales, incorporados o privados que expidan títulos reconocidos por el estado, gozarán de licencia con goce de haberes para rendir examen por siete (7) días hábiles continuos o discontinuos en cada turno de examen y hasta un máximo de 21 días al año. Las licencias se concederán por los días anteriores y el del examen debiendo el beneficiario acreditar que lo ha rendido y la fecha de la prueba mediante certificado expedido por las autoridades de los respectivos establecimientos. El empleado deberá comunicar por escrito al banco con antelación suficiente que hará uso de dicha licencia.

El artículo 49 del CCT 18/75 “A” contiene importantes diferencias respecto de lo legalmente establecido, en cuanto:

- 1) Amplía el número de días por examen de 2 días, establecidos por ley, a 7 días;
- 2) Establece que los días de la licencia por examen podrán ser “continuos o discontinuos”. A diferencia de la ley que sólo permite que se trate de días “corridos”, es decir, continuos.
- 3) Amplía la extensión de la licencia anual por examen de 10 a 21 días.

- 4) Establece la obligación a cargo del empleado de comunicar por escrito al banco que hará uso de esta licencia con antelación suficiente. Consideramos que hubiera resultado conveniente determinar fehacientemente el tiempo de antelación con la que ha de realizarse dicha comunicación.

La norma, aun cuando pueda considerarse que adolece de algunas fallencias, puede entenderse como un real beneficio para el empleado, principalmente de nivel universitario que es quien mayormente concentra los exámenes en turnos. Para los trabajadores de nivel primario o secundario quizás pueda interpretarse como más conveniente el régimen legal que permite una mayor disgregación de los períodos de licencia a lo largo del año, lo que resulta de considerar que el precepto comentado hace alusión a “turnos de examen” y no a “exámenes” como lo establece la LCT.

- “*Comercio*” (Cámara Argentina de Comercio // Confederación General de Empleados de Comercio de la República Argentina) – CCT 130/75 “A”.

Artículo 85: El empleador otorgará con goce total de sus remuneraciones 10 (diez) días de licencia como máximo, por año, para los estudiantes secundarios, a efectos de preparar sus materias y rendir exámenes, fijándose el ciclo lectivo normal según las especialidades que se cursen y debiendo justificar la rendición de exámenes mediante la certificación de la autoridad educacional correspondiente. Esta licencia, a solicitud del empleado/a, podrá acumularse al período ordinario de vacaciones anuales.

Artículo 86: El empleador otorgará con goce total de remuneraciones, 20 (veinte) días de licencia como máximo, por año, para los estudiantes universitarios a efectos de preparar sus materias y rendir exámenes, pudiendo solicitar hasta un máximo de 4 (cuatro) días por examen, fijándose el lapso completo en 7 (siete) años y debiendo justificar la rendición de exámenes mediante la certificación de la autoridad educacional correspondiente. Cuando en el año se excediera de cinco exámenes sin repetirlos se otorgarán cuatro (4) días más de licencia con goce de remuneraciones. Estas licencias así establecidas a solicitud del empleado/a, podrán acumularse al período ordinario de vacaciones anuales.

El CCT 130/75 “A” contiene un doble régimen de licencias por examen. Mientras el artículo 85, resulta aplicable a los estudiantes secundarios, el régimen del art. 86 rige exclusivamente para estudiantes universitarios, por lo cual, de la interpretación de los términos del convenio habrá de concluir que para los estudiantes primarios y terciarios (no universitarios) es aplicable, residualmente, la LCT.

El art. 85, aplicable como se dijera a estudiantes secundarios, establece cierta flexibilidad al eliminar el plazo máximo de licencia por examen de 2 días corridos. De esta manera, y según resulta de la lectura del mismo, nada obsta a que el beneficiario optará por un período mayor o menor al legalmente establecido siempre que no se exceda el máximo de 10 días por año.

El art. 86, de aplicación exclusiva para el personal que se encuentre cursando estudios universitarios, amplía la licencia legal en varios aspectos:

- 1) Permite la solicitud de una licencia de hasta 4 días por examen, aunque nada se opone a que el perdido sea por un plazo menor.
- 2) Duplica la cantidad de días por año establecido legalmente.
- 3) Posibilita acceder a 4 días más de exámenes en el supuesto que se hubieran rendido y aprobado, con anterioridad, 5 exámenes.

- “*Metalúrgicos*” Federación Argentina de la Industria Metalúrgica // Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina) – CCT 260/75 “A”

Artículo 40: Licencias especiales pagas: Conforme a lo señalado en el art. 7° del Decreto-Ley 18.338/69 y en la Ley 20.744, reconócese el siguiente régimen de licencias especiales pagas:

d) Al personal que curse estudios en la enseñanza media o universitaria con planes oficiales de enseñanza o autorizados por organismo nacional o provincial competente, se le otorgará durante el año calendario, diez (10) días hábiles corridos o discontinuos para ser utilizados en períodos de examen, debiendo exhibir el comprobante oficial de haber rendido dichas pruebas.

Se trata de una norma que sólo puede considerarse más beneficiosa para el trabajador por cuanto elimina el plazo de dos días por examen y faculta inclusive a solicitar una licencia por 10 días corridos.

En los demás aspectos, el texto comentando constituye una remisión a lo normado en la LCT. Corresponde agregar que el Decreto-Ley 18.338/69 disponía, en su artículo 1, la incorporación a los convenios colectivos de un régimen de licencias que, en lo que a licencias por exámenes se refiere, establecía «...2 días corridos por examen, con un máximo de 10 días por año calendario» (inc. e). La LCT (Ley 20.774), derogó el mencionado decreto salvo su artículo 7, que dispone: «Mantendrán su vigencia los mayores beneficios que sobre la materia reglada por esta ley tengan establecidos las convenciones colectivas de trabajo vigentes a la fecha de su sanción...».

- “Automotriz – Ford Motor” (Ford Motor Argentina S.A. // Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor de la República Argentina) - CCT 14/75 “E” y 8/89 “E”

Artículo 5: Licencias pagas

d) Licencia por examen

Todo trabajador que por cursar estudios en instituciones de enseñanza provincial, nacional, pública o privada, que expidan títulos oficiales, deba faltar al trabajo para rendir examen percibirá los salarios íntegros de los días que en cada caso se indican, debiendo presentar el certificado correspondiente de la institución en la que haya rendido dicho examen.

1. Enseñanza Primaria o Universitaria (no incluida en el punto 2): un (1) día por examen hasta un máximo de 16 días por cada año calendario.

2. Enseñanza Secundaria, Técnica o Universitaria en las carreras de Ingeniería y Ciencias Económicas: un día por examen hasta 18 días por cada año calendario.

Cuando se trate de un examen final la licencia será de hasta dos (2) días corridos a opción del trabajador. A opción del trabajador, este podrá disponer de las respectivas licencias a partir de los dos días o del día inmediato anterior al del examen.

El artículo 5, inciso 2, establece un régimen de licencias en consideración al nivel educativo al que corresponde el examen, la carrera, y el carácter del examen, lo que esquemáticamente se presenta en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 7: Régimen de licencia por examen (CCT 14/75 “E”).

| | Evaluación // Parcial (cantidad de días por examen) | Evaluación Final (cantidad de días por examen) | Cantidad de días por año calendario |
|---|--|---|-------------------------------------|
| Primario | 1 día | ---- | 16 días |
| Secundario | 1 día | ---- | 18 días |
| Técnica | 1 día | ---- | 18 días |
| Universitaria (Ingeniería y Ciencias Económicas) | 1 día | 2 días | 18 días |
| Universitaria (otras carreras) | 1 día | 2 días | 16 días |

Fuente: Elaboración propia

Como surge del cuadro precedente, para cualquiera de los supuestos, la norma comentada amplía la cantidad de días por año calendario dispuestos por la legislación de fondo (LCT).

Quizás en base a esta cuestión es que el CCT 8/89 “E” (art. 32), que reemplaza al CCT 14/75 “E”, establece una licencia de 2 días por examen y un máximo de 18 días por año calendario para los casos de exámenes de enseñanza media o universitaria. En caso de exámenes finales la licencia podrá ser ampliada, a pedido del trabajador, a 3 días.

Artículo 32: Licencia con goce de haberes

e) Por examen: Para rendir examen en la enseñanza medio o universitaria, el trabajador gozará de dos (2) días corridos por examen, con un máximo de dieciocho (18) días por año calendario.

En caso de examen final, la licencia podrá ser de tres días corridos a opción del trabajador.

A los efectos del otorgamiento de dicha licencia, los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por un organismo Provincial o Nacional competente.

El beneficiario deberá acreditar ante la Compañía, haber rendido el examen mediante la presentación del certificado correspondiente.

A todo el personal afectado al presente inciso, la Compañía le permitirá mantener el turno de trabajo al que se hallaba asignado al iniciar dicho estudio y facilitará el cambio de turno del personal que desee iniciar dichos estudios cuando los mismos tengan horarios coincidentes con su turno de trabajo.

- *“Transporte – La Fraternidad”* (Ferrosur Roca S.A. // La Fraternidad) – CCT 26/75 “A”.

El artículo C. 5:

Artículo C. 5 (Anexo): Las licencias que más abajo se indicar, quedarán sujetas al régimen que en cada caso se establece:

6. Por exámenes secundarios y/o universitarios

Dentro del año calendario, se justificará con goce íntegro de sueldo, veintiocho (28) inasistencias al servicio, al personal que curse estudios en establecimientos oficiales, o incorporados (nacionales, provinciales o municipales) de enseñanza secundaria, media, especial o universitaria y en universidades privadas reconocidas por autoridad nacional, provincial o municipal competente, para prepararse y rendir examen.

Esta concesión será otorgada en tanto períodos como sea necesario, pero ninguno de los cuales podrá ser superior a siete (7) inasistencias, la última deberá coincidir con la fecha del examen, salvo postergación del mismo, en cuyo caso, si hubiera remanente, podrá ampliarse en la medida estrictamente necesaria.

Además, cuando el trabajador acredite su condición de estudiante en establecimientos de los señalados en el párrafo anterior y la necesidad de asistir a los mismos en horas de servicio, podrá –a su solicitud– asignársele horario especial sin reducción de la jornada, siempre que a juicio de la Superioridad, ello fuera compatible con las exigencias del servicio.

El usufructo de los beneficios de que se trata está subordinado en todos los casos, a la presentación de las correspondientes constancias extendidas por la autoridad educacional respectiva, que acrediten la circunstancia invocada.

Lo primero que habrá de remarcarse es que no obstante que el encabezado del artículo pareciera limitar el otorgamiento de licencias por examen a aquellos de nivel “secundario y/o universitario”, el primer párrafo amplía dicha licencia a exámenes «...de enseñanza secundaria, media, especial o universitaria», por lo que vale esta ampliación.

En cuanto a la extensión de la licencia, el artículo otorga al trabajador una licencia con goce de sueldo por 28 días por año calendario pudiendo el trabajador solicitar su licencia por un plazo máximo de hasta 7 días. Resulta novedoso la contemplación del caso de postergación del examen, supuesto en que es posible pedir una prórroga/ampliación de la licencia.

Por último, y entre los aspectos de mayor trascendencia, cabe resaltar la posibilidad del trabajador/estudiante, de solicitar se le asigne un horario especial de trabajo sin reducción de la jornada.

- “Cemento -obreros-” (Asociación de Fabricantes de Cemento Portland // Asociación Obrera Minera Argentina) – CCT 40/75 “A” y 54/89 “A”.

Artículo 20: Licencia con goce de salario

Complementando lo dispuesto por la legislación vigente todos los obreros cualquiera sea su remuneración, tendrán derecho a las siguientes licencias remuneradas, aparte de la licencia anual estipulada por ley y convenios anteriores:

e) A todo obrero que estudie, siempre que sea enseñanza secundaria o superior, en institutos oficiales o reconocidos, se concederán hasta 2 días corridos por examen, con un máximo de hasta 16 días acumulables en el año, para rendir

exámenes, con jornales simples pagos en la quincena que corresponda. Cuando se trate de enseñanza superior universitaria se concederá hasta 4 días corridos por examen con un máximo de hasta 24 días con el mismo fin y en iguales condiciones.

El beneficiario informará con tiempo suficiente para prever su relevo, y deberá haber rendido el examen correspondiente.

El texto transcrito corresponde al artículo 20 –inciso e– del CCT 40/75 “A”, textualmente reproducido en el artículo 20 del CCT 54/89 “A”, por lo que se comentan ambos de forma conjunta.

Según lo dispuesto, la extensión del plazo de licencia por examen dependerá del nivel de enseñanza al que se refiere el examen. Para exámenes de enseñanza secundaria o superior (no universitario) se prevén 2 días corridos por examen, con un máximo de hasta 16 días por año calendario. Para exámenes universitarios el plazo es de hasta 4 días por examen, con un máximo de hasta 24 días por año calendario, lo que implica, en este último supuesto, duplicar los plazos legalmente estipulados.

- “Cemento -empleados-” (Asociación de Fabricantes de Cemento Portland // Asociación Obrera Minera Argentina) – CCT 43/75 “A” y 53/89 “A”.

Artículo 14: Complementando lo dispuesto por la ley 18.338 todos los empleados cualquiera sea su remuneración, tendrán derecho a las siguientes licencias remuneradas, aparte de la licencia anual estipulada por ley y convenios anteriores:

e) A todo empleado que estudie, siempre que sea enseñanza secundaria o superior, en institutos oficiales o reconocidos, se concederán hasta 2 días corridos por examen, con un máximo de hasta 16 días acumulables en el año, para rendir exámenes, con jornales simples pagos en el mes que corresponda. Cuando se trate de enseñanza superior universitaria se concederá hasta 4 días corridos por examen con un máximo de hasta 24 días con el mismo fin y en iguales condiciones.

El beneficiario informará con tiempo suficiente para prever su relevo, y deberá hacer rendido el examen correspondiente.

Vale aquí, en su totalidad, lo expresado al analizar la unidad de negociación “Cemento – obreros” en tanto el CCT 43/75 “A”, y su renovación el CCT 53/89 “A”, contienen una regulación, de las licencias por exámenes, idéntica a la ya comentada.

- “*Alimentación*” (Federación de la Industria de Productos Alimenticios y Afines // Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación) – CCT 89/90 “A” y 244/94 “A”.

Artículo 58: El trabajador/a gozará de las siguientes licencias especiales pagas:

e) Para rendir examen en la enseñanza media: dos (2) días corridos por examen con un máximo de diez (10) días por año calendario.

Para rendir examen en la enseñanza terciaria o universitaria: dos (2) días corridos por examen, con un máximo de doce (12) días por año calendario.

A los efectos del otorgamiento de esta licencia, los exámenes deberán estar referidos a los planes oficiales de enseñanza o autorizados por el organismo Nacional o Provincial competente.

El beneficiario deberá acreditar ante el empleador haber rendido examen mediante la presentación de un certificado expedido por la autoridad responsable del Instituto en que cursa sus estudios.

El CCT 89/90 “A”, en su artículo 58, inc. e, dispone un régimen de licencias diferenciado según el nivel de estudios al que corresponda el examen. Mientras que para los exámenes de enseñanza media se mantiene el régimen legalmente establecido por la LCT, para exámenes de enseñanza terciaria o universitaria se amplía el máximo de días por año calendario a 12 (2 días más que lo legalmente establecido).

Por su parte, el artículo 58, del CCT 244/94 “A”, reproduce de manera exacta el texto del artículo comentado precedentemente.

- “*Maquinaria agrícola – John Deere*” (John Deere Argentina S.A // Sindicato Obreros y Empleados de la Industria del Tractor) – CCT 198/96 “E”.

Artículo 9: Jornada de trabajo

Inciso. 9. Horas por capacitación

Si fuese necesario recibir capacitación fuera de los horarios normales de trabajo hasta un máximo de ocho (8) horas semanales, las horas adicionales a la jornada normal se pagarán sin premio de horas extras. La participación en dichas horas adicionales no podrá ser compulsiva.

El convenio 198/96 “E”, a diferencia de sus antecesores (121/90 “A” y 373/75 “A”), en su artículo 9, inciso 9, regula expresamente la capacitación fuera de los horarios normales de trabajo. Sintéticamente, el régimen allí establecido, es el siguiente:

- Hasta 8 horas en exceso de la jornada normal, la Empresa abonará estas horas sin el recargo correspondiente a las horas complementarias.
- Cuando la capacitación demande la realización de más de 8 horas adicionales a la jornada normal, la Empresa abonará el valor horario como se si tratase de horas extras.

No se trata específicamente de una licencia por examen sino el pago de las horas que demanda la capacitación.

- “Automotriz – General Motors” (General Motors Argentina S.A. // Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor de la República Argentina) – CCT 12/75 “E”.

Artículo 20: Beneficios sociales y licencias extraordinarias

e) Exámenes: El trabajador que siga estudios universitarios y deba rendir exámenes, gozará de cuatro días de licencia paga por cada fecha de examen, hasta un máximo de veinte (20) días por año.

El personal que siga estudios secundarios gozará de dos días de licencia paga por cada fecha de examen, hasta un máximo de dieciséis (16) días por año.

En todos los casos, el personal deberá presentar previamente la solicitud correspondiente, debiendo presentar posteriormente el certificado respectivo.

El artículo transcripto, correspondiente al CCT 12/75 “E”, establece un doble régimen dependiendo del nivel de enseñanza en el que se rinda examen, estableciendo: para el caso de estudios universitarios 4 días de licencias por examen y hasta un total de 20 días por año; y, de 2 días por examen y 16 por año para exámenes correspondientes a estudios secundarios.

- “Telefonía-Telecom” (Telecom Argentina Stet-France, Telecom Sociedad Anónima // Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina) – CCT 163/91 “A”; 201/92 “A”; y 567/03 “A”.

Artículo 56: Licencias por examen

Para rendir examen en la enseñanza media o Universitaria, hasta (3) días corridos por examen, con un máximo de quince (15) días por año calendario. Se ampliarán los anteriores plazos a cuatro (4) y veintiocho (28) respectivamente en el supuesto de que se trate de programas de estudio de interés a la actividad específica de Telecomunicaciones.

El texto transcripto corresponde al artículo 56 del CCT 163/91 “A”, que luego fuera replicado en el artículo 78 del CCT 201/92 “A” y en el

primer párrafo del artículo “Licencia por examen” (sin número), del CCT 567/03 “A”. Vale mencionar que el CCT 165/75 “A”, antecedente de todos los textos convencionales mencionados, no contiene disposición alguna en relación al tema.

Por disposición convencional del artículo 56, se amplía el régimen legal al establecerse una licencia de 3 días corridos por examen, y un máximo de 15 días por año calendario. Plazo que, además, se extiende a 4 días por examen y 28 días por año, en el caso de que los estudios tengan relación con la actividad de telecomunicaciones.

Por su parte, los párrafos 2° y 3° del CCT 567/03 “A”, que como si dijera no fueron incluidos en los textos anteriores, disponen:

Los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por organismo provincial o nacional competente.

El beneficiario deberá solicitar el otorgamiento de la licencia con 48 horas de antelación, y presentar posteriormente el certificado expedido por el Instituto en el que curse los estudios, donde conste el haber rendido examen, dentro del término de 30 días.

Cabe resaltar, por una parte, la obligación –a cargo del beneficiario– de solicitar la licencia con 48 horas de antelación y, por otra, de presentar el certificado de haber rendido examen dentro de los 30 días.

- “*Telemarketer*” (Telecom Argentina Stet-France, Telecom Sociedad Anónima // Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina) – CCT 576/03 “A”.

Art. Licencias por examen

El empleador otorgará, con goce total de sus remuneraciones, 10 (diez) días de licencia como máximo por año para los estudiantes secundarios.

El empleador otorgará, con goce total de sus remuneraciones, 20 (veinte) días de licencia como máximo por año para los estudiantes universitarios, a efectos de preparar sus materias y rendir exámenes, pudiendo solicitar hasta un máximo de 4 (cuatro) días por examen. Cuando en el año se excediera de cinco exámenes sin repetirlos se otorgarán 4 (cuatro) días más de licencia con goce de remuneraciones. Estas licencias así establecidas, a solicitud del empleado/a, podrán acumularse al período ordinario de vacaciones anuales.

Los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por organismo provincial o nacional competente.

El beneficiario deberá solicitar el otorgamiento de la licencia con 48 horas de antelación, y presentar posteriormente el certificado expedido por el Instituto en el que curse los estudios, donde conste el haber rendido examen, dentro del término de treinta días.

El CCT 576/03 “A” dispone de un doble régimen de licencias. Por una parte, establece para los estudiantes secundarios una licencia máxima anual de 10 días sin establecer un máximo de días por examen por lo que ha de entenderse que no existe limitación alguna al respecto y, consecuentemente, el beneficiario puede optar por hacer uso del período anual completo (10 días) para un examen.

Por otro lado, y en lo que refiere a estudiantes universitarios, el artículo duplica las licencias legales al posibilitar el uso de hasta 4 días por examen y 20 días por año calendario. Asimismo, y al igual que el comentado convenio 130/75 “A” (“Comercio”), prevé la posibilidad por la cual, agotada la licencia anual de 20 días (5 exámenes), el beneficiario puede pedir un nuevo otorgamiento de licencia por el plazo de 4 días siempre que hubiera aprobado los exámenes previos como así también la de acumular la licencia por exámenes con la licencia por vacaciones.

- “*Ferrocarriles – Unión Ferroviaria*” (Ferrosur Roca S.A. // Unión Ferroviaria) – 83/93 “E”; 128/94 “E”; 240/97 “E”; 352/99 “E”; 408/00 “E” y 543/03 “E”.

Artículo 48: Otras licencias

El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

f) Para rendir examen en la enseñanza media el trabajador gozará de un máximo de dos (2) días corridos por examen, con un máximo de diez (10) días por año calendario. En caso de rendir examen en la enseñanza universitaria, el trabajador gozará de una licencia de hasta tres (3) días corridos por examen, con un máximo de doce (12) días por año calendario.

En ambos casos los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficial autorizados por organismos provinciales o nacionales.

De los 7 CCT pertenecientes a esta unidad de negociación, sólo el primero de ellos (21/75 “E”) no contiene clausula alguna sobre licencia por examen. El resto, 6 CCT, han reproducido textualmente, y con idéntica numeración, el artículo 48 inciso f) del CCT 83/93 “E” transcripto anteriormente.

El artículo 48 inciso f), amplía lo legalmente estipulado sólo en el supuesto de exámenes referidos a la enseñanza universitaria, estableciendo una licencia de hasta 3 días corridos por examen y un máximo de 12 días calendarios.

Conclusiones

En las presentes conclusiones se señalaran los resultados más relevantes surgidos de esta investigación:

- 1) La alta cantidad de convenios, y beneficiarios de estos, que contienen cláusulas sobre “licencias por examen”.
- 2) La incorporación en los tres convenios de mayor cobertura¹⁰ (en cantidad de beneficiarios) de cláusulas referidas a licencias por examen.
- 3) El carácter no determinante de las variables “nivel de negociación” y “ámbito jurisdiccional” en la incorporación de cláusulas relativas a “licencias por examen”.
- 4) Contrariamente, el carácter potencialmente condicionante de la variable “tamaño del convenio” (medido en cantidad de beneficiarios) y la “categoría ocupacional” del personal comprendido. Se observa que, mientras en los dos extremos de la variable “tamaño del convenio” (convenios con mayor y menor cantidad de beneficiarios respectivamente) la propensión a la incorporación de cláusulas sobre “licencia por examen” es mayor; a una menor calificación del “personal comprendido” (obreros) menor es la cantidad de convenios que regulan el instituto.
- 5) Un 22% de los convenios que incorporan cláusulas sobre “licencias por examen” sólo reproducen, desde el punto de vista sustancial, el régimen legal vigente.
- 6) Entre los beneficios otorgados por los convenios identificados con cláusulas de licencias por examen que amplían la regulación legal, podemos mencionar:

¹⁰ En referencia a los convenios de “Comercio” (CCT 130/75 “A”); “Construcción” (CCT 76/75 “A”) y “Metalúrgicos” (CCC 260/75 “A”).

- El otorgamiento de mayor cantidad de días por examen o días por año calendario.
- La ampliación de la licencia a exámenes de nivel primario.
- La consideración de días de licencia por “turnos” de exámenes.
- El establecimiento de regímenes diferenciados de licencias de conformidad se trate de exámenes “finales” o “parciales”.
- La estipulación de un plazo de antelación para dar aviso al empleador respecto del uso de la licencia.
- La fijación de plazos para presentar el correspondiente certificado que acredita y justifica el otorgamiento de la licencia.
- La regulación del supuesto de “prorroga” del examen.
- La posibilidad de obtener una licencia adicional en el supuesto de haber rendido exámenes sin repetirlos.

De lo indicado, sólo resta manifestar que, no obstante la alta tasa de inclusión de cláusulas relativas a licencias en los convenios colectivos de trabajo, el grado de desarrollo e innovación respecto de sus contenidos es aún un tema pendiente que las nuevas “rondas” negociales deberán superar.

Bibliografía

- ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. *Breve historia de la Negociación Colectiva en Argentina/ Brief history of the collective bargaining in Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2018.
- ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. “El cambio de las modalidades laborales y la nueva lógica del derecho del trabajo”, *Trabajo y Seguridad Social*, vol. 12, Buenos Aires: El Derecho, 2017.
- ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M. “Licencias: bases para una negociación colectiva”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires: El Derecho, 1987.
- ALDAO ZAPIOLA, CARLOS M.; SÁNCHEZ, ROBERTO; BIANCHI, CARLOS; Y MUZZIO, GRACIELA. “Convenciones Colectivas de Trabajo: Guía para su estudio”, *Revista Derecho del Trabajo*, vol. XLVIII-A, 1988.

GOLDIN, ADRIÁN Y GUIADO, HÉCTOR. “Capítulo III. Alteraciones en el desarrollo de la relación”, en *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Buenos Aires: La Ley, 2009.

OIT. *Formación profesional: Glosario de términos escogidos*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1993.

HACIA UN DEBATE CIENTÍFICO EN TORNO AL SUJETO DEL DERECHO DE HUELGA

POR EDUARDO O. ÁLVAREZ

I. Introducción

Una polémica inagotable y un pronunciamiento de la Corte destinado a ponerle un punto final

Si admitimos que el Derecho es una ciencia, sometida –como todas– a lo que Karl Popper denominó, con agudeza, “el principio de refutación”¹, no deberíamos considerar que un debate se cierra sobre la base de un argumento de autoridad, sin espacio posible para controvertirlo. Hago esta afirmación porque percibo, en especial en nuestro país, una tendencia a sostener que las polémicas se sellan para siempre con los pronunciamientos de los tribunales superiores. No niego, claro está, que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deban ser acatadas, ni desconozco la trascendencia que nace del prestigio de los órganos judiciales de cúpula y de sus integrantes. Pero este acatamiento sucede en un plano específico: el judicial y no obsta a un análisis crítico, en especial en un ámbito académico, como el que nos reúne. El lema “Roma Locuta est”, con el que se ponía fin a toda controversia en la época de los pretores y del “*ius publicae respondendi*” está lejos de significar que la doctrina judicial sea una verdad revelada.

En el plano científico, no jurisdiccional, la sentencia dictada por la Corte Suprema de la Nación, el 7 de junio del 2016 en autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Orellano Francisco c/Correo

¹ “La sociedad abierta y sus enemigos” Edit. Hyspamérica. T.I, pág. 367.

Oficial de la República Argentina SA s/ Juicio Sumarísimo”, en la que afirma la existencia de un sujeto predeterminado (la asociación sindical con simple inscripción o con personería gremial), presenta una muy relativa trascendencia, porque (sin desconocer su proyección y su acatamiento por los tribunales inferiores), solo denota el parecer de sus autores y es una opinión más, calificada, sin duda, pero no irrefutable. Advuértase que todas las conclusiones deben estar legitimadas por razones suficientes independientemente de los sujetos de los cuales provengan. La ciencia no es una teología de autoridad. Por otra parte, los pronunciamientos de los Altos Tribunales, muchas veces están vinculados a la coyuntura, a la comprensible necesidad de poner un “quietus” y, en este tema específico que nos convoca, al requerimiento de control de la conflictividad y al intento comprensible de proceder a encausarla. Esta finalidad no es reprochable en sí y solo la describo para poner de relieve los condicionantes. Pero, reitero, nos encontramos en un ámbito en el que deberíamos aspirar a lo “puramente jurídico”, elevado por sobre lo real cotidiano. Recuerdo siempre un “grafiti” que había en las paredes del “Instituto de Filosofía del Derecho” y que decía: “*Crea en la ciencia, no de deje engañar por los hechos*”. En resumen, no me parece correcto, ni siquiera admisible, que un jurista afirme con estatuto de verdad: *El sujeto del derecho de huelga es el sindicato, porque lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación*” En todo caso, si llega a la conclusión de que el sujeto único y predeterminado es la asociación sindical, que sea fundado en una línea argumental, sólida con base en la razón suficiente y solo cite el fallo del Alto Tribunal, como corolario de apoyo, para darle un matiz de coincidencia calificada a su tesis.

Desde esta perspectiva, reiteraré mi posición² y luego esbozaré mi crítica, con los alcances expuestos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en especial a la tesis que materializa y que, juzgo errónea porque parte, como veremos, de la posibilidad de una determinación apriorística del sujeto del Derecho de Huelga.

No soslayo que mi pensamiento es minoritario y aislado, pero eso no significa –lo digo con humildad– que no sea el correcto. Scarpia, el personaje inolvidable de la ópera Tosca, frente al coro, afirma que la verdad habita en el “solista” y confieso que, por momentos, me siento inclinado a creerle.

² Expuesta, en lo esencial en el “Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo”, Dirigido por Julio César Simón, T. II, págs.444 y Sgtes. 1ra.Edición. Editorial La Ley.

II. Breve reseña de lo debatido

El análisis del sujeto habilitado para decidir las medidas de acción directa fue enfocado siempre, con acierto, desde lo que podríamos llamar la “concepción colectiva”, por oposición a la “concepción individual”. La tendencia mayoritaria se refiere al grupo de trabajadores, de la actividad u oficio, unidos por la misma suerte, como titular del derecho y no a los dependientes considerados individuos en sí.

No obstante, la polémica “individuo o sujeto colectivo, institucionalizado o no”, como sujeto del derecho, siempre estuvo (y está) latente. Un ejemplo local puede hallarse en el debate de la Convención Constituyente de 1957, que concluyó con la consagración del “gremio” como titular del derecho y en la cual Alfredo Palacios propuso, con el énfasis pasional que lo caracterizaba, la sustitución de dicho concepto por la palabra “trabajadores” y afirmó que “el derecho de huelga es un derecho que tienen los trabajadores de concertarse para no trabajar. Ese derecho no es solamente del gremio, sino de cualquier trabajador”³. Lo cierto es que triunfó la posición del convencional Bravo que alude a pluralidad, en la inteligencia de que, para utilizar las expresiones de Jaureguiberry, la huelga no sería un derecho individual de los dependientes, sino un derecho colectivo, aunque con la aclaración de que tampoco sería un derecho del sindicato, porque la sindicalización es libre y podría presumirse indebidamente que, para declarar la huelga habría que sindicalizarse⁴.

La controversia, más allá de sus aspectos cronológicos o históricos posee puntos de similitud con la conceptualización del sujeto que se llevó a cabo en España, donde se afirmó que se trataría de un “derecho individual de ejercicio colectivo”, concedido *uti singulis* a los trabajadores, para recordar la expresión vertida por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada el 8/4/81, al interpretar el art.32 del Real Decreto 17/77⁵.

No parecería poder discutirse, a mi modo de ver, que lo colectivo subyace en lo que concierne al sujeto del derecho de huelga, más allá de que se remita, o no, a una decisión individual que deba materializarse en un intento de concertar la medida de acción directa. No existe la imperceptible “huelga de uno mismo”, ni la abstención individual como medio de

³ Diario de Sesiones T.II págs. 1955 y sgtes.

⁴ Diario de Sesiones T.II págs.1459 y sgtes.

⁵ Ver las consideraciones expuestas por Carlos Palomeque en Derecho Sindical Español, 2da.edición, págs. 247 y sgtes.

presión, que aparecería descalificada por su propia ineficacia y solo concebible en el terreno de las hipótesis lógicas.

Sentado el carácter de “sujeto colectivo”, entendido como pluralidad, se llega a otra discusión, que hace a la disyuntiva de si se considera que el grupo debe presentar una formalización orgánica, bajo la especie de una asociación sindical, como lo sugiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Orellano”, o si basta la pluralidad concertada.

En el sistema de “unidad promocionada”, tradicional en el Derecho Argentino, el interrogante que subyace, más allá de la crítica que formularemos, es el siguiente: La huelga para ser tal ¿debe ser declarada por una asociación sindical con personería gremial, o puede ser decidida simplemente por un grupo de trabajadores?

Ernesto Krotoshin ha sostenido que el art. 14 bis de la Constitución Nacional, garantiza el derecho de huelga a los “gremios” y que la palabra gremio está muy lejos de ser sinónimo de asociación sindical más representativa. Dicho autor se basó en la ya aludida discusión que hubo en el seno de la Convención Constituyente y la aclaración específica que allí se llevó a cabo acerca de que “...la huelga no es un derecho del sindicato, ni de la asociación profesional y no existe necesidad, siquiera que su ejercicio fuera homologado por los representantes del sindicato...”⁶.

En el mismo sentido se expidió Guillermo A.F.López, quien también hizo referencia a los debates de la Convención y, en especial, a la exposición de motivos del miembro informante del cual surge de una manera diáfana que la palabra “gremio” se había utilizado como sinónimo de “pluralidad de trabajadores”. Afirmó, también, con agudeza, que las razones que llevaban a considerar al sindicato con personería gremial como titular del derecho de huelga eran más políticas y pragmáticas que jurídicas⁷.

Fernández Madrid, por su parte, ha manifestado sus reparos a una interpretación que implique asignar exclusivamente al sindicato la posibilidad de recurrir a las medidas de acción directa y ha propiciado un concepto más amplio, en especial ante las características multifacéticas de los conflictos, aspecto que, como veremos lo acerca un poco más a la que será mi tesis⁸.

⁶ Ernesto Krotoshin, “Tratado práctico de Derecho del Trabajo” T.II, pág.121 Editorial De Palma, 1977.

⁷ Derecho de las Asociaciones Sindicales, Edit. La Ley, 2 Edición. Págs. 89 y sgtes.

⁸ Juan Carlos Fernández Madrid “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” T. III, 3 Edición, Editorial La Ley 2009, págs. 507.

Este debate, con matices propios provenientes de los distintos diseños de la organización sindical y de su sistema normativo, trasciende obviamente, nuestra frontera y tanto el Derecho Anglosajón, como el Derecho Francés han repensado el tema de la titularidad en relación a los conceptos de “wildcat strickers” y “greve sauvage”, o sea huelgas salvajes. Tal vez el ejemplo más típico del modelo orgánico institucional sea el germánico, en el cual la jurisprudencia lo ha definido como “sujeto necesario de la huelga”. En la misma tendencia puede inscribirse la ley francesa del 31/7/63 que aludió al sindicato como único sujeto de la huelga, aunque ceñido al ámbito del empleo público⁹.

Es dable destacar, asimismo que, como bien lo reseña Héctor Omar García, las normas internacionales y, en particular, el art.11 de la Declaración Socio laboral del Mercosur, imponen una visión distinta y amplia, ya que se alude, a veces de manera explícita y a veces elíptica, a la huelga como un derecho de “todos los trabajadores y las organizaciones sindicales”, lo que guarda coherencia con los criterios emanados de los órganos de control técnico normativo de la OIT, que desvinculó la huelga del “campo acotado” referido a los convenios colectivos¹⁰, argumento este último que se uso mucho en nuestro país para ceñir el sujeto a los entes con personería gremial, en especial a partir del pensamiento de Mario Deveali¹¹ y del que se hizo eco la mayoritaria jurisprudencia de la Cámara, aún con anterioridad al caso “Orellano” de LA Corte Suprema de Justicia de la Nación, al que nos hemos referido¹².

Pero lo que más me ha llamado la atención es que todas las interpretaciones posibles, en el marco de la opinabilidad natural de las discusiones jurídicas, han omitido toda referencia a la tipología del conflicto, como si fuera posible, en un instituto instrumental y de medio, como es la huelga, afirmar quién tiene derecho a llevarla a cabo, sin conceptualizar primero las características de las controversias. Este es el tema central de nuestra

⁹ Ver nuestra reseña en “Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo” dirigido por Julio César Simón, T.II, págs. 447 y sgtes. Editorial La Ley.

¹⁰ Héctor Omar García “Tratado de Derecho Colectivo de Trabajo” dirigido por Julio César Simón, T. II, págs.511 y sgtes. Editorial La Ley y OIT La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5 Edición, Ginebra 2006.

¹¹ Mario L.Deveali “El derecho de huelga y su conceptualización, en Derecho del Trabajo 1962.

¹² Ver, entre muchas otras, CNAT, Sala II, sent. Del 20/7/2007 en autos “Zavaglia, Gustavo Martín c/ Artes Gráficas Rioplatenses”.

crítica porque consideramos, como lo veremos más adelante, que es imposible, desde una perspectiva racional, sostener que la huelga tiene un sujeto predeterminado con alcances generales, o que exista un titular “apriorístico” prescindiendo de la esencia del conflicto que la motiva.

III) Nuestra posición. El sujeto variable y dinámico

A nuestro modo de ver es un error grave el intento de limitar el ejercicio del Derecho de Huelga a la decisión de un sindicato, ya sea con personería gremial, en el caso del modelo argentino, o bajo la forma de un ente colectivo con simple inscripción, en los diseños que no promueven la concentración o la unidad. Solo podríamos decir, como tenue verdad inicial, que lo único que se requiere es un sujeto colectivo, pero lo esencial es esa imposibilidad de establecer dogmáticamente el concepto de sujeto, soslayando la causa de la contienda.

La pretensión de atribuir el derecho de huelga a un sujeto predeterminado y monopolístico se debe, sobre todo en nuestro país, a razones históricas y pragmáticas, destinadas a ceñir la conflictividad en un sistema que la hacía concluir en una norma análoga al convenio colectivo. Esta posición es coherente con un concepto limitativo de la huelga, que se concebía exclusivamente como un arma legítima en los denominados “conflictos de intereses” o de “revisión” y no resultaba admisible para aquello que nosotros denominamos “huelga de acatamiento” que es, en nuestra clasificación, la destinada a obtener el cumplimiento de los derechos emergentes de una norma y no a la creación de un nuevo ordenamiento de mayor beneficio¹³.

He tratado de esbozar un concepto propio de huelga, que resultara omnicomprensiva y la he definido como “El poder jurídico colectivo de causar un perjuicio lícito absteniéndose de cumplir la prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador, para compeler a la aceptación de un nuevo beneficio o a la efectivización o cumplimiento de lo dispuesto por una norma preestablecida”¹⁴.

¹³ Ver nuestra monografía “Reflexiones sobre el Derecho de Huelga” en Derecho del Trabajo 1991, págs. 581 y sgtes.

¹⁴ Ver monografía citada en nota 13 y mi ponencia en las Jornadas de Derecho del Trabajo de Salamanca, España, 23 mayo de 1991.

Tal como se percibe, he partido de una concepción amplia en torno a la finalidad y, por lo tanto, no participo de las tesis que limitan la teleología de la huelga, aunque no desconozco, claro está, que, en lo esencial, las medidas de acción directa tienen su lugar natural en la pretensión de conquista de nuevos derechos.

Por otra parte no puede perderse de vista que, en la historia del movimiento obrero el nacimiento de la huelga es anterior en todo el mundo a la normativa que regula la creación y conceptualización misma de los sindicatos e incluso, las primeras huelgas nacieron de uniones colectivas espontáneas o de coaliciones coyunturales. Esta circunstancia de orden histórico irrefutable es muy trascendente y no debería ser soslayada porque sería inconcebible que *un derecho hubiese existido antes que su propio sujeto*. De adherir al criterio restrictivo institucional, que inspira el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la doctrina mayoritaria, se llegaría al absurdo de que solo existe derecho de huelga como sucedáneo de una normativa previa que consagra a los sindicatos como entes de existencia ideal.

A mi modo de ver, no puede desconocerse, por todo lo ya apuntado, la naturaleza colectiva de la huelga y parto de la premisa de que, para ejercer ese derecho sería exigible un sujeto de tal esencia, o sea plural, una agrupación de trabajadores, más allá de la forma que esta podría asumir y cuando hablo de forma, incluyo la espontaneidad de una decisión emanada de una unión coyuntural, prescindiendo de su perduración en el tiempo, cuya cohesión provenga de los mismos intereses emergentes de su actividad o de su condición de dependientes de un mismo empleador. Lo expresado, me lleva a concluir que, como lo he dejado entrever, no es posible imaginar a la huelga como el derecho de un trabajador individual o “*uti singulis*” para recurrir a la expresión tradicional del Tribunal Constitucional Español, en la sentencia ya aludida y la expresión “derecho individual de ejercicio colectivo”, si bien es gráfica, suena artificiosa.

Cabe afirmar, entonces y como corolario de lo dicho la condición colectiva del sujeto, con la aclaración enfática de que esta conclusión no implica identificar dicho sujeto con un sindicato y menos aún con un sindicato con personería gremial. Lo expuesto resulta más coherente con los principios emergentes de la libertad sindical a los que ya hemos hecho mención y en particular si se tiene en cuenta la doctrina elaborada en torno a la denominada “libertad sindical negativa” que se basa en el derecho a no afiliarse y a la cual parecería hacer una referencia específica la Corte Suprema de

Justicia de la Nación en la sentencia dictada el 11/11/2008 en el expediente “Ate c/Estado Nacional”¹⁵.

Adviértase que el Alto Tribunal, en el pronunciamiento de marras, considera inadmisibles el requerimiento de una afiliación a una asociación con personería gremial para poder ejercer la representación de los trabajadores y, esta hermenéutica, que compartimos, se proyecta de una manera clara sobre el sujeto del derecho de huelga, porque el grupo colectivo estaría obligado a afiliarse a un sindicato o a formar un sindicato para poder ejercer la medida de acción directa que cuenta con una expresa consagración constitucional¹⁶.

El planteo de nuestra posición, descartada toda interpretación dogmática del concepto de sujeto, se basa en que es inescindible la precisión de la titularidad del derecho de huelga, del análisis de la tipología del conflicto, de su configuración y de su finalidad. Por esta razón, de carácter lógico, nos hemos opuesto tradicionalmente a toda argumentación que partiera de un sujeto único y predeterminado y proponemos identificar al titular del derecho en función de las características que asume la controversia.

Cada huelga tiene su sujeto, distinto y dinámico y para saber cuál es ese sujeto se debe elucidar, con carácter previo, que tipo de conflicto se ha encendido. Por lo tanto el titular del derecho bien puede ser con carácter exclusivo, una colación coyuntural de trabajadores o un sindicato con personería gremial, según cual fuese la teleología de la controversia.

Desde esta perspectiva de análisis y en aras de dar un breve sustento ejemplificativo a mi tesis, considero que nadie podría sostener, seriamente, que el sindicato con personería gremial es el titular del derecho a la huelga cuando la medida de acción directa ha sido instada por un grupo de “trabajadores en negro” que, al no tener reconocida la relación de dependencia, no se encuentran afiliados a organización alguna y que conciertan la medida para lograr la regularización cabal de la situación. Asimismo, tampoco po-

¹⁵ Ver nuestra monografía “Reflexiones en torno al caso Ate c/Estado Nacional” en *Doctrina Laboral*. Repar. Junio del 2009.

¹⁶ Una faceta no suficientemente explorada del fallo Ate c/Estado Nacional” ha sido la incidencia de su doctrina en el concepto de “sujeto del conflicto”, porque si un trabajador es elegido delegado sin pertenecer a una asociación con personería gremial, no sería admisible, desde el punto de vista jurídico, desconocerle el derecho a instar una huelga. ES inimaginable la representación de los trabajadores sin la potestad para materializar un conflicto colectivo y cabría preguntarse si, a la luz de esta doctrina del Alto Tribunal, no se tornaría más patética la concepción orgánica, sin desconocer, obviamente, que en el caso “Orellano”, la Corte alude a ambas tipología del sindicatos.

dría sostenerse que un grupo de trabajadores aislados, sin el aval de la asociación sindical con personería gremial, están facultados para acordar una medida de acción directa que tenga por objeto la revisión y mejora de un convenio colectivo para toda la actividad, suscripto por aquella. En este supuesto concreto, es innegable que el sindicato con personería gremial sería el sujeto necesario, porque cuanta con la admitida por la OIT potestad exclusiva de celebrar los convenios como ente con mayor representatividad.

La huelga, como institución atípica e instrumental, genera muchas complejidades y una de ellas reside en la ausencia de sujeto único. Como vimos, se puede ser titular de derecho de huelga en determinados conflictos y en otros no. Si nos preguntan ¿es un grupo de trabajadores o una coalición coyuntural titular del derecho de huelga? Responderemos, depende de la finalidad del conflicto y de su conceptualización. Igual sería la respuesta si nos interroga acerca de si el sindicato con personería gremial es o no sujeto necesario de determinada huelga. Diremos: Depende de la controversia; como vimos, si se da en el marco de una negociación colectiva de la ley 14250, se impondría una afirmación que excluyera a todo otro tipo de sujeto.

Soslayar la naturaleza variada y múltiple de todas las contiendas colectivas posibles para solidificar con rigidez el concepto de sujeto, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Orellano”, lleva, pues, a resultados erróneos y –lo que es más grave aún– deja filtrar conceptos limitativos del derecho de huelga.

Más allá de las circunstancias fácticas del mencionado caso “Orellano”, en el que he participado en mi carácter de Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones del Trabajo– ya que por entonces estaba en función– y de las aristas “de hecho y prueba” que pueden inclinar la decisión, sin juzgar el resultado final, lo que me parece criticable, de acuerdo con lo expresado, es la pretensión de fijar el titular del Derecho de Huelga de manera apriorística y dogmática, sin hacer una referencia ni siquiera lateral, al conflicto que desató la medida de acción directa y cuál fue su objetivo esencial.

En resumen y aún a riesgo de ser reiterativo, considero que no es posible jurídicamente determinar el sujeto del Derecho de Huelga de una manera “platónica”, con validez universal porque tiene un carácter instrumental que lo vincula de una manera intensa a la tipología del conflicto y a su finalidad específica en el marco de las relaciones colectivas.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL JUDICIAL EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

POR LEONARDO J. AMBESI

1. Introducción

Se dice en Alemania una frase que, resumida, expresa: “Lo que se decide en Berlín (sede del Bundestag) puede ser modificado en Karlsruhe (sede del Tribunal Constitucional Federal)”. La alusión a la autoridad que posee el Poder Judicial para dejar sin efecto las normas sancionadas por el Parlamento, representa una versión continental de aquello que manifestara para el common law el *Chief Justice* Charles Evans Hughes, remedando la conocida frase de O.W. Holmes, y que puede leerse de esta manera: “La Constitución es aquello que los jueces dicen que es”.

Ambos ejemplos, exagerados, denotan un fenómeno singular: quienes juzgan en mayor grado la constitucionalidad de las leyes participan de este modo en el ejercicio del poder estatal; es decir, se posicionan en el juego dinámico del poder político. Obviamente, desde el “Espíritu de las leyes” y “el Federalista” hasta la fecha han pasado torrentes constitucionalistas bajo el puente jurídico. El de más reciente significación fue el oleaje producido a fines de la Segunda Guerra Mundial, cuando la concepción universalista de la dignidad humana se imbricó en los textos fundamentales europeos, en convergencia con la evolución practicada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esa época.

Esos afluentes alcanzaron al Derecho del Trabajo y le generaron grandes avances conceptuales a la par de suscitar en su interior fuertes controversias. Porque el Poder Judicial, imaginado para cumplir la pura función de “freno y contrapeso” pasó a situarse en el centro de la operatividad nor-

mativa. En lo que interesa, sobre todo en sistemas de control constitucional difuso como el argentino, la Corte Suprema de Justicia y los jueces –incluyendo los laborales– se convirtieron en los protagonistas de ese ciclo.

Hoy, a cinco años de una década signada por el neoconstitucionalismo laboral de neto corte principialista (2004-2014), resulta posible advertir una posible relectura de la totalidad de los principios junto a un regreso a la consideración de otras fuentes del sistema jurídico. El objetivo del presente análisis, por lo tanto, se dirige a reflejar los principales atributos de la interpretación judicial, en modo constitucional, y describir el curso que ha seguido la jurisprudencia de la Corte en el período reciente, a fin de intentar una aproximación conceptual a una corriente hermenéutica que podría encontrarse en gestación como versión moderada de su antecesora.

2. Interpretación jurídica judicial e interpretación constitucional judicial

Bien advierte Guastini sobre los problemas que genera el término “interpretación”, ya que el mismo se utiliza tanto en relación con las normas (en sentido abstracto) como respecto de los hechos (situaciones o eventos concretos). El Derecho en general reúne ambos aspectos hermenéuticos, ya que toda interpretación de la plataforma fáctica del caso presupone algún tipo de interpretación que identifica las normas que regulan el asunto o concurren a su resolución¹.

Dentro de la interpretación jurídica merece distinguirse la interpretación que realizan los jueces y, dentro de ella, la que tiene como base del proceso el material constitucional. Esta última modalidad posee un carácter propio que la distingue de su par puramente legal. Conforme lo explica Vigo: “La conexión sistemática de las normas jurídicas se posibilita a partir de la Constitución, en tanto ella identifica y pone en movimiento los diferentes órganos y modos en que se van derivando formal y materialmente las normas subordinadas”, de modo tal que “...La Constitución es el ‘contexto’ de todo ‘texto normativo’...”².

¹ Ver al respecto, Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar*, trad. S. Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2014, ps. 31-36.

² Rodolfo Vigo, *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1993, p. 126.

A partir de tal geografía jurídica, se inicia el recorrido del intérprete, que va de los textos al caso, es decir de lo general a lo particular, pero con la Constitución como sustrato hermenéutico esencial. En este punto no deben confundirse los criterios con los métodos de interpretación pues, como afirma Arzoz Santisteban, "...en un sentido lato muchas disposiciones constitucionales contienen criterios o principios que deben ser tenidos en cuenta en el marco de la interpretación"³. Para nuestra disciplina, distintos principios o reglas asimilables a principios, emanadas del principio protectorio enmarcado en el art. 14 bis CN, confirman esta apreciación.

Por otra parte, la interpretación constitucional contiene en su interior una subespecie importantísima, como es el control de constitucionalidad. Junto a los análisis de coherencia o completitud que los operadores judiciales practican a la hora de exponer su decisión sobre un caso, el examen de control requiere de una valuación más profunda, referida a la compatibilidad de las fuentes. Es el último tramo de un recorrido hermenéutico que, paradójicamente, constituye un fracaso y un éxito de la interpretación⁴.

Volviendo a las reglas de interpretación constitucional, desde mediados del Siglo XX, en la obra clásica de Linares Quintana se han identificado los principales lineamientos sobre la materia, que se resumen en los siguientes puntos: 1) prevalencia del contenido teleológico o finalista de la Constitución; 2) interpretación amplia, liberal y práctica del texto constitucional; 3) el lenguaje de la Constitución debe ser entendido en su sentido general y común, a menos que se refiera a un término técnico, y en ningún caso suponerse superfluo; 4) la Constitución constituye un todo armónico y cada parte debe interpretarse en armonía con las restantes, debiendo preferirse la interpretación que armonice y no la que las coloque en pugna; 5) como instrumento de gobierno permanente, la Constitución debe ser interpretada teniendo en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes a la época de su sanción como las que existen al tiempo de su aplicación; 6) las excepciones y privilegios tienen carácter restrictivo; 7) los actos públicos se presumen constitucionales en tanto puedan ser armonizados con la Constitución mediante una interpretación razonable⁵.

³ Cfr. Xabier Arzoz Santisteban, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 131.

⁴ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, p. 218.

⁵ Cfr. Segundo Linares Quintana, *La Constitución interpretada. Texto completo y anotado de las sen-*

Más cerca en el tiempo, Amaya reseña estas reglas o directrices interpretativas en los siguientes postulados: 1) de eficacia o efectividad de la Constitución; 2) sistemático; 3) de unidad del ordenamiento jurídico; 4) de la máxima funcionalidad del régimen político; 5) de la atención a las consecuencias sociales; 6) del equilibrio entre la interpretación subjetiva y objetiva o entre lo estático y dinámico⁶.

La apertura del sistema jurídico, por su parte, ha dejado atrás la rigidez exegética. La confluencia de fuentes provenientes de distinto nivel, nacionales y supranacionales, productora de cierto desbordamiento del marco normativo disponible⁷, ha derivado en un pluralismo metodológico como dato estructural del presente⁸.

En clave local, merecen destacarse tres novedades que, sobre control de constitucionalidad, arrojó la reforma constitucional de 1994. En primer lugar, de carácter explícito, fue la mención en el art. 43 CN de la declaración de inconstitucionalidad de una norma en el marco de un proceso de amparo. En segundo lugar, la expansión jurisprudencial del control a través de la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad y la habilitación a los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma. En tercer término, el ejercicio del llamado control de convencionalidad, entendido por calificada doctrina como una subespecie del control de constitucionalidad⁹. Respecto a esto último, se estima que el control de convencionalidad comprende dos tipos: el “represivo”, cuando se trata de inaplicar el derecho interno opuesto al supranacional o a la interpretación dada por el órgano encargado de ello; y el “constructivo”, donde el juez local reinterpreta, adapta o viabiliza el derecho interno en consonancia con el instrumento o la jurisprudencia supranacional, siendo esta opción la que puede ser practicada con mayor facilidad por todos los jueces nacionales¹⁰.

tencias fundamentales pronunciadas por la Corte Suprema desde su creación hasta la fecha, Bs.As. Roque Depalma Editor, 1960, ps. 11-20.

⁶ Cfr. Jorge Alejandro Amaya, *Control de constitucionalidad*, Bs.As., Astrea, 2012, ps. 320-326.

⁷ Sobre el tema ver Antonio E. Pérez-Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley – Wolters Kluwer España S.A., Madrid, 2011.

⁸ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, 9na. ed., Trotta, Madrid, 2009, ps. 134-135.

⁹ Ver Alberto Bianchi, “Algunos aspectos del control de constitucionalidad (a veinte años de la reforma constitucional)”, LL 2014-E, 1053.

¹⁰ Adaptado de Néstor Sagües, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, LL 2010-D, 1245.

Para finalizar este apartado y en relación con los sujetos interpretadores, es sabido que nuestro sistema jurídico incluye el control difuso de constitucionalidad, potencialmente asignado a todos los magistrados. Sin perjuicio de lo expuesto, también es conocido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación asume el rol de intérprete máximo y final de las normas y custodia de la supremacía constitucional.

En tal sentido, el recurso extraordinario es el remedio que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía constitucional¹¹ y, por lo tanto, constituye la vía recursiva más significativa del ordenamiento, donde se ratifica dicho rol de la Corte Suprema, más allá de otros fines casatorios federales y generales¹². Asimismo, es dable recordar que junto a las cuestiones federales de interpretación que habilitan el recurso extraordinario, se ubica la apertura de la vía con fundamento en la doctrina de la “arbitrariedad”, largamente desarrollada por el Máximo Tribunal a lo largo de su historia.

3. Lo jurídico y lo político en la interpretación constitucional judicial

Una de las imágenes que la Ciencia Jurídica ha dejado atrás es aquella que visualizaba un muro infranqueable entre lo jurídico y lo político. Prácticamente no quedan autores que no reconozcan, con distintos grados, la existencia de una conexión directa entre ambos campos de la realidad social.

En nuestro país, Sagües se ocupó de plantear la necesidad de evaluar el universo jurídico-político desde un enfoque integral, atendiendo a la simultaneidad e identidad de las situaciones que se consideran y entendiendo el acto humano relacional como fenómeno jurídico político; es decir, como un evento que participa de esa doble condición¹³.

Esa identidad también fue reflejada por Spota, para quien el sentido existencial del hombre solo puede darse en un cuadro general y no opcio-

¹¹ Cfr. Esteban Ymaz – Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 3ra. edición actualizada por el estudio Ymaz abogado, Bs.As., Abeledo Perrot, 2000, p. 24.

¹² Cfr. Néstor Pedro Sagües, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Bs.As., Astrea, 2009, p. 123-125.

¹³ Néstor Pedro Sagües, *Mundo jurídico y mundo político*, Ediciones Depalma, Bs.As., 1978, ps. 249-253.

nal de convivencia: “Por ello el derecho y la política, son elementos que se dan en la realidad del siendo existencial de la ya referida convivencia”¹⁴.

Dicha aproximación se acrecentó con el transcurso del tiempo y ha llegado a formar parte de los análisis centrados en la tarea judicial. Como lo explica Santiago (h), en las decisiones judiciales se advierte la existencia de una cierta dosis de politicidad, en especial, porque emana de un órgano de gobierno que se pronuncia en nombre del Estado, porque demuestra en los casos difíciles la axiología o ideología del juez interviniente, porque con su decisión el magistrado participa del juego político-estatal del poder, y porque la sentencia dictada en determinados fallos como los institucionales tiene una trascendencia que excede el interés individual y se proyecta a la comunidad¹⁵.

El sistema político, integrado por las diversas partes del Estado que actúan y se relacionan como una unidad de orden y fin, recibe el avance de la judicialización como otro componente del fenómeno constitucional, sin por ello suprimir o desmerecer su dimensión política¹⁶.

Expresa Santiago (h):

“La ley del mando y la obediencia, la regla del poder, es inexorable, de cumplimiento necesario, pero se trata de humanizarla, de civilizarla, de racionalizarla, de juridizarla. Con esta finalidad ha surgido el Derecho constitucional, el que propone someter a reglas, principios y procedimientos jurídicos el proceso político, es decir, la lucha por la obtención del poder público y su ejercicio desde el gobierno”¹⁷.

Las citas precedentes sirven para dejar constancia de un fenómeno que, por ser conocido no deja de mantener su importancia teórico-práctica: la interpretación constitucional judicial y el consiguiente control de constitucionalidad constituyen un resorte político, en su sentido más alto, por el que la judicatura interviene en la gestión del poder.

¹⁴ Alberto Antonio Spota, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, 3ra. ed., Editorial Plus Ultra, Bs.As., 1993, ps. 31-32.

¹⁵ Alfonso Santiago (h), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Bs.As., Marcial Pons, 2010, p. 147.

¹⁶ Cfr. Alfonso Santiago (h), *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1999, ps. 74-83.

¹⁷ Alfonso Santiago (h), *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*, Marcial Pons Argentina, Bs.As., 2017, p. 37.

La tarea hermenéutica judicial, como entiende Badeni, derivada de la distribución de las funciones del poder entre varios órganos independientes, fue uno de los aportes más importantes provenientes del movimiento constitucionalista; evita su ejercicio abusivo y garantiza la libertad y dignidad como objetivo fundamental y único del sistema político personalista¹⁸.

La dimensión política del control constitucional, por su parte, si bien posee similares presupuestos de legitimación que el control de alcance individual, requiere además que exista fundadamente una necesidad general o pública de adoptar tal decisión¹⁹. De allí la importancia que tiene el concepto de “fallo institucional” como una sentencia que resolverá una cuestión de importancia, tendrá repercusiones en situaciones similares, interferirá significativamente en el proceso político o sentará principios de indudable trascendencia para la vida social²⁰.

El vértice jurídico-político se enroca, naturalmente, con el modelo político encarnado por la Constitución. Bidart Campos identifica sus patrones fundamentales en el Preámbulo, donde se alude a la justicia como valor supremo, a la libertad como forma del estado democrático y al bienestar general como destino de realización del bien común²¹.

Esta síntesis refleja un orden axiológico contenido en el Texto Fundamental, que no es otro que el del constitucionalismo, cuya voluntad incluyente contrasta de manera radical con el reproche que dirige hacia quienes pretenden alzarse contra su existencia. Cabe mencionar aquí la distinción practicada por Zagrebelsky: la Constitución, como norma, tiene una vocación omnicomprensiva frente a la ley que se encuentra signada por su destino puntual y circunstancial de regulación, en atención a los sujetos, objetos y situaciones que contempla. Por lo tanto, “...tratar a la Constitución como una ley, por el hecho de que se le reconozca una particularidad de tipo formal, significa olvidar o alterar sus rasgos más profundos²².”

¹⁸ Gregorio Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ra. ed. actualizada y ampliada, La Ley, Bs. As., Tomo I, p. 628.

¹⁹ Cfr. Alberto Bianchi, *El control de constitucionalidad*, 2da. edición, actualizada, reestructurada y aumentada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1998, Tomo 1, p. 252.

²⁰ Cfr. Alfonso Santiago (h), *La Corte Suprema y el control político...*, ob. cit., p. 141.

²¹ Cfr. Germán J. Bidart Campos, *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Ediar, Bs.As., 1969, ps. 157-160.

²² Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia...*, cit., p. 134.

Esos rasgos profundos son valores (o pautas fundamentales) que se transforman en principios constitucionales al ingresar al sistema jurídico, proyectando su fuerza obligacional hacia la totalidad de los subsistemas que componen el ordenamiento general, en al menos tres sentidos definidos:

- a) Conforman el sustrato de la convivencia social;
- b) Expresan los derechos a ser tutelados;
- c) Imponen un grado de prevalencia frente a otras normas de cualquier fuente sistémica, general o especial.

Hasta aquí se han narrado los aspectos esenciales de la interpretación jurídica judicial y, dentro de ella, del control de constitucionalidad. Se ha conectado este proceso y su producto con la participación de la instancia judicial en la administración del poder y con el modelo político encarnado en la Constitución. A su vez, se han vinculado estos extremos con la axiología de su texto y su reflejo en los enunciados definidos como principios constitucionales, recordando la funcionalidad de su imperio. Con estos antecedentes, el presente análisis se encuentra en condiciones de observar las fases que ha seguido la interpretación en el espacio iuslaboral.

4. Las etapas de la interpretación constitucional judicial en el Derecho del Trabajo

Como se anticipó, con el fin de la Segunda Guerra Mundial entró en crisis un paradigma caracterizado por el protagonismo de la Ley como expresión infalible de la voluntad del legislador. Este modelo positivista extremo, denominado también “Estado de Derecho Legal”, fue reemplazado por una concepción basada en el protagonismo de la Constitución, concebida como una norma dotada de principios que pueden ser interpretados de manera operativa por los jueces, quienes desde allí se encuentran habilitados (según el diseño jurídico nacional que se trate) para validar o invalidar a las restantes normas del sistema. Este modelo resulta conocido como “neoconstitucionalismo” o “Estado de Derecho Constitucional”²³.

²³ Cfr. Rodolfo Vigo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Bs.As., 2015, ps. 232-233.

Como dato, hay que decir que los principios constitucionales laborales se posicionaron en la esfera local de una manera singular. Y es que la Constitución Argentina no ha fundado su régimen republicano sobre el trabajo (como en Italia), ni ha declarado una adhesión explícita al “Estado Social y Democrático de Derecho” (como en España). Su catálogo inicial de derechos sociales fue elaborado a la luz de un momento histórico particular (quizás, entre otros motivos, como respuesta a su texto predecesor de 1949). Recién con la reforma del año 1994 completó su noción acerca de la dignidad humana, a través de la incorporación directa de instrumentos esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De allí que, salvo excepciones, durante la vigencia del Estado de Derecho Legal la Corte se encargó de señalar que el art. 14 bis CN no consagra derechos absolutos y que la razonabilidad de la reglamentación legislativa se encuentra condicionada por su adecuación al fin motivo de aquella, no siendo susceptible de tacha constitucional en tanto no quepa impugnarlo con base en su iniquidad manifiesta²⁴.

El neoconstitucionalismo laboral

Luego de transcurrida una década, desde la reforma, fue la Corte Suprema quien introdujo el Derecho del Trabajo en la fragua del nuevo constitucionalismo y dio comienzo al desarrollo de sendas líneas jurisprudenciales destinadas a reivindicar la supremacía de los principios, en muchos casos con carácter operativo. Como se dijo en otra parte, esta secuencia favoreció la incorporación de institutos y técnicas de control que protegieron derechos fundamentales del trabajador, pero también dejó expuesta una serie de tensiones vinculadas al modo en que los jueces laborales comenzaron a resolver las causas sometidas a estudio²⁵.

Resulta inevitable efectuar una breve referencia al listado de temas y casos que fueron abordados por la Corte en la década 2004-2014, que comprenden desde la indemnización por despido (“Vizzoti”)²⁶ y la estabilidad laboral (“Madorrán”)²⁷, pasando por la extensión de responsabilidad soli-

²⁴ Ver CSJN, “Barone”, Fallos 249:252 (1961).

²⁵ Sobre el tema ver Leonardo J. Ambesi, *Constitución, Ley y Derecho del Trabajo. El sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica*, Ed. La Ley, Bs.As., 2017.

²⁶ CSJN, Fallos 327:3677 (2004).

²⁷ CSJN, Fallos 330:1989 (2007).

daria a los directivos y gerentes de personas jurídicas (“Davedere”)²⁸, la problemática de la descentralización y subcontratación (“Benítez”),²⁹ la noción de remuneración (“Pérez”³⁰, “González”³¹, “Díaz”³²), el ejercicio del poder de policía laboral (“Aerolíneas Argentinas”)³³, hasta llegar a la vigencia de la ley general contra la discriminación en las relaciones laborales (“Álvarez”³⁴, “Pellicori”³⁵, “Sisnero”³⁶) e interpelar al modelo sindical argentino (“ATE”³⁷, “Rossi”³⁸, “ATE II”³⁹), entre otros tópicos.

Como es sabido, el régimen de riesgos del trabajo inauguró su propia línea jurisprudencial (“Castillo”⁴⁰, Aquino⁴¹, “Milone”⁴².) con efectos que se prolongan hasta nuestros días.

Lo cierto es que, tanto en “Vizzoti” como en “Aquino” se fijaron criterios muy poderosos para la mecánica interpretativa; su fuerza emerge de los propios enunciados:

- Cuando (la Constitución) reconoce derechos lo hace para que resulten efectivos y no ilusorios.
- Los derechos constitucionales tienen un contenido que lo proporciona la Constitución. No son derechos huecos.
- El trabajador (el hombre y mujer trabajadores) es (son) sujeto(s) de preferente atención (tutela) constitucional.
- El principio protectorio tiene relación con las obligaciones positivas de los estados en materia de DD.HH.

²⁸ CSJN, Fallos 330:2445 (2007).

²⁹ CSJN, Fallos 332:2815 (2009).

³⁰ CSJN, Fallos 332:2043 (2009).

³¹ CSJN, Fallos 333:699 (2010).

³² CSJN, Fallos 336:593 (2013).

³³ CSJN, Fallos 332:170 (2009).

³⁴ CSJN, Fallos 333:2306 (2010).

³⁵ CSJN, Fallos 334:1387 (2011).

³⁶ CSJN, Fallos 337:611 (2014).

³⁷ CSJN, Fallos 331:2499 (2008).

³⁸ CSJN, Fallos 332:2715 (2009).

³⁹ CSJN, Fallos 336:672 (2013).

⁴⁰ CSJN, Fallos 327:3610 (2004).

⁴¹ CSJN, Fallos 327:3753 (2004).

⁴² CSJN, Fallos 327:4607 (2004).

- El art. 14 bis se ha visto fortalecido y agigantado por los textos internacionales de DD.HH. incorporados a la Constitución.
- El principio de progresividad impone una fuerte presunción contraria a las medidas regresivas.

No se requiere un gran esfuerzo de comprensión para deducir que, como regla interpretativa, la época proyectó la figura de los principios hacia la totalidad del universo laboral. Esto, a pesar de que la inclusión de alguno de ellos (como el principio de progresividad) recibió muy serias observaciones⁴³.

Véanse los primeros criterios. La invocación a la efectividad constitucional parece completarse con una razón de tipo sustancial: el legislador no puede ingresar, desde su nivel, al interior de la fuente constitucional, cuya matriz viene delineada con carácter previo. En algunos supuestos, ni siquiera se requiere la ley como complemento. En la práctica, se ha suprimido el inicio del art. 14 bis (“El trabajador gozará de la protección de las leyes...”) para formular una aplicación cuasi directa de las garantías, entendidas como principios concretos.

Ello tiene un destinatario, el trabajador, registrado en una fórmula que la Corte repetirá o a la que remitirá en distintos fallos durante este período. Así leído, el principio protectorio no es solo una norma sobre derechos y libertades de la Constitución. Representa, en esencia, un hipertexto que, conjugado con los instrumentos internacionales de su mismo rango o supralegales, reconfigura y define el diálogo textual y fáctico de los casos en los que impacta.

Del neoconstitucionalismo principialista al neojudicialismo

Ya durante la etapa anterior, la exégesis apuntada fue motivo de discusión en el seno del Alto Tribunal. En algunos fallos, los votos minoritarios o disidencias plantearon los problemas de modulación que un esquema fuertemente principialista, como el que se puso en práctica, provocaba en la dilucidación de los pleitos⁴⁴.

⁴³ Ver Julio C. Simon, “El progreso y el principio de progresividad”, DT (marzo) 2010, 471; Mario Ackerman, “El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN”, en Revista de Derecho Laboral 2014-1, ps. 107-134.

⁴⁴ Ver, a modo de ejemplo, las disidencias registradas en las causas “Davedere” y “Álvarez”.

Más allá de eso, la evolución interpretativa se dirigió hacia un nuevo estadio, en donde los jueces recíprocamente examinan y se examinan al mismo tiempo: hablamos del problema de la discrecionalidad judicial, encarnado en la posible elección de alternativas “abiertas”, cuya asignación al caso en el momento decisivo no debe ser arbitraria⁴⁵.

A esto se sumó una resignificación de la Ley que, sin convertirse en un regreso al positivismo pleno, fungió como un intento por formular una suerte de convivencia de las fuentes jurídicas disponibles. La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (con sus pautas hermenéuticas iniciales) forma parte de este pensamiento.

En suma, se volvió a considerar la importancia de la Ley para la organización de la vida social y la solución de sus conflictos, postulándose una suerte de atrincheramiento de los temas constitucionales, aunque el problema se traslade a la determinación de sus límites⁴⁶.

Una posible denominación para esta corriente sería la de “neojudicialismo”. Si, en sentido estricto, el neoconstitucionalismo no reniega del Texto Fundamental sino que, por el contrario, lo resignifica, el movimiento reciente de interpretación tampoco resigna la competencia judicial sino que se detiene a valorar el juego interno que desatan los principios en determinados casos y las fuentes inferiores que concurren a su solución.

Cabe preguntarse por el momento en que se produjo este tránsito de etapas. Una respuesta que se puede arriesgar es la que ubica el giro hermenéutico hacia fines del año 2014. Allí, en medio de sendos pronunciamientos como “Velardez” (protección de la vivienda del trabajador)⁴⁷, “Ledesma c. Citrus Batalla” (ratificación del precedente “Álvarez” sobre discriminación)⁴⁸ y “Kuray” (garantía de gratuidad de los procedimientos y procesos

⁴⁵ Juan Bautista Etcheverry, “Discrecionalidad judicial”, en *Tratado de Derecho Judicial*, Rodolfo Luis Vigo – María Gattinoni de Mujía directores, Bs.As., La Ley, 2013, Tomo I, ps. 597 – 608. Para el autor, “...cuando las normas jurídicas positivas resultan insuficientes, contradictorias, vagas o extremadamente injustas, ésto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un único resultado correcto. Esto es así porque: a) por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos; b) la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales” (p. 608).

⁴⁶ Francisco Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, ps. 166-167 y 238.

⁴⁷ CSJN, 15/05/2014, “Velardez, Julio César c. Jasnís y Basano S.A.”.

⁴⁸ CSJN, 09/09/2014, “Ledesma, Florencio c. Citrus Batalla S.A. s/sumarísimo”

para el trabajador)⁴⁹, se alumbraron dos sentencias de suma importancia para nuestro tema: “Urquiza”⁵⁰ y “Gómez c. Saden S.A.”⁵¹.

El primero de los casos, vinculado al régimen de riesgos del trabajo, representa una deferencia al legislador. Con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, se reivindica la aplicación inmediata de las reglas de competencia previstas en la ley 26.773, para derivar al fuero civil la sustanciación de la acción de daños planteada por el trabajador.

En el segundo de los fallos, se dejó sin efecto la condena dispuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, quien había entendido que la obra social era solidariamente responsable por los créditos laborales reclamados por la actora a una empresa de servicios odontológicos que les brindaba prestaciones a sus afiliados.

Según lo expresado en el voto mayoritario, que contó con disidencia del juez Fayt, el tribunal no deshace la doctrina sentada en el precedente “Benítez” (que a su vez modificó lo dicho en “Rodríguez c. Embotelladora”, al dejar en manos de los jueces la interpretación del art. 30 LCT), sino que ingresa en el punto a partir del “excepcionalísimo supuesto de la arbitrariedad”. Desde esa perspectiva, se descalifica la sentencia en examen, por no haber ponderado adecuadamente el rol que cumplen las obras sociales como agentes naturales del sistema nacional del seguro de salud⁵².

A su vez, en su voto concurrente, el juez Lorenzetti se remitió a su disidencia en la causa “Fiorentino c. Socialmed”, donde rechazara la aplicación genérica de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 30 LCT, al interpretar que la contratación de una actividad normal y específica debe tener alguna relación con los supuestos del subcontrato, entendiendo por ello a las actividades propias que se delegan con dependencia unilateral, ya que no es posible responsabilizar a un sujeto por las deudas laborales que tengan las empresas que contrate, aunque los bienes y servicios sean necesarios o coadyuantes para la actividad que desempeñe⁵³.

⁴⁹ CSJN, 30/12/2014, “Kuray, David Leonel s/recurso extraordinario”

⁵⁰ CSJN, 11/12/2014, “Urquiza, Juan Carlos c. Provincia ART S.A. s/daños y perjuicios” (accidente de trabajo).

⁵¹ CSJN, 30/12/2014, “Gómez, Claudia Patricia c. Saden S.A. y Otro s/despido” (Fallos 337:1548).

⁵² Ver consid. 4° del voto de la mayoría.

⁵³ CSJN, 29/05/2007, “Fiorentino, María Roxana Luján c. Socialmed S.A. y Otro” (Fallos 330:2452).

En suma, “Gómez c. Saden S.A.” también contiene una referencia a la autoridad legislativa, aunque, excepción hecha del voto antes citado, la misma se practica sobre un régimen particular antes que sobre un texto determinado.

El material que proporcionan tanto el régimen de riesgos del trabajo como las singulares características del sistema sanitario, se proyectarán en sendos fallos del Colegiado.

En la causa “Espósito”, la Corte precisó los alcances de la actualización que dispuso la ley 26.773, con indicación de los rubros, y fijó los términos de su vigencia⁵⁴. La importancia de este fallo puede verificarse en la causa “Marando”, donde el Máximo Tribunal debió ratificar dicho precedente⁵⁵.

Pero, sin dudas, corresponde al caso “Cairone” el sitio de privilegio de esta nueva etapa en la interpretación constitucional laboral, especialmente en lo relativo a la determinación de la relación de dependencia⁵⁶.

En cuanto al tema que ocupa el presente análisis, el dato distintivo no se ubica tanto en la reformulación de la teoría de la dependencia (que incluyen desde aspectos tradicionales de la evaluación técnica, económica y jurídica de la relación hasta la aplicación de la teoría de los actos propios al trabajador), sino en el reproche que se hace a los magistrados por haber ignorado las consecuencias económicas, sociales y jurídicas del fallo y que repercuten en todo el sistema de contrataciones⁵⁷. Esta concepción, que se había esbozado en “Gómez c. Saden” comenzó a tomar un mayor cuerpo conceptual. La nota de la preferente o especial tutela que la Constitución Nacional provee al trabajador ya no resulta suficiente para justificar una decisión judicial y, mucho menos, para calificar un vínculo. Este sentido interpretativo puede corroborarse en “Correcher Gil” donde, con base en el estudio del material probatorio de la causa, se concluyó que no resultaba procedente calificar de laboral un vínculo de trabajo voluntario⁵⁸.

⁵⁴ CSJN, 07/06/2016, “Espósito, Dardo L. c. Provincia ART S.A. s/accidente – ley especial” (Fallos 339:781).

⁵⁵ CSJN, 12/09/2017, “Marando, Catalina G. c. QBE Argentina ART S.A. s/accidente – ley especial”, Fallos 340:1259.

⁵⁶ CSJN, 19/02/2015, “Cairone, Mirta Griselda y Otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano – y Otros s/despido” (Fallos 338:53).

⁵⁷ Consid. 5° voto del juez Lorenzetti.

⁵⁸ CSJN, 24/04/2018, “Correcher Gil, Dolores c. REMAR Argentina Asociación Civil s/despido” (Fallos 341:416).

En este decurso, el fallo “Rica”, sin perjuicio de sus particularidades, completa el panorama interpretativo, que aquí vuelve a enfatizar las características de la contratación de los servicios profesionales sanitarios⁵⁹.

La Corte, en esta materia, se comporta de manera exigente, como se puede ver en el recorrido que siguió la causa “Pastore”. En el primer caso⁶⁰ se dejó sin efecto la sentencia apelada, ordenándose el dictado de un nuevo fallo con arreglo a lo expresado en el fallo “Cairone” ya citado. El expediente recayó en una nueva sala de la CNAT, ante cuyo pronunciamiento se interpuso recurso de hecho ante el Máximo Tribunal, quien declaró la apertura de la queja, suspendió la ejecución del decisorio y requirió los autos para su consideración⁶¹. En el nuevo fallo “Pastore”, la Corte Suprema procedió a la apertura de la vía extraordinaria, al considerar que la interpretación de sus sentencias constituye cuestión federal suficiente cuando se consagra “un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal” y se “desconoce lo esencial de aquella decisión”⁶².

Así, reprobó el desconocimiento de la relevancia dada por la Cámara a determinados elementos –comunes a los del caso “Cairone”– que sirvieron para calificar la naturaleza del vínculo que las partes desarrollaron. En particular, entendió que hubo una “apreciación sesgada del material probatorio” que resultaba idóneo para acreditar la falta de dependencia económica, característica del vínculo laboral⁶³.

El mecanismo de interpretación, delineado desde fines de 2014, atravesó la frontera de las relaciones individuales para llegar al espacio colectivo. Basta observar la estructura del fallo “Orellano”, que sirvió para dirimir la titularidad del derecho de huelga, como evidencia de lo hasta aquí expuesto⁶⁴.

La conclusión unánime de los ministros sobre la necesaria existencia de un sindicato, al menos simplemente inscripto, para ejercer tal derecho, no

⁵⁹ CSJN, 24/04/2018, “Rica, Carlos Martín c. Hospital Alemán y Otros s/despido” (Fallos 341:427), consid. 5° y 6° del voto de la mayoría.

⁶⁰ CSJN, 19/02/2015, “Pastore, Adrián c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/despido” (CSJ 843/2012 48-P).

⁶¹ CSJN, 19/09/2017, CNT 17569/2007/2/RH1.

⁶² CSJN, 16/04/2019, “Pastore, Adrián c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/despido”, consid. 4°.

⁶³ Ver consid. 5°.

⁶⁴ CSJN, 07/06/2016, “Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo” (Fallos).

menoscaba nuestro objeto de estudio. En el cuerpo de la sentencia, mucho antes de finalizar el texto, se ubica la argumentación que aquí interesa, donde luego de conceptualizarse la huelga, se deja establecido que: “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 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”, por lo que “...el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador...así como también con los derechos de terceros o de la sociedad...que también cuentan con protección constitucional”⁶⁵.

Para la Corte existe una “tensión entre derechos de difícil armonización” que la lleva a rescatar de cierto olvido doctrinario el dispositivo de la calificación legal de la medida de presión, como forma de encauzar una solución para este tironeo constitucional.

El fallo habla de libertades y, en ese contexto, importa nociones mediterráneas de la huelga que sorprenden un poco por su ajenidad con cierta tradición local⁶⁶. Quizás, este “diálogo” de libertades que se lleva a cabo entre todos los participantes directos e indirectos del conflicto (trabajadores, empleadores, consumidores, usuarios, otros terceros), refleje la sintonía de la nueva modulación hermenéutica, que pone en juego las particularidades del principio protectorio.

Empero, lo manifestado no implica una disminución de determinados estándares interpretativos. A principios del año 2018, la Corte dejó sin efecto un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, por estimar que el rechazo a calificar un despido como discriminatorio, con base en que no surgía tal motivación del acto mismo del despido, no alcanzaba para brindar un fundamento consistente a lo decidido, ya que “...la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta y, por lo tanto, es harto improbable que surja de los términos de una notificación rescisoria”⁶⁷.

⁶⁵ Ver consid. 7°.

⁶⁶ Ver, por ejemplo, Justo López, “La huelga como acto jurídico colectivo”, *Rev. Legislación del Trabajo*, T. XX-ps. 1-45. Para el citado autor, “El carácter colectivo del acto (de huelga) está dado, no meramente por la ejecución del grupo, sino por la decisión colectiva en vista a un interés también colectivo profesional” (p. 7).

⁶⁷ CSJN, 06/02/2018, “Farrell, Ricardo Domingo c. Libertad S.A. s/despido”, ver consid. 6°.

Casi de inmediato, el Tribunal revocó una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, quien había confirmado la resolución que excluía de la tutela sindical a un representante gremial⁶⁸. Aquí resulta interesante advertir el modo en que la Corte inicia el tratamiento del tema. Luego de indicar que se encontraban vencidos los mandatos del actor, confirma su voluntad de examinar igual los planteos formulados para que no se frustre su rol de “garante supremo de los derechos humanos”, en aquellos casos “...en los que parece evidente que las circunstancias bajo examen son susceptibles de repetición”⁶⁹.

Desde esta posición, el Colegiado repasa la normas nacionales e internacionales sobre protección de los representantes gremiales, concluyendo que solo se puede excluir de la garantía reconocida a éstos, “...a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque.”, la cual, “...solamente puede hacerse a partir de una concreta especificación en la demanda de la medida que se pretende adoptar, pues de otro modo los jueces no podrían evaluar si las razones que se alegan guardan relación o proporción adecuada con el despido, la suspensión o la modificación contractual que se trate”⁷⁰.

Los pronunciamientos antes citados sugieren el mantenimiento de senderos hermenéuticos alumbrados en la era del neoconstitucionalismo pleno. Sin embargo, el reciente fallo dictado en la causa “Varela, José c. Disco S.A.” parece reafirmar el criterio neojudicialista aquí esbozado⁷¹.

En este caso, la Corte estimó necesario reforzar el estándar de prueba que debe aplicarse cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, en razón de las dificultades que presenta su acreditación. El tema involucra los supuestos de despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592, que según el Alto Tribunal poseen contornos específicos de aplicación. Veamos las reglas que se establecen al respecto:

⁶⁸ CSJN, 15/02/2018, “Universidad Nacional de Rosario c. Calarota, Luis Raúl s/exclusión de tutela sindical”.

⁶⁹ Ver consid. 3° del voto de la mayoría.

⁷⁰ Ver consid. 6° del voto de la mayoría.

⁷¹ CSJN, 04/09/2018, “Varela, José G. c. Disco S.A. s/amparo sindical” (Fallos 341:1106), consid. 9° del voto de la mayoría.

- a.1.) Quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar *prima facie* o de forma verosímil que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca, ya que “No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial”.
- a.2.) Quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe “mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley”; es más, “...el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley *de modo regular*”.
- a.3.) Respecto al supuesto alcanzado por la ley 23.592, “...el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta con una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión”
- b.1.) Una vez demostrados verosímilmente por parte del trabajador uno de estos estándares, “...el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente de los casos en que la medida cuestionada es un despido in-causado *vis a vis* aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria”.
- b.2.) En cuanto al primero de los supuestos (despido sin causa) es suficiente “...que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere”.
- b.3.) En los casos de despidos con causa, “...es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado”.
- c) Por último, “...para la acreditación de los extremos mencionados y para la evaluación de la prueba deben emplearse los medios habituales”⁷².

⁷² Ver consid. 9° del voto de la mayoría.

5. Conclusión

En su Anteproyecto a la *Suma Teológica*, Castellani destaca el carácter de “compendedor” de S. Tomás de Aquino (“apasionado” le agrega), cuyo pensamiento “...no está tanto en las líneas cuanto en los blancos que hay entre ellas”, es decir, en lo que suponen para ser plenamente entendidas⁷³.

Mucho de eso sucede con la interpretación constitucional en clave laboral. Hay que “comprender” la totalidad del escenario que nos presenta el juzgador, no solamente aquello que afirma o niega, sino también lo que de manera implícita ha construido para forjar su argumento. Ese material, en general, no se despliega aislado. Mantiene una conexión propia con elementos similares de sus precedentes que le otorguen un grado de coherencia conceptual. Esto, y no otra cosa, es lo que nos ha permitido rastrear el sentido hermenéutico que agrupa a fallos que aluden a distintos institutos e instituciones del Derecho del Trabajo.

Entonces ¿A partir de fines del 2014 la Corte abandonó su dedicada atención a los principios? Nada de eso. La mejor muestra se exhibe en el fallo “Anadón”, donde el Tribunal, al derogar por vía pretoriana el recurso ordinario de apelación, se encargó de postular que “La Corte Suprema debe fallar todos los asuntos en que pueda estar comprometido algún principio constitucional, sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que puedan importar”⁷⁴.

Por supuesto que, más allá del argumento cualitativo, la Corte reclama para sí el carácter de intérprete final y supremo de la Constitución Nacional y sus normas inferiores, debiendo los órganos jurisdiccionales atenerse a la doctrina de sus precedentes, en tanto ello sea posible⁷⁵.

Una hipótesis plausible sobre el porvenir de este tema consiste en que, antes que un nuevo movimiento, el neojudicialismo actual se asiente como una variante neoconstitucional que redima a la norma legal de su pecado como fuente inferior a la Constitución mientras, al mismo tiempo, se de-

⁷³ Cfr. Santo Tomás de Aquino *Suma Teológica*, Nueva versión sobre el texto latino con notas, explicaciones y comentarios de Leonardo Castellani, Club de Lectores, Bs.As., 1944, tomo I, Anteproyecto, p. XXIII.

⁷⁴ CSJN, 20/08/2015, “Anadón, Tomás Salvador c. Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido” (Fallos 338:724), ver consid. 17.

⁷⁵ CSJN, 22/05/2018, “Viñas, Pablo c. Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/indemnizaciones ley 24.043”.

tenga en el estudio de las posibles consecuencias de la discrecionalidad judicial, como riesgo latente de las decisiones apegadas a los principios.

En definitiva, habrá que estar también a la evolución del modelo que, en cuanto a política judicial del sistema jurídico laboral, plantee su órgano máximo.

EL FUTURO DEL TRABAJO. JORNADA DE TRABAJO

POR MARCELO AQUINO

I. Introducción

El presente del futuro del trabajo nos obliga a investigar acerca de determinados institutos o pilares de nuestra especialidad, como lo es el régimen de jornada de trabajo.

Este desafío es permanente ya que hoy las estructuras de las organizaciones de trabajo (antes comúnmente llamadas empresas) cambiaron al modificarse la forma de producción automatizadas en reemplazo de sistemas “fordianos” de trabajo y por servicios más que producción.

El hombre era parte fundamental para asegurar el proceso de producción controlando cada una de las etapas a fin de permitir la elaboración del producto final.

La automatización de estos procesos ha llevado a migrar al trabajador a otras labores, exigiendo una mejor calificación profesional con motivo de los conocimientos técnicos requeridos para ello, como también, en otras áreas hasta hace décadas desconocidas y/o de poco desarrollo como la de servicios.

II. Antecedentes

En la Edad Media, el “siervo” era un trabajador semiindependiente que estaba obligado a prestar tareas para su señor feudal “de sol a sol”¹. La

¹ Piroló, Miguel Angel y Murra, Cecilia, “Jornada de Trabajo”, Capítulo XII, Tratado de Derecho del Trabajo, Ackerman, Mario, director; Tosca, Diego, coordinador; Editorial Rubinzal Culzoni, 1er Edición, Santa Fe, 2005, Tomo III, p. 585.

población se dividía entre este grupo de trabajadores dependientes -con menor nivel de calificación profesional- de los artesanos que, gracias a su formación u oficio, les permitía no depender tanto del poder político (Señor Feudal) y tener condiciones de vida y de trabajo superiores.

Fueron estos últimos los que dieron origen al corporativismo proceso de agremiación en defensa de intereses comunes y en procura de mejores condiciones de vida y de trabajo. Se observa como fenómeno sociológico que la unión o agremiación permitía posicionarse mejor frente al poder político (Feudo) en aras de proteger y/o defender intereses colectivos, como ser, mejores condiciones de vida y de trabajo. La limitación de la jornada de trabajo fue, pues, una de las primeras conquistas gremiales de este colectivo².

La Ley Chapellier³ derogó el régimen corporativo conocido hasta entonces, atacándose a estos reconocimientos sociales mediante la introducción del principio de libre contratación. Fue una expresión más del modelo imperante en la época, es decir, liberalismo económico, desarrollo del capitalismo y una alarmante pasividad del Estado (Protector)⁴.

La llamada “Revolución Industrial”, con procesos mecanizados, provocó por un lado, un notable crecimiento económico en Europa Central pero ante un crecimiento social desordenado o falta de ideas en este sentido, causó un marcado desmejoramiento de las condiciones de vida de la población que se vio obligada a migrar a los centros urbanos desarrollados alrededor de estas industrias.

Se generó un proceso de desempleo de trabajadores cuya capacitación u oficio quedaban fuera de las demandas o capacidades laborales requeridas. Asimismo, ante el alto nivel de desempleo y la consiguiente crisis que ello provoca en todo grupo familiar, era la mujer y los menores quienes también salían en busca del sustento alimentario, generándose así la contratación de mano de obra más económica y con menores o mínimas condiciones de trabajo.

De lo que se conoció como Corporativismo pre-Revolución Industrial, comenzaron a germinar los llamados Movimientos Obreros que buscaban

² Fue establecida en 9 horas y media en invierno y 12 horas y media en verano).

³ Junio de 1791.

⁴ Sureda Graells, Víctor A, “La Jornada de Trabajo”, Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Deveali, Mario, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 1972, Tomo II, p. 19

contrarrestar la débil posición que tenía cada trabajador individual. Sus primeros objetivos fueron salarios dignos, pero principalmente, limitación de la jornada de trabajo. El Estado permanecía en actitud prescendente⁵.

Era una expresión más del egoísmo del ser humano que con poder cree que no debe ceder a pretensiones en contra de sus propios intereses cuando a la sociedad en su conjunto le genera un grave perjuicio social. Por ello, la necesidad de contar con la presencia del Poder Público a fin de intentar esgrimir un equilibrio social.

En este escenario, una de las primeras normas internacionales del Derecho del Trabajo conocidas refiere al límite de la jornada de trabajo, en realidad, al derecho al descanso y, en especial, en los grupos más vulnerables: mujeres y niños.

Con ello, se intentó también establecer salarios mínimos por jornadas a fin de garantizar condiciones económicas dignas del trabajador como de su grupo familiar que de él dependía.

Las primeras leyes sobre jornada de trabajo las podemos encontrar en Inglaterra (1847), 10 horas y media por día y Francia, con aplicación exclusivamente en París (1848), 10 horas.

Siguieron en igual sentido, Rusia (1897), 10 horas; Austria (1901), 8 horas; Italia (1907), 10 horas; Gran Bretaña (1908) y Bélgica (1909), 8 horas sólo limitado al trabajo en minas y Estados Unidos (1912) en 8 horas para el trabajo ferroviario.

Tratado de Versalles. OIT

En 1919, con la firma de este Tratado se constituyó la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo conformada por la representación tripartita que hoy conocemos en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo. Es esta Comisión que elabora el proyecto de creación de la OIT cuyo principal objetivo era la elaboración de un sistema normativo internacional que permitiera establecer condiciones mínimas y similares de trabajo en todos los países miembros.

En esta línea fundacional, es bien conocido que el Primer Convenio

⁵ Cabe recordar la dura y sangrienta represión policial en mayo de 1886 en Chicago contra obreros que habían decidido una huelga para que los empleadores respetaran la jornada de 8 horas.

Internacional de la Organización Internacional del Trabajo fue el de Washington (Convenio 1) sobre la limitación de las horas de trabajo en la industria.

En 1930, el Convenio 30 limitó las horas de trabajo para las actividades de comercio y oficinas.

Doctrina Social de la Iglesia

La Encíclica *Rerum Novarum* (1891)⁶ y luego *Quadragesimo Año* (1931) también refirieron como expresión a la dignidad del hombre y su relación con el trabajo, la necesidad de limitar la jornada de trabajo a fin de permitir su desarrollo personal, en familia y social, además del sentido de salud.

Argentina

En 1929, se promulga la Ley 11.544 sobre limitación de jornada de trabajo.

III. Sentido de la jornada en un proceso de producción de trabajo en serie (el “fordismo”)

El proceso de producción de trabajo en serie, con procesos continuos, requería de una demanda importante de trabajadores que, con un nivel de conocimientos elementales, podía permitir del desarrollo de una industria basada en sistemas mecánicos.

Fue en el auge de este proceso de trabajo desarrollado en sus orígenes en las Plantas de Ford Motors⁷, donde se observó la necesidad de repensar el sistema legal de descansos o limitación de las jornadas de trabajo.

Las razones que motivan tales decisiones fueron del orden ético, cultural, biológico, técnico y hasta económico.

⁶ “No debe extenderse más horas de las que permiten las fuerzas”.

⁷ Algunos autores reconocen a Henry Ford como el inventor de este sistema.

Todo ser humano que trabaja necesita disponer de tiempo libre para su vida familiar, de relación, recreación, educación.

El descanso es necesario para permitir al hombre recuperar las energías que en procesos industriales se requerían y así, permitir alcanzar un desarrollo y continuidad en dichas tareas hasta su vida activa en un proceso normal de envejecimiento y no precipitando afecciones y limitaciones que van perjudicando sus condiciones como las de su grupo familiar si por alguna de éstas, se veía cercenada la proyección de ingresos.

Científicamente se ha comprobado que la calidad del trabajo y la capacidad de producción de un individuo tiende a disminuir con el transcurso de las horas continuadas de labor y el consiguiente aumento de riesgos de accidentes.

El tiempo libre como finalidad de la limitación a la jornada de trabajo tiene factores macroeconómicos como la oportunidad del trabajador de generar gastos o inversiones que permitan sostener otras actividades, como ser, recreativas, de turismo, en bienes de uso.

Para Stanley Kent⁸ existen tres tipos clases de jornadas de trabajo:

- Reglamentaria o legal, es decir, aquella establecida por una ley;
- Nominal, lapso que se está a disposición del empleador;
- Efectiva, el tiempo real de prestación que el trabajador brinda al empleador para el objeto de su contrato.

La Organización Internacional del Trabajo adoptó el criterio o tipo de clase “nominal”, que no hizo más que ratificar lo decidido en el Acuerdo de Ministros (Londres, 1926).

Nuestro marco normativo a partir de la Reforma constitucional de 1994 incluye Tratados Internacionales con carácter supralegal que refieren a la temática de la limitación de la jornada de trabajo⁹.

⁸ Citado por Milhaud en “La Jornada de 8 horas y sus resultados”, Madrid, 1929, p. 164.

⁹ **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, art. XIV, **Derecho al Trabajo y a una retribución justa**. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades de empleo. Art. XV. **Derecho al descanso y a su aprovechamiento**. Toda persona tiene derecho al descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico. **Declaración Universal de Derechos Humanos**: art. 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y

IV. Empresa. Establecimiento tradicional

La forma de trabajo en las organizaciones (empresas), requiere de la necesidad de transformación permanente para lograr su sustentabilidad y crecimiento.

El modo tradicional de hacer la empresa con estructura piramidal fue la contribución efectuada por un hombre para resolver el problema de la productividad del trabajo manual.

Frederick W. Taylor (1856-1915) fue el Gran innovador del Siglo XIX, al idear el sistema de trabajo necesario para procesos de producción mecánicos y en serie.

Se comenzó con análisis de métodos y tiempos; donde el trabajador se limita a ejecutar lo que se le instruye. El Ingeniero diseña lo que el trabajador debe hacer y le indica cómo debe hacerlo. El trabajador es parte del proceso productivo. Hace y no tiene poder de decisión para cambiar la forma de cómo lo hace.

La fórmula del método taylorista era: “El Ingeniero piensa, el Empleado ejecuta”. Por ello, en este sistema, no podemos pensar que el hombre sea individualidad, persona pensante. En este colectivo pacífico y estable en el tiempo es donde se desarrollan y crecen las Organizaciones Sindicales, en especial, en nuestro país con sindicatos por actividad.

Se entiende que la implementación de este método de trabajo tuvo repercusiones en la sociedad, es decir, fuera del ámbito de la empresa (industria) ya que desactivó la lucha de clases como la creciente polarización entre capitalistas y trabajadores propia del Siglo XIX.

El sistema taylorista es fomentado incluso por Lenin (1918).

La lucha de clases mutó al crecimiento de la clase trabajadora por medio del crecimiento o desarrollo de cada uno dentro de una estructura previsible y rígida, donde el trabajador -si cumplía y se proyectaba con nivel de conocimiento- lograba ascensos a mandos medios como de jefaturas.

a la protección contra el desempleo; art. 14. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagas. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** art. 7. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial, d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como a la remuneración de los días festivos. Entre otros.

Las pautas de crecimiento personal no estaban en pensar el trabajo de una manera distinta, sino en hacerlo lo mejor posible, mostrando fidelidad y sentido de pertenencia. Demostrar que era parte del engranaje del proceso de producción taylorista.

El capataz o mando medio es la figura de autoridad en esta estructura de empresa. Ejerce el “control-mando”. Supervisión es igual a sanción¹⁰.

La estructura es jerárquica y piramidal. El Gerente General es el “Gran Capataz”, ya que el poder decisión está en la cúpula.

El régimen de jornada de trabajo se sanciona y aplica para este tipo de modelo de trabajo, incluso, el sistema de trabajo continuo o llamado por equipos, en donde se permite adecuar el régimen de descanso semanal del personal que brinda tareas.

V. Crisis. Transformación

Cuando hablamos de crisis nos referimos a los cambios que se observan en la realidad, fenómenos que no podemos desconocer.

Se observa una aceleración del cambio. La curva de aplicación de las invenciones permite demostrarlo:

- El buque a vapor (1788) se aplicó recién 120 años posteriores a su creación;
- El automóvil (1885), 40 años pos-creación;
- Internet (1983), sólo 7 años pasaron hasta que comenzó a utilizarse.

A ello se suma otro fenómeno llamado “Globalización del mercado” (Internacionalización) que se observa principalmente en las áreas de Producción, Finanzas, Comercio y Migración.

Desde 1950 la OIT analizó los cambios tecnológicos en el trabajo y sus efectos.

Sin embargo, la actual oleada de cambios lleva a pensar en consecuencias distintas e involuntarias.

¹⁰ En esa época, el Responsable de Personal de las empresas eran generalmente, personal retirado de las fuerzas de seguridad porque su principal función era el control, la seguridad patrimonial dentro de la planta.

Se prevé que más de la mitad de los empleos existentes cambien notablemente o desaparezcan¹¹.

*Estimación del impacto de la tecnología en el empleo*¹²

- **Universidad de Oxford:** el 47% de los trabajadores de los Estados Unidos de América, corren el riesgo de que sus puestos de trabajo se automaticen;
- **PricewaterhouseCoopers:** el 38% en los Estados Unidos de América, el 30% en el Reino Unido, el 21% en Japón y el 35% en Alemania, de puestos de trabajo van a estar amenazados por la automatización;
- **OIT (Chang y Huynh) ASEAN-5:** en los próximos 20 años, el 56% de los puestos de trabajo corren el riesgo de ser automatizados;
- **McKinsey:** el 60% de todas las ocupaciones comprenden al menos un 30% de actividades que técnicamente pueden automatizarse;
- **Roland Berger:** en Europa Occidental al 2035 se habrán perdido 8,3 millones de empleos en el sector industrial frente a 10 millones de puestos creados en el sector servicios;
- **Banco Mundial:** 2/3 de todos los puestos de trabajo de los países desarrollados pueden automatizarse.

De acuerdo con estos estudios, las actividades que estarán en baja en cuanto a la generación de empleo, es decir, su reemplazo por procesos automatizados es:

- Construcción;
- Distribución;
- Administración Pública.

En cambio, se proyecta un incremento de necesidad de trabajadores en:

- Transporte;
- Hotelería;
- Educación;
- Cuidados y Finanzas.

¹¹ OIT, Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra, 2017.

¹² OIT, Informe..., *op. cit.*

Del Informe citado también cabe destacar que un puesto puede automatizarse no significa que se vaya a automatizar. Demorará el proceso en algunas actividades o países donde el desarrollo económico es más lento, pero la tendencia llegará.

De acuerdo a la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (OIT)¹³, los posibles problemas del empleo atípico para los trabajadores son:

Seguridad del empleo Las transiciones del empleo temporal al empleo permanente son escasas; por lo general representan porcentajes anuales de entre menos de un 10 por ciento y aproximadamente un 50 por ciento. Cuanto mayor sea la incidencia del empleo temporal en el país, más probable será que los trabajadores transiten entre el empleo atípico y el desempleo, y menos probable que consigan un trabajo mejor.

Ingresos Riesgo de importantes penalizaciones salariales en comparación con quienes tienen empleos típicos. En relación con el empleo temporal, los estudios indican que las penalizaciones salariales pueden alcanzar hasta un 30 por ciento. El empleo a tiempo parcial está asociado con penalizaciones salariales en Europa y los Estados Unidos, pero en América Latina, donde es menos común y es realizado principalmente por los trabajadores más calificados, hay indicios de aumentos salariales entre los empleados asalariados.

Horas Quienes trabajan por encargo o de manera ocasional normalmente tienen poco poder para decidir cuándo trabajar, lo que afecta al equilibrio entre la vida profesional y la vida privada; pero también incide en la seguridad de sus ingresos, puesto que la remuneración es incierta. La inestabilidad de los horarios también hace que sea más difícil tener un segundo trabajo.

Seguridad y salud en el trabajo (SST) Considerables riesgos en materia de SST por la falta de formación inicial, capacitación y supervisión, por problemas de comunicación (especialmente en las modalidades de empleo en que intervienen varias partes) y por la ruptura de las obligaciones legales o controversias al respecto. Las tasas de accidentes son mayores entre los trabajadores de empleos atípicos.

¹³ OIT, *op. cit.* p. 40, Cuadro 4.1.

Seguridad social Algunas categorías de trabajadores pueden quedar excluidas por ley de la cobertura de la seguridad social, o pueden no cumplir los requisitos mínimos relativos a la duración del empleo, el tiempo de trabajo o los ingresos. O incluso si gozan de protección formal, la falta de continuidad en el empleo y el reducido número de horas de trabajo pueden dar lugar a una cobertura inadecuada o menos prestaciones durante el desempleo y la jubilación.

Formación Los trabajadores de empleos atípicos tienen menos probabilidades de recibir formación en el puesto de trabajo, lo cual puede afectar su desarrollo profesional, especialmente para los trabajadores jóvenes.

Representación y otros derechos fundamentales de los trabajadores Los trabajadores de empleos atípicos no tienen derecho a la libertad sindical ni a la negociación colectiva, ya sea por razones legales o por la frágil vinculación con su lugar de trabajo. También pueden ser víctimas de otras violaciones de sus derechos fundamentales en el trabajo, como la discriminación o el trabajo forzoso.

La tecnología se la entiende también como una nueva forma de combatir la informalidad con arreglo a criterios de sostenibilidad.

A diferencia de lo que ocurrirá con muchos países desarrollados, la población joven seguirá aumentando en la mayoría de los países en desarrollo, lo cual, sin una fuerte creación de puestos de trabajo y estrategias de desarrollo orientadas al empleo, puede ser otro factor de presión para recurrir a la informalidad. En este contexto, la posibilidad de usar la tecnología para promover el crecimiento inclusivo ha pasado a ser una cuestión urgente.

La diferencia puede ser notable por los costos económicos financieros, comúnmente conocidos como “retorno de la inversión”.

Estos cambios no implican desaparición del trabajo a cargo del hombre sino de su reemplazo por otras nuevas posiciones o trabajos. El gran desafío es si se pueden generar tanto o más posiciones nuevas de las que dejan de necesitarse, donde seguramente las nuevas tienen mejoras sustanciales en condiciones de trabajo.

Esta transformación también tiene su expresión en el incremento de la competitividad, en donde se observa un cambio permanente y acelerado (“Transformarse para mantenerse”. “Es preferible hacer mal lo necesario que bien lo innecesario”).

El impacto de las nuevas tecnologías es un factor del crecimiento y del desarrollo. Se muta del trabajador manual al trabajador de conocimiento. Se tiende a la eliminación del trabajo rutinario a cargo del hombre, donde la capacidad técnica no se requiere.

La pregunta es: ¿qué es la productividad para el trabajador de conocimiento? Se cambia el paradigma porque cambió la forma de la organización. Cambió el consumidor, cliente, usuario, por ende, las empresas deben adecuarse para lograr su sustentabilidad.

Para esta nueva forma de organización, el trabajo representa una parte importante de la vida, pero no el núcleo. Las personas quieren dedicar más tiempo a trabajos remunerados a la vez que muestran preferencia por pasar más tiempo con la familia.

A lo largo de las últimas dos décadas ha ido decayendo el número de afiliados en los sindicatos. Entre 2005 y 2015, la densidad sindical, un porcentaje que computa el índice de afiliación sindical en relación con el número total de empleados, ha ido disminuyendo paulatinamente en muchos países del mundo, aunque ha permanecido estable en otros —especialmente en aquellos donde los seguros de desempleo están gestionados por el sindicato— y ha disminuido en algunos otros (por ejemplo, Chile, Dinamarca, Noruega y Uruguay)¹⁴.

Las empresas buscan satisfacer a sus clientes. El punto de inflexión será el valor agregado que se ofrezca al cliente y/o consumidor de ese momento. Los desafíos son cambiantes, lo que se necesita es la capacidad adecuada para resolverlo, no las horas ofrecidas¹⁵.

Del empleado en relación de dependencia se le requiere ser ágil a los cambios, adaptable, estar alineado, en donde agilidad es capacidad de crear un modelo operativo flexible sin aumentar costos.

Adaptabilidad es la capacidad de hacer frente a un mundo de los negocios tan cambiante. Ajustarse y acomodarse de maneras diferentes.

Alinearse es el deber que tienen las organizaciones para satisfacer las expectativas de los clientes, de las partes interesadas y de la sociedad, es decir, alcanzar estos objetivos permitirá dar sustentabilidad a la empresa.

¹⁴ OIT, Informe, *op. cit.* p. 45.

¹⁵ Melamed, Alejandro, “El futuro del trabajo, el trabajo del futuro”, Ed. Planeta, 2da Edición, agosto, 2017, p. 183.

Por ello, el perfil del trabajador actual requiere de conocimientos tecnológicos, habilidades para comunicaciones directas, transparentes y muy dinámicas, con mucha proactividad y autonomía. Trabajo en equipos, movilidad y cambio, que sea escuchado y valorado por sus contribuciones, dispuesto a cambiar a la empresa.

Se generan posiciones o trabajos no conocidos siendo una de las causas que las organizaciones (empresas) ya no son cerradas. Se nutren tanto de empleados propios que seguramente están en relación de dependencia como de proveedores estratégicos en determinadas áreas o procesos. Todos conforman la llamada “Comunidad de Trabajo”¹⁶.

Uno de los desafíos es si hoy el Estado Protector, con su marco normativo conocido, expresión de las necesidades del Siglo XIX y buena parte del Siglo XX, es el adecuado.

O bien, si el Estado debe tener una política de empleo de formación y capacitación constante de su población a fin de permitir ocupar los nuevos puestos que el mundo actual requiere.

Tradicionalmente, la Industria Manufacturera fue el motor del crecimiento y la creación de empleo por su efecto en el resto de la economía. Pero en las últimas décadas fue decreciendo en los países desarrollados (“economías sin fábricas”).

El avance de la tecnología hace difícil que se genere trabajo en el taller o en una fábrica. Esta realidad tiende de a proyectarse en una curva ascendente y acelerada¹⁷.

La transformación productiva disminuye costos y permitirá un mayor acceso para los consumidores.

En efecto, a medida que la tecnología se expande, bajan los precios relativos y por consiguiente aumenta el poder de consumo, lo que engendra una demanda que alienta la creación de empleo¹⁸.

La interrelación entre tecnología y trabajo ha sido dispar. Mientras en algunos casos ha provocado una sustitución significativa, en otros, ha mos-

¹⁶ El llamado “gestor de redes sociales”.

¹⁷ Entre los trabajos que ya no existen podemos mencionar: lechero, sombrerero; cazador de ratas; farolero, operador telefónico, ascensorista, deshollinador, calderista, cobrador de estación de peaje.

¹⁸ Elcenso en Inglaterra y Gales demuestra cómo se han democratizado y expandido consumos antes sólo accesibles a las clases más pudientes. Cita Melamed el caso d ellos empleados de bares que aumento cuatro veces desde 1951 a 2011. *Op. cit.* p. 142

trado complementariedad e incluso invención de nuevas tareas asociadas a las transformaciones¹⁹.

Las máquinas seguirán reduciendo precios, democratizando lo que alguna vez estuvo reservado a una minoría y suministrando ingresos que serán dedicados a áreas de la economía nuevas o existentes. Las máquinas tomarán la posta de trabajos basados en actividades repetitivas, pero no parece ni por asomo que vayan a eliminar la necesidad de trabajo humano en mayor medida que en los pasados 150 años²⁰.

En el ámbito de la salud y educación, -refiere Melamed- que en Inglaterra y Gales había 30.000 enfermeras y auxiliares de enfermería en 1992 y 72.000 maestros y asistentes educativos, mientras que en 2014 se contaba con 300.000 y 500.000, respectivamente. En ese segmento, se observa que la tecnología no redujo sino que amplió la cantidad de puestos de trabajo y a mayor demanda, mejores son los ingresos.

VI. ¿Futuro o presente?

Generaciones en el mundo del trabajo actual

Hoy en el mundo del trabajo conviven cuatro generaciones²¹:

- Tradicionalistas (nacidos hasta 1945) y aún siguen desarrollando su actividad en las organizaciones;
- Baby boomers (nacidos entre 1946 y 1963), que muchos de ellos hoy tienen roles de peso en las organizaciones y en sus profesiones;
- Generación X, (nacida entre 1964 y 1983), que es una generación intermedia respecto al cambio tecnológico;
- Generación Y (nacidos entre 1984 y 1991) y

¹⁹ Entre ellas podemos mencionar: desarrollador de apps; manager de medios sociales; conductor de Uber; ingenieros de autos sin conductor; especialista de pc en nubes; analista de big data; gerente de sustentabilidad; creadores de contenido de youtube; operador de drones; fabricantes de partes del cuerpo; nano.médicos, consultores en bienestar de la tercera edad; etc.

²⁰ Deloitte, Autores Stewart, De y Cole, "La economía y la gente: la gran máquina de creación de empleo". 2015.

²¹ Melamed, Alejandro, *op. cit.*, p. 76.

- Generación Z (nacidos entre 1991 y principios del nuevo siglo), cuyos exponentes más longevos ya empiezan a formar parte del mundo laboral.

El primer dato que se desprende de este detalle es que las generaciones duran menos tiempo.

El segundo aspecto para analizar es cómo interactúan dentro de las empresas (organizaciones) criterios o formas de pensar la vida totalmente distintas. ¿El trabajo en equipo es un ideal o una utopía?

Los tradicionalistas y baby boomers están anclados en la adicción al trabajo, se sienten perdidos en los tiempos de ocio y siguen regidos por un cierto *status quo* jerárquico de las organizaciones, mientras que los “más jóvenes” quieren otro mundo. Las generaciones más novatas no quieren trabajar en el modo que trabajaban sus antecesores. Pero sí quieren trabajar.

La Generación X es transición pues su infancia fue analógica y luego debió adaptarse a prácticas digitales.

Las Generaciones Y y Z, en cambio, nacieron con el *multitasking* y la *simultaneidad*, es decir, pudiendo ocuparse de más de una cosa al mismo tiempo, trabajando y comunicándose con amigos²².

El aprendizaje de las nuevas generaciones es distinto al tradicional. Las nuevas generaciones no esperan el ascenso programado y en el tiempo de acuerdo con el crecimiento vegetativo de la jefatura.

Quieren y necesitan el feedback permanente quizá porque se acostumbraron a respuestas permanentes e inmediatas. En el ámbito laboral, no pretenden tener un jefe, sino un socio que le permita alcanzar sus proyectos, generar una relación de amistad si se puede y también divertirse.

No aceptan y son críticos de la forma tradicional del trabajo. No conciben un puesto de trabajo para toda la vida. Piensan su carrera profesional como olas de caminos cambiantes con pasos desiguales y pausas regulares.

Saben que pueden trabajar para todo el mundo y desde lugares diferentes. Las competencias y oportunidades son globales.

²² Melamed cita como ejemplo: la persona que lee una noticia por web, manda dos o tres mensajes por whatsapp, responde mail, ¡cambia de radio en Spotify mientras que termina apaciblemente su trabajo que le encargaron y a tiempo! *Op. cit.* p. 79.

Las generaciones (Tradicionalista, Baby boomers, X) hablan de hacer un balance entre el trabajo y la vida. Las Y y Z aspiran a vivir de una manera más holística, donde no haya tiempo libre y tiempo para el trabajo (trabajo-presos, tiempo-muerto), sino una sola vida que integre la pluralidad que habita en su ser. No necesitan de una superestructura para crecer profesionalmente.

Aquellas organizaciones que logren la armonización de estos grupos en aras de objetivos comunes son las que van a lograr su sustentabilidad y crecimiento.

La noción de oficina corporativa tal como se conoce está muerta²³, esto significa que el modelo de tener un solo lugar físico donde todos los empleados deban trabajar en ciertas y determinadas horas, está perimido.

Hoy se piensa en la “autoorganización”, es decir, permitir a los empleados a elegir el proyecto en que quiera trabajar. Ello lleva a una pregunta: ¿poder trabajar donde quiera, cuando quiera y desde cualquier dispositivo, implica una nueva y exacerbada adicción al trabajo?

El gran desafío es el balance trabajo y vida, ya que dependerá en buena parte de cada trabajador en cómo se organice y también del líder o responsable de la organización donde el primero presta tareas. Pero claramente, no será un régimen legal de jornada de trabajo la herramienta para el equilibrio que se intenta.

En la medida que cada vez más trabajadores Generación Y y Z ocupen la mayor cantidad de puestos de trabajo o bien si la dirección de las organizaciones está en manos de Generaciones Tradicionalista o Baby Boomer y ven la necesidad del cambio para mantenerla y hacerla crecer, el replanteo del régimen de jornada de trabajo debe hacerse.

Estamos en presencia de eliminar el “horario de trabajo” como uno de los pilares donde se sostiene la estructura de la empresa. La globalización es una realidad e integra equipos interdisciplinarios de trabajo en cuanto a su profesión o expertise como también desde qué lugar del mundo brinda su trabajo. Los horarios en que se trabaja (no la cantidad de horas) dejó de ser uniforme. Dependerá de a quién se le brinda ese servicio para saber si una llamada telefónica debe realizarse de madrugada pues su interlocutor vive

²³ Morgan, Jacob, “The future of work. Attract talent, build better leaders and create a competitive organization”, Wiley, Nueva Jersey, 2014.

en un país con una diferencia horaria de cinco horas y requiere de una respuesta en su “mañana a primera hora”. Luego de haber cumplido con esta llamada, el trabajador no ve la necesidad de estar prestando tareas en horarios que pudieran resultar habituales para el lugar (uso horario) donde está. La realidad es más propia de cada uno que de una categoría profesional.

Hoy los nuevos contratos de trabajo comprenden el concepto de “una sola vida”.

Se buscan mecanismos de flexibilidad, adaptación, agilidad, pero también capacitarse en temas que sirvan para la vida (por ej. Salud, alimentación).

Muchas organizaciones han desarrollado nuevas formas o modalidades de horarios:

- **Horario flexible:** herramienta para adecuar las necesidades de la organización y de las personas. Se establecen distintos horarios de ingreso y por consiguiente egreso. La cantidad de horas a disposición del empleador es igual, lo que varía y queda a decisión del trabajador es su horario de ingreso y egreso.
- **Libre:** se trabaja cuando quiere. El trabajador tiene objetivos y fechas límites para cumplirlos. Su trabajo tiene una mínima supervisión de su líder y muchas veces se realiza virtualmente.
- **Flotante:** hay un mínimo de horas o banda horaria para estar en el lugar de la sede de la Empresa. Generalmente, se los aprovecha para celebrar reuniones. Una particularidad, es que las reuniones se lleven a cabo con un temario consensuado y anticipado a todos los miembros con horario de inicio y de finalización.

VII. Apuntes finales

- En el Régimen de Jornada de Trabajo, el marco regulatorio fue el resultante de la búsqueda de un equilibrio entre trabajo y vida a fin de permitir respetar el orden ético, cultural, biológico, técnico.
- De esta manera, se buscaba asegurar tiempo para la vida familiar, social, de recreación, esparcimiento y educación (Rerum Novarum, 1891).

-
- Cada vez habrá menos trabajo con intervención directa del hombre en la industria manufacturera. El modelo taylorista fue pensado para la producción de bienes en serie donde el hombre era parte del proceso mecanizado.
 - El régimen de jornada de trabajo en Argentina está basado en los Convenios de la OIT (1 y 30) y como respuesta al balance o equilibrio entre procesos productivos y vida del trabajador.
 - Actualmente el modelo de empresa tradicional (taylorista) tiende a transformarse a otra forma de organización.
 - Hoy se vende servicios aún cuando se trata de bienes.
 - El modelo futuro (con potencial crecimiento del empleo) es el de trabajadores creativos, con trabajos individuales y coordinados.
 - Las organizaciones se adecuan a las necesidades del consumidor como del trabajador.
 - Ya no se habla de jornada de trabajo.
 - El equilibrio entre trabajo y descanso lo acuerda el trabajador con su líder.
 - El trabajador nacido después de 1984 busca unir su tiempo de trabajo al “libre”.
 - Su característica es el “multitasking” y simultaneidad.
 - La vida es dinámica y los tiempos actuales requieren de una dinámica interpretativa del marco legal que permita mantener la vigencia de su tésis.
 - La Jornada de Trabajo se instituyó como herramienta de equilibrio.
 - El gran desafío del hoy es alcanzar el objetivo de equilibrio entre vida y trabajo de acuerdo a las nuevas formas de las empresas y del modo de pensar de las nuevas generaciones, Y y Z.
 - ¿Cuál debe ser hoy el rol del Estado Protector?

RELACIONES ENTRE EL RÉGIMEN DE CONTRATO DE TRABAJO Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

POR GRACIELA CIPOLLETTA

I. Plan expositivo

A tenor del tema de su título, el contenido de este breve ensayo está referido a relacionar las normas laborales atinentes a los trabajadores en relación de dependencia con los sistemas de la seguridad social, mostrando los puntos de conexión entre ambos derechos.

De ese modo, se intentará ofrecer un panorama de las interconexiones normativas que tienen sustento en las conductas impuestas a empleadores y trabajadores, en orden a los beneficios de la seguridad social originados en las respectivas relaciones de trabajo.

En primer lugar analizaremos el rol que la ley 20.744 ha dado a los empleadores en materia de débito para con la totalidad de la comunidad laboral, aspecto poca veces considerado por la doctrina con el verdadero alcance que posee y otras veces mal interpretado, en especial por el legislador que ha introducido al texto de la norma laboral cláusulas que chocan con los principios que dan forma y contenido real a los seguros sociales y, por tanto, al derecho de la seguridad social, del cual los seguros sociales son uno de sus instrumentos.

En segundo lugar, recorreremos algunos de los diferentes artículos de la Ley de Contrato de Trabajo que se encuentran tan íntimamente ligados al derecho de la seguridad social que resultaría imposible no vincular de manera estrechísima ambas disciplinas. Por razones de espacio solo comentaremos aquellos que nos han resultado de mayor interés, ya que es tal la cantidad de normas que remiten a disposiciones de la seguridad social que resultaría desmedida la tarea para este pequeño espacio.

En el entendimiento de que las leyes se interpretan fundamentalmente por sus palabras no sorprenderemos al lector si mayormente transcribimos

cada artículo al que vamos a referirnos, ya que los términos que contienen son la esencia y el espíritu de la norma y nos darán las pautas de su verdadero alcance, su legitimidad o, por el contrario, su ilegitimidad por contrariar los principios generales de cada rama del derecho o contrariar normas específicas del derecho de la seguridad social.

Me permito al respecto citar algunos precedentes referidos a la interpretación de las leyes:

- “Es función propia de la interpretación judicial la integración armónica de los preceptos legales de modo de superar la antinomia literal que sus textos puedan presentar.” (‘Gianfelici, Albino c/ Instituto Nacional de Previsión Social’, 18/2/59, ‘Fallos’, 243-46).
- “El fin primordial, del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador y la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras, que deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, partiendo de la base de que no son superfluas sino que han sido empleadas, con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos.” (‘Piccardo, Enrique c/ Caja de Jubilaciones Marina Mercante’, 6/11/44. ‘Fallos’, 200-165).
- “Si bien es cierto que la primera regla de Interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, y además la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto.” (‘Baliarda, José Luis’, 2/7/81. ‘Fallos’, 303-917; en este sentido, véase: ‘Capitán, Jorge Santa Ana’, 27/6/85. ídem, 307-1018).

II. El débito del empleador

Muchas veces el tratamiento del rol del empleador en relación a las obligaciones emanadas del derecho de la seguridad social parece solo reducirse al pago de las cotizaciones y la retención de los aportes personales y, al mismo tiempo, también se ha entendido, erróneamente, que derivan exclusivamente de una relación sinalagmática con un trabajador en particular.

A nuestro juicio ambas concepciones son falsas.

Los artículos arts. 79 y 80 de la LCT no establecen solo una obligación contractual individual sino un tipo de obligación mucho más amplia que va dirigida al colectivo laboral de la sociedad en su conjunto.

Siendo a toda la sociedad a quien le interesa que sus miembros gocen individualmente de una buena calidad de vida, ya que de ello dependerá la calidad de vida del conjunto social, las obligaciones de *información* y *colaboración* que establece el art 79 bajo el título de **“Deber de diligencia e iniciativa del empleador”**, exceden el marco, en este aspecto, de lo meramente individual.

Por su parte, la obligación de efectuar las cotizaciones a la seguridad social establecida en el art 80 LCT es claramente una obligación hacia el conjunto laboral de manera colectiva y no una obligación para con el trabajador de manera individual. Prueba de ello es que el trabajador no pierde derecho alguno de la seguridad social si estas cotizaciones, por alguna razón, no ingresaran en el erario común.

La doctrina judicial ha dejado en claro esta cuestión.

- **“La materia de la seguridad social rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en la justicia social**, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella.” (CSJN Fallos:300:836).
- “Los beneficios jubilatorios no están en relación económica estricta con los aportes efectuados. Se trata de sistemas que, así como se financian en parte con aportes de los que no se ha seguido ningún beneficio para quien los hizo ni para sus sucesores, se financian también con rentas generales, es decir, con una contribución de la colectividad, cuyas generaciones van tomando sobre si sucesivamente, por razones elementales de solidaridad social, la carga económica que impone el cumplimiento del deber de justicia distributiva a que obedecen los sistemas aludidos.” (Comentario de Deveali a la sentencia de la CSJN del 16 de abril de 1953. *Curso de derecho...*, 2º edición, Bs.As. 1954).
- “Los aportes ingresan al fondo de la caja para ser distribuidos según las reglas que la justicia, previsión social e interés público aconsejen, de acuerdo con las modalidades de la ley aplicable.” (CF. De la Capital Federal, 1939, LL t.14, p.139).

Ello no solo surge claramente de las normas de la seguridad social sino que en la propia ley de contrato de trabajo está la pauta de este principio. Basta leer el texto del art. 15 para advertir que un solo actor es el que puede pedir la ejecución del incumplimiento, ese actor es el organismo de recaudación que lo hace -no en nombre individual de un trabajador- sino en nombre y representación del conjunto social.

Si en forma individual, algún trabajador se presentara en los tribunales para pedir la ejecución de las cotizaciones no ingresadas, su petición sería lisa y llanamente rechazada por falta de legitimación para actuar.

La reglamentación de la ley de jubilaciones y pensiones (reiterando las reglamentaciones de las leyes anteriores a la vigente ley 24.241) muestra que los derechos a los beneficios no solo no guardan relación alguna con las cotizaciones sino que tampoco éstas son necesarias para acceder a las prestaciones.

Así, el decreto 679/95 nos dice (y cito textualmente para que no quede duda alguna en el lector):

“**Art. 2º** - A los fines de la Ley N° 24.241, se consideran servicios con aportes: a) Tratándose de actividades en relación de dependencia, los períodos respecto de los cuales se hubieran **devengado y retenido** los aportes y contribuciones correspondientes”.

Otro ejemplo nos lo da el decreto 460/99 que, a los efectos de considerar la “regularidad “en el trabajador dependiente, nos dice en la reglamentación del art. 95 de la ley 24241:

“... a aquel afiliado en relación de dependencia **al que se le hubieran efectuado las retenciones previsionales correspondientes...**”

Y por si estas palabras no fueran suficientes agrega el decreto en el punto 6:

6. En el caso de los trabajadores en relación de dependencia y a los fines de la calificación de la regularidad de los aportes, **se considerarán como meses aportados aquellos durante los cuales se devengaron las remuneraciones, aunque no hubieran sido percibidas por causas no imputables al afiliado.** Asimismo, tendrán igual tratamiento aquellos meses durante los cuales el afiliado estuviere percibiendo la prestación por desempleo prevista en la Ley N° 24.013”.

Por lo tanto, es claro que no resulta necesario para acceder a las prestaciones que las cotizaciones se encuentren efectivamente depositadas. Tampoco es obstáculo la falta de certificación (obligación derivada del art. 80 LCT) puesto que los años no certificados por el empleador pueden acreditarse con otros medios de prueba, según la Res. ANSES 617/2015.

La obligación que emana del art. 80 LCT no es entonces una obligación vinculada directamente con el afiliado en particular sino con el colectivo social, que sobre la base de la solidaridad del sistema, le reconoce al tra-

bajador idénticos derechos, hubieren o no estado depositados los aportes y contribuciones y posea o no su certificado.

Sobre el punto la jurisprudencia ha sostenido:

“Es al empleador a quien corresponde la obligación de afiliar a sus empleados y practicar los descuentos previsionales correspondientes, siendo el deber del empleado sólo subsidiario de aquella obligación. Por ende, el ingreso extemporáneo de los aportes y contribuciones no puede afectar el derecho al cómputo de servicios y remuneraciones, salvo el supuesto de colusión y el de inobservancia de la carga de denuncia contemplado en el art. 25 de la ley 18.037. CNSS. Sala I, 4/7/89, “Florencio c/CNPICAC”, BCSS 1; íd. 18/9/89, “Bellegia c/CNPICAC”, BCSS 2; íd. 27/3/91, “Almaraz c/CNPPESP”, BCSS 6; íd. 27/3/91, “Rago c/CNPICAC”, BCSS 6; íd. 30/3/99, “Ejarque c/Anses”, BCSS 24.

“El derecho judicial reconoce sin discrepancias que son constitucionales las obligaciones de afiliación y de aportación forzosa; que la aportación no confiere por sí sola un derecho a la jubilación futura y que la no obtención del beneficio dentro de un régimen legal no presupone, por el sólo hecho de la exclusión, que el aporte implique una confiscación o que haya derecho a conseguir su reintegro cuando la ley no lo admite”.

CNSS. Sala II, 2/10/92, “Basterrechea c/Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social”, BCSS 10.

Todo esto nos lleva a dos conclusiones. La primera refiere a que el legislador, a través de la regulación de las relaciones laborales, ha establecido un modo de organización social donde la figura del empleador cumple un rol muy activo, ya como colaborador ya como financiador de un fondo común de toda la comunidad laboral. La segunda es que, en este orden de ideas, deberían repensarse las indemnizaciones que surgen del texto agregado al art. 80 LCT por la ley 25.345 y las derivadas del art. 132bis incorporado por la misma norma. Ello puesto que carecen de “causa” ya que en nada perjudica al trabajador en forma individual la ausencia de depósito o la falta de certificación. Debe pensarse además que por los incumplimientos con el colectivo social ya existen numerosas sanciones, tanto de naturaleza conminatoria, como otras que, incluso, llegan a constituir un delito penal. Al no existir daño para el trabajador las sumas establecidas a su favor constituyen, podríamos afirmar, un “enriquecimiento sin causa”.

Por lo expuesto, a nuestro juicio, los textos incorporados por la ley 25.345 deberían ser revisados, no solo por lo expuesto, sino porque mi-

nimizan el rol del empleador en la seguridad social que no se agota en la obligación de la cotización ni es ésta la obligación más importante que introduce el régimen de las relaciones laborales.

Veamos un ejemplo: la falta de registración hace perder al trabajador y a su grupo familiar la cobertura del sistema de obras sociales para las contingencias de accidentes y enfermedades inculpables, reduce o anula los derechos a las licencias pagas por enfermedad, aniquila la posibilidad del cómputo de los servicios para un beneficio previsional o para el acceso a determinadas asignaciones familiares. Por tanto es mucho más importante la falta de registración que la ausencia de cotización.

Otro ejemplo: la omisión de comunicar el derecho al cobro de las asignaciones familiares que conlleva la falta de reclamo de las mismas por parte del beneficiario ¿no es acaso una conducta mucho más grave que la establecida en el artículo 80 LCT que no trae como consecuencia pérdida de derecho alguno para el beneficiario?

Por lo expuesto, a nuestro juicio, la falta de diferenciación entre lo que se debe al trabajador en forma individual y el débito hacia la totalidad de la comunidad laboral ha hecho que las indemnizaciones incorporadas por la ley 25.345 constituyan “obligaciones sin causa” y sin “motivación” o quizá con una motivación falsa ya que al tiempo de su dictado se encontraba vigente el sistema de capitalización individual y era interés de las administradoras de fondos de pensiones que el empleador cumpliera con los depósitos, ya que en ello residía su “negocio con fin de lucro”.

III. Las normas laborales y las normas de seguridad social a lo largo de la ley de contrato de trabajo

Las leyes laborales en general y la Ley de Contrato de Trabajo en particular contienen innumerables vinculaciones con las disposiciones del derecho de la seguridad social. La tan pretendida autonomía de la disciplina solo se justifica en la medida de su sujeto ampliado, pero nadie puede negar que una importantísima parte de este derecho esta enraizado en la propia Ley de Contrato de Trabajo y en sus disposiciones complementarias. Desde este punto vista defender una separación tajante resultaría tan arbitrario como sostener que el derecho colectivo del trabajo es una materia autónoma del derecho del trabajo.

Por la breve extensión que requiere este trabajo -como ya lo hemos señalado- no podremos comentar la totalidad de los preceptos de la ley 20.744, íntimamente vinculados a la seguridad social y cuya operatividad integral depende de la normativa que en materia de seguridad social se adopte. De igual modo tampoco podremos hacer referencias a otras normas complementarias de la ley de contrato de trabajo íntimamente vinculadas a la seguridad social.

Con relación a la ley 20.744 diremos que están estrechamente vinculados a la normativa de seguridad social los siguientes artículos:

15, 18, 22, 23, 29, 29 bis, 30, 62, 75, 77, 79, 80, 92 bis, 92 ter, 103, 103 bis, 104, 105, 106, 113, 116, 132, 132 bis, 136, 140, 141, 147, 148, 158, 159, 170, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 189 bis, 190, 195, 200, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 223 bis, 228, 240, 241, 242, 252, 253, 254, 258, 260 y 275.-

Haremos referencia solamente a alguno de los citados artículos, respondiendo al orden en que la relación laboral se va desarrollando en el tiempo.

Incorporación obligatoria del trabajador a los sistemas de seguridad social

Si la relación de trabajo se constituye después de que el trabajador ha cumplido 18 años -pudo serlo antes, ya que desde los 16 años los menores tienen capacidad para celebrar contrato de trabajo (LCT, art. 32, párrafo 2° y art.187, párrafo 1°, la. parte)- a partir de dicha edad queda obligado el empleador a la incorporación obligatoria del trabajador como afiliado al SIPA, por tratarse de “una persona que en cualquier lugar del territorio del país preste en forma permanente, transitoria o eventual, servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada” (Ley 24.241, art. 2°, inc. a)

Asimismo, esa incorporación obligatoria está impuesta a las personas que en virtud de un contrato celebrado o relación laboral iniciada en la República se produce un traslado en comisión dispuesta por el empleador para prestar servicios en el extranjero, servicios de la naturaleza prevista en el apartado 5) del inc. a) del citado art. 2° de la ley 24.241, siempre que dichas personas tuvieran domicilio real en el país al tiempo de celebrarse el contrato, iniciarse la relación laboral o disponerse el traslado o comisión (Id. inc. a).

Es grave que nuestra legislación admita la contratación de menores de 16 a 18 años sin la debida protección ante las contingencias de invalidez

y muerte y sin permitir que los servicios desempeñados en ese lapso sean computados en un futuro para la jubilación ordinaria.

Es este desacierto de la ley 24.241 el que permite que las cotizaciones que se efectúan sobre estos menores no lleven ni las contribuciones ni los aportes correspondientes a la ley de jubilaciones y pensiones.

Para los restantes sistemas se aplican idénticas reglas que para el trabajador adulto por lo cual se impone su afiliación a la obra social que corresponda a la actividad o que el menor elija y su afiliación a la Administradora de Riesgos de Trabajo. El salario del menor generará cotizaciones a los sistemas nombrados, al INSSJP, al régimen de asignaciones familiares y al sistema de desempleo.

Requerimiento del empleador de una declaración jurada del trabajador sobre su situación previsional.

Al comienzo de la relación laboral, el empleador está obligado a requerir a los trabajadores comprendidos en el SIPA, la presentación de una declaración jurada escrita respecto de si son o no beneficiarios de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva y en caso afirmativo, del organismo otorgante y datos de individualización de la prestación (Ley 24.241, art.12, inc. h). Correlativamente, el trabajador está obligado a presentar dicha declaración jurada y actualizar la misma cuando adquiera el carácter de beneficiario de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva.

Contratación del trabajador jubilado y de un menor de edad

La ley 24.241 establece la compatibilidad absoluta entre la percepción de prestaciones previsionales por vejez y pensión y el reingreso a la actividad laboral o la continuidad en ésta. La incompatibilidad es relativa para los casos de jubilados por regímenes diferenciales, cuando se trate de continuar o reiniciar tareas en la misma u otra actividad diferencial y cuando se trata de beneficiarios de retiro por invalidez, donde la incompatibilidad es absoluta cualquiera sea la actividad dependiente que se desee desempeñar. El Art. 34 de la ley 24.241, cuyo texto fue sustituido por art. 6° de la Ley N° 24.463 (.O. 30/3/1995), es el que establece las pautas al respecto.

1. Los beneficiarios de prestaciones del Régimen Previsional Público podrán reingresar a la actividad remunerada tanto en relación de dependencia como en carácter de autónomos.

2. El reingresado tiene la obligación de efectuar los aportes que en cada caso correspondan, los que serán destinados al Fondo Nacional de Empleo.
3. Los nuevos aportes no darán derecho a reajustes o mejoras en las prestaciones originarias.
4. Los beneficiarios de prestaciones previsionales que hubieren accedido a tales beneficios amparados en los regímenes especiales para quienes presten servicios en tareas penosas, riesgosas o insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro, no podrán reingresar a la actividad ejerciendo algunas de las tareas que hubieran dado origen al beneficio previsional. Si así lo hicieren, se le suspenderán el pago de los haberes correspondientes al beneficio previsional otorgado.
5. El goce de la prestación del retiro por invalidez es incompatible con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia.
6. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en el artículo 12 de la presente ley, el empleador deberá comunicar la situación a que se refiere el apartado 1 de este artículo a la autoridad de aplicación, en el plazo y con las modalidades que la misma establezca. La omisión de esta obligación hará pasible al empleador de una multa equivalente a diez (10) veces lo percibido por el beneficiario en concepto de haberes previsionales.

Cabe preguntarse a qué se refiere el punto 1 del art. 34 transcrito cuando menciona “prestaciones del régimen previsional público”. Entendemos que la mención hace referencia a que la totalidad del artículo resulta aplicable sólo a los jubilados de los Regímenes Nacionales de Previsión y a los Jubilados del SIPA.

A nuestro juicio los jubilados por otras jurisdicciones (provinciales o municipales) se registrarán por su propia ley previsional que determinará si existe o no incompatibilidad con el reingreso a la actividad. A esas leyes provinciales o municipales de cese nos deberemos atener a la hora de contratar un jubilado de otra jurisdicción. No obstante, hay opiniones disidentes que estiman que contratado bajo la ley 24.241 es indiferente la normativa de otra jurisdicción por la cual hubiera obtenido el beneficio.

¿Cómo deben considerarse los jubilados por regímenes provinciales o municipales cuyas cajas fueron transferidas a la Nación y hoy se rigen por la ley 24.241? Entendemos que estos deben ser considerados dentro de la normativa del artículo 34 puesto que sus haberes son soportados por el régimen previsional público nacional al que refiere el texto del artículo.

En cuanto a los pensionados el decreto 525/95 en su artículo 2, punto 1, establece que no se considerarán incluidos en el concepto de beneficiarios de prestaciones aquellos afiliados que perciban pensión por fallecimiento.

Por lo tanto, los pensionados que continúan, ingresan o reingresan a la actividad laboral tienen idéntico trato que los trabajadores sin beneficios previsionales, encontrándose fuera de lo dispuesto en el art. 34 de la ley 24.241.

En cuanto a los aportes y contribuciones establecidos en el punto 2 del artículo en comentario, la mención de la palabra “aportes” en su texto no excluye la existencia de contribuciones. Así lo ha entendido el decreto reglamentario 525 /95 que lo dispone en el punto 3.

“En los supuestos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo que se reglamenta, las contribuciones de los empleadores y DIECISEIS (16) puntos de los VEINTISIETE (27) correspondientes a los aportes de los trabajadores autónomos, serán ingresados al Régimen Previsional Público”

Obligaciones contractuales vinculadas a ambas materias

Al constituirse la relación de trabajo el empleador asume una serie de obligaciones contractuales, que hacen a lo estrictamente laboral, pero también a la Seguridad Social.

Esas obligaciones surgen principalmente de la ley y estatutos profesionales), de la convención colectiva (LCT, art. 79, la. parte) y en aquello que se hubiera pactado en el respectivo contrato individual.

Al mismo tiempo, la propia LCT le impone al empleador deberes de diligencia e iniciativa en orden a los sistemas de Seguridad Social, de modo de **“posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios”** que tales disposiciones le acuerdan (art. 79, cit., 2a. parte) que constituyen también obligaciones contractuales.

La no satisfacción de esos deberes no autorizan la invocación, en ningún caso, del incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente, de su parte, las que estuviesen a su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar (Id., 3a. parte art. 79).

A tenor de esta norma, y correlativamente con los deberes impuestos por la ley 24.241, es obvio que comprobada o exteriorizada por cualquier

motivo la omisión de registro del trabajador o de retenerle los aportes y de pagar las contribuciones, no podrá el empleador alegar como excusa válida la negativa del trabajador a satisfacer los aportes a su cargo. Ello así, aunque sean frecuentes los casos en los que es el trabajador quien tiene una actitud evasora. En tal supuesto el empleador debe cumplir con las obligaciones legales que le están impuestas y si para hacerlo necesitare de la cooperación activa del trabajador, deberá intimarlo, debiendo entenderse que la insistencia de aquél en incumplir con la legislación previsional, en la medida que colocaría a su empleador en la situación de infractor a la Ley Penal Tributaria, ocasionándole un daño cierto aunque fuera potencial, y a la vez el incumplimiento de órdenes e instrucciones (LCT, art.84), configuraría un supuesto de injuria justificativa del despido con justa causa (Id., art. 242). Bien entendido que previamente el empleador deberá agotar los medios para superar la resistencia de su dependiente.

En cuanto al contenido del art. 79 LCT, éste impone, entre otras cuestiones, el cumplimiento de algunas de las obligaciones que contempla el art.12 de la ley Ley 24.241, en particular las de sus incs. c) y d), de practicar los descuentos (retenciones) correspondientes al aporte personal y depositarlos a la orden del SUSS y depositar, en la misma forma, las contribuciones a su cargo.

La norma del art. 79 debe correlacionarse con la del art. 80, la parte, en cuanto al referirse a la obligación de depositar los fondos de la seguridad social, declara que ello configurará asimismo una obligación contractual. Pero debe entenderse que -sin perjuicio de las sanciones que apareje el incumplimiento de las normas de la Ley Penal Tributaria (Ley 24.241, arts.132 y 133) -también las demás obligaciones previsionales impuestas al empleador, que puedan afectar los derechos jubilatorios del trabajador, constituyen obligaciones contractuales.

A) Deberes de información y de colaboración

El empleador está obligado, entre otras cuestiones, a ejercer lo que llamaremos “deber de información” y “deber de colaboración”. Los mismos están regulados en los incisos e) y f) del artículo 12 de la ley 24.241 que textualmente dicen:

“e) Remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal”.

“f) Suministrar todo informe y exhibir los comprobantes justificativos que la autoridad de aplicación les requiera en ejercicio de sus atribuciones y permitir

las inspecciones, investigaciones, comprobaciones y compulsas que aquella ordene en los lugares de trabajo, libros, anotaciones, papeles y documentos.”

Las disposiciones transcriptas son una reproducción exacta de la vieja disposición contenida en el artículo 56 de la ley 18.037.

Cuando se sanciona la ley 24.241 ya se había producido la gran reforma administrativa del Capítulo VI del decreto 2284/91 y del decreto 507/93.

Lamentablemente al no haberse advertido el cambio, la norma llega cuando las relaciones de los empleadores no son con los mismos organismos que existían durante la vigencia de la ley 18.037.

La separación entre el organismo encargado de otorgar las prestaciones y el organismo encargado de la recaudación hizo necesario el dictado de la Resolución Conjunta N° 42 SSS y N° 104 DGI, del 28/6/94 en la cual se establece la distribución de competencias entre ambos organismos en relación a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la ley 24.241.

Esta Resolución establece:

“La Dirección General Impositiva y la Administración Nacional de Seguridad Social actuarán como autoridad de aplicación respecto de los artículos 12 y 13 de la ley 24.241 con las facultades de dictar las normas de aplicación, reglamentarias e interpretativas pertinentes, conforme la siguiente distribución de competencias:

- a) La Dirección General Impositiva respecto de los incisos a), c), d) y **f) del art. 12** y b) apartados 1 y 2 del art.13.
- b) La Administración Nacional de Seguridad Social respecto de los incisos g) y h) del art. 12 e incisos a), apartado 2 y c) del art. 13.
- c) La Dirección General Impositiva y la Administración Nacional de Seguridad Social a través del dictado de normas conjuntas respecto de los incisos b) **e)** y j) del art. **12** e incisos a) apartados 1 y 3 , y b) apartado 3 del artículo 13.

Si se tiene en cuenta que los deberes establecidos en el artículo 12 lo son para con el “sistema de previsión”, cualquiera fuere el organismo administrador, el dictado de la resolución transcripta resulta innecesario.

B) Sanciones por incumplimientos del empleador

Los artículos 132 y 133 de la ley 24.241 se insertan en el Título 5 “Penalidades”. Autores como Bianchi y Capón Filas han señalado serios defectos de este Título, sosteniendo:

“... penas desproporcionadamente grandes para algunas figuras en comparación con figuras afines del Código Penal, con la evidente intención de impedir

la concesión de la exención de prisión y la excarcelación; penas gigantescas para figuras aparentemente culposas; equiparación de penalidades para conductas dolosas y culposas; equiparación de la pena del autor con el mero partícipe secundario, eliminación de la caución juratoria y fijación de la caución real en función del perjuicio presunto; defectos de técnica y redacción”. (Bianchi, Roberto y Capón Filas, Rodolfo, “Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones”, De Zavalía. 1994, pág. 386).

Entendemos que lo expuesto debe tenerse presente al analizar todas y cada una de las disposiciones contenidas en el Título.

Los artículos señalados se encuentran comprendidos en el Capítulo “Delitos contra la integración de los fondos al Sistema integrado de jubilaciones y pensiones”.

El referido artículo 132 establece:

“Será reprimido con prisión de 15 días a un año el empleador que, estando obligado por las disposiciones de esta ley, no diera cumplimiento a las obligaciones establecidas en los incisos a), b), e) o i) y del artículo 12 y del artículo 43, segunda parte de la presente. El delito se configurará cuando el obligado no diera cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los treinta días de notificada la intimación respectiva en su domicilio real o en el asiento de sus negocios”.

Las conductas que los empleadores no deben omitir son:

- 1) Inscribirse como empleador y comunicar a la autoridad de aplicación toda modificación en su situación como empleadores, en los plazos y con las modalidades que dicha autoridad establezca (ley 24.241, art. 12 inc. a).
- 2) Dar cuenta a la autoridad de aplicación de las bajas que se produzcan en el personal (art. 12, inc. b)
- 3) Remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal (art. 12, inc. e).
- 4) Denunciar a la autoridad de aplicación todo hecho o circunstancia concerniente a los trabajadores, que afecten o puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones que a éstos y a los empleadores imponen las leyes nacionales de previsión.

El delito no se configura con la omisión de la conducta sino con la falta de respuesta dentro del plazo de treinta días de notificada la intimación respectiva. El intimado debe ser el empleador (persona física o jurídica), pues es él el obligado a la conducta tipificada en la norma.⁽⁶⁾

Dicha intimación (sin cuya existencia no hay figura punible) debe hacerse en el “domicilio real o en el asiento de sus negocios” del empleador (sic ley 24.241, art. 132).

Para Rojt se trata de “delitos de omisión dolosos”. En su obra *El Régimen Penal Previsional* sostiene:

“Los delitos de omisión pueden ser, entonces, dolosos o culposos. Estos últimos se dan en aquellos casos que se llaman “delitos de olvido”. Pero, en nuestro sistema, y como se considera la figura o tipo doloso como genérico, y a falta de otra indicación en la conducta mencionada en la ley se tiene que se refiere únicamente a la realización dolosa ... Tal sucede con las figuras de los art. 7º de la ley 23.771 y 132 de la ley 24.241. Incurrir en las omisiones allí descriptas sólo puede hacerse con la voluntad de concretar la omisión y el conocimiento suficiente para identificar la situación que determina la obligación de obrar. Tal voluntad y conocimiento no se presumen, aunque ciertamente pueden resultar de las circunstancias del suceso.” (obra citada pág. 114).

Cabe recordar aquí que las mismas conductas, cuando no constituyen delito, son penadas con multa en la ley 17.250. Dicha norma, de carácter punitivo, fue interpretada en la Resolución 748/92 ANSeS que establece que las multas se fijarán en el acta de inspección en los montos y el modo que allí se establece y en la Resolución 3756/93 DGI.

La dispersión de normas inconexas, la superposición de sanciones, las resoluciones interpretativas que modifican los montos de las multas, la competencia de los inspectores en cuestiones de suma gravedad como la aplicación de una sanción, las penas de prisión, etc. nos obliga a reflexionar sobre la necesidad de replantear las responsabilidades del empleador para beneficio del sistema y de la justicia.

La “inflación legislativa” que producen los organismos administradores es, a nuestro juicio, un elemento más de inseguridad jurídica. La repetición de normas innecesarias, la falta de tecnicismo y la inutilidad legal de la gran parte del dispendio normativo produce derroche de tiempo y dinero y un clima que frena toda vocación empresaria.

Por su parte, el artículo 133 de la ley 24.241 expresa:

“Las infracciones del empleador establecidas en el acápite , serán reprimidas conforme lo prescrito por la ley 23.771, sus modificaciones y sustituciones y el Código Penal”. (Hoy ley 27.430, cuyo acápite expresa *Infracción al deber de actuación como agente de retención o percepción, al deber de depósito y evasión de aportes y contribuciones.*

El artículo resulta innecesario si se tiene en cuenta que la ley 23.771 y el Código Penal, se encuentran vigentes. Las conductas punibles son:

1. Violación al deber de retener los aportes personales de los trabajadores.

La obligación se encuentra contenida en el art. 12, inc. c (primera parte) de la ley 24.241 y su incumplimiento sancionado por el art. 7 de la ley 23.771 (Penal Tributaria).

2. Violación al deber de depositar los aportes personales y las contribuciones patronales que corresponden.

La obligación surge del art. 12, inc. c (segunda parte) e inc. d) de la ley 24.241 y su incumplimiento sancionado por los art. 3 y 8 de la ley 23.771 (Penal Tributaria) y por el art. 173, inc. 2º, del Código Penal.

El exceso de punición merece idéntico comentario que el efectuado en el artículo anterior.

La remuneración y los aportes y contribuciones

Sobre este tema solo haremos mención a la pregunta que se ha hecho la doctrina por mucho tiempo: ¿El concepto de remuneración, como base de las cotizaciones y/o como elemento determinante para las prestaciones sustitutivas del salario son distintos o se trata de un mismo concepto?

Con la salvedad de la seriedad de los argumentos ensayados, relativos a la diferenciación de uno y otro concepto, en tanto las leyes de seguridad social hacen mención a conceptos jurídico-laborales de inequívoco contenido en nuestro derecho positivo -como es el de trabajador, empleador, contrato de trabajo, relación laboral como equivalente a relación de trabajo, relación de dependencia y remuneración- otorgarle a dichos conceptos acepciones diferentes según se trate de la LCT o de las leyes 24.241, 24.714 o 24.013 contradiría, a nuestro juicio, una regla hermenéutica de reiterada aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, conforme constante jurisprudencia del Alto Tribunal, las normas legales deben interpretarse en forma razonable y sistemática, indagando lo que dicen jurídicamente, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (CSJN, 10-3-92, “García de Morales”; id. 10-6-92, “Aranda”, entre muchos otros, ED, Rep. Gral., t. 27, p. 395)

Cuando la letra de la ley hace referencia a determinada institución receptada en el ordenamiento jurídico, en lo que aquí interesa la **remuneración**, hay que entender que media una remisión a lo que la normativa respectiva preceptúa al respecto.

A nuestro juicio cuando la LCT y la ley 24.241 mencionan a la **remuneración**, por ésta debe entenderse la contraprestación del empleador por los servicios dependientes del trabajador bajo su dependencia tal como lo expresa la ley 20.744, aunque no coincidan exactamente las formulaciones de los preceptos de una u otra ley en cuanto a algunas de las modalidades remunerativas que se mencionan en la ley de jubilaciones y pensiones, más por la dificultad de los rubros para liquidar las cotizaciones que por su cambio de naturaleza.

No nos detendremos en este punto por razones de extensión de la tarea propuesta, solo señalaremos que la remuneración del trabajador cumple un doble propósito:

1. Sirve de fuente de financiamiento de la totalidad de los sistemas de seguridad social ya que ella es la base de cálculo de los aportes y las contribuciones y
2. Incide en forma directa en dos sistemas en particular: uno es, a) el que corresponde a la protección de la invalidez, la vejez y la muerte, ya que la misma se tomará de referencia para el cálculo de las prestaciones y el otro es, b) el que corresponde a la protección del desempleo, donde el diseño legal del sistema está preparado para hacer variar la prestación según la remuneración del trabajador.

En la actualidad, y tal como señaló la Corte en el fallo ADAMINI, solo por el carácter de emergencia social que sufre el país, tiene también la remuneración incidencia en el derecho al cobro de las asignaciones familiares. Esta situación atípica y que desvirtúa el sistema de protección de las cargas de familia es excepcional, por lo cual en lapsos normales la remuneración no debería influir en el derecho al cobro de las asignaciones.

El citado fallo estipula que:

“Cabe admitir, entonces, que **la emergencia económica** del sistema fue el presupuesto que determinó la sanción de la ley, y que tal situación, junto a la búsqueda de una mejor redistribución de los recursos del subsistema, a fin de beneficiar a los trabajadores que están en situación económica menos favorable, constituyó el justificativo que se dio a tal normativa para convalidar sus disposiciones...En condiciones tales, a tenor de las pautas que V.E. sentó, entre otros, en Fallos:200:450; 201:71; 243:467; 269:416 en los que reconoció

la validez de los preceptos que tendían a paliar situaciones como la reseñada en los párrafos anteriores, aun cuando ellas preceptuaban restricciones o suspensiones del derecho de los acreedores de obligaciones (v. arts. 2° y 4°, de la ley 16.931, y voto de los doctores A. de L. y O. en el precedente publicado en Fallos:243:467, ya citado); resulta claro que no puede compararse la postura de los jueces en cuanto, como dije, consideraron irrazonable la norma que estableció que quienes perciban un sueldo superior a un monto determinado, quedan excluidos de percibir algunos de los beneficios que defiere el régimen... Así lo estimo, pues el criterio que informa tal tesitura lleva, en definitiva, a negar al legislador actual, **si los factores económicos adversos le demostraron que era la mejor salida para salvar la continuidad del régimen**, la facultad de modificar, para adecuarlo a la realidad del momento, un régimen que, en etapas anteriores, y ante circunstancias... (Dictamen en la sentencia de Corte Suprema de Justicia, 12 de Agosto de 1999, A. 298. XXXIV (el remarcado es propio).

Otras obligaciones contractuales vinculadas al deber de información

Por último, solo resta señalar que los deberes de información y colaboración para el goce íntegro de los beneficios de la seguridad social, implica que el dependiente debe tener la colaboración del empleador para tomar conocimiento de sus derechos y el de sus familiares a las prestaciones de la seguridad social.

Sirva de ejemplo lo dispuesto en la Res 14/02 SSS:

“El empleador está obligado a notificar al personal, dentro de los DIEZ (10) días hábiles de su ingreso, las normas que rigen el régimen de asignaciones familiares, entregando y conservando constancia fehaciente de dicha notificación”. SSS: (Hoy derogada por resolución 11/2019 pero conservado el deber de información en forma implícita en la ley 22.161).

Extinción de la relación laboral

La más conocida de las obligaciones del empleador son, quizás, las que surgen de la extinción de la relación laboral. Según fuere la causal y el tiempo en que ella se produce se generan diferentes derechos en el campo de la seguridad social.

Así, por ejemplo, cualquiera fuere la causa de la extinción y siempre que el trabajador tuviere tres meses de antigüedad la conservación de la atención médica para el dependiente y su familia perdura por tres meses y su costo es soportado por el colectivo laboral (ver art. 10, ley 23660).

Varía, en cambio, el derecho a las prestaciones del seguro de desempleo según la causa de la extinción y la antigüedad que gozaba el trabajador al tiempo del distracto (ver ley 24.013).

No obstante, cuando se menciona la obligación de entregar la certificación de servicios y remuneraciones suele asociársele exclusivamente con los beneficios de la jubilación, lo que demuestra el limitado conocimiento que suele tenerse sobre la cuestión.

Al igual que en los puntos anteriores, solamente abordaremos las vinculaciones con la seguridad social de dos causas de extinción del vínculo (por muerte del trabajador y por intimación para jubilarse) que dan lugar a situaciones complejas y conflictivas, sin perjuicio de dejar constancia que cada causa de extinción de la relación laboral impacta directa o indirectamente en los institutos regulados por el derecho de la seguridad social.

Extensión de certificados

a) Oportunidades para la extensión de certificados

Durante la vigencia de la relación de trabajo y, en todo caso al momento de su extinción, el empleador está obligado a la extensión de certificados de trabajo (Art. 80 LCT), sin que esta obligación reconozca un plazo de prescripción. A nuestro juicio dicha obligación es imprescriptible.

Al respecto es útil recordar el texto de dicha norma:

Art. 80. —Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social - Certificado de trabajo.

La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual.

El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.

Cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos

respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (*Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000*).

b) Constancia documentada de la relación de trabajo existente; y de los servicios, remuneraciones y aportes jubilatorios.

Durante el tiempo de la relación, es decir antes de la extinción, el empleador deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese, constancia documentada de la relación, cuando medien causas razonables. En realidad, la exhibición del duplicado del recibo de sueldo, donde debe constar el nombre y apellido del trabajador, el del empleador o su denominación si se trata de una razón social, el domicilio de éste, la fecha de ingreso, y la categoría laboral, entre otros recaudos impuestos por el art.140, LCT, suple prácticamente esa constancia, y es lo que suele requerírsele al trabajador cuando gestiona un crédito. Pero de todos modos puede haber circunstancias en que no resulte suficiente.

También está impuesta al empleador la extensión de la certificación jubilatoria, cuando lo requiriese el trabajador, aunque la relación estuviera vigente, lo que se justifica si aquél desea obtener un reconocimiento de servicios o gestionar alguna prestación (Ley 24.241, art.12, inc. g).

c) Certificado de trabajo

El citado art. 80 prevé que cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo. Al referirse a su contenido, en realidad superpone los propios de dicho certificado con los atinentes a la certificación jubilatoria, como si se tratara de uno solo. En los hechos, habría dos certificados, el de trabajo propiamente dicho que contiene la mención a los aportes efectuados, y la certificación jubilatoria donde resulta suficiente el tiempo de servicios computables y las remuneraciones percibidas en los últimos diez años desempeñados con el empleador firmante.

No se admite que el certificado de trabajo contenga alguna especificación desfavorable para el trabajador, como podría ser referencias a incumplimientos o al motivo del despido si éste se decidió con invocación de justa causa, ya que la razón de ser de ese certificado es facilitar una nueva ocupación. Por eso, aunque no esté impuesto, pueden incluirse referencias positivas sobre el desempeño del trabajador.

d) Certificación jubilatoria

El otro documento de entrega impuesta es la certificación jubilatoria, para la cual hay un certificado tipo y en el cual la firma del empleador o de su representante debe necesariamente estar autenticada.

Hay una superposición normativa sobre el contenido de esta certificación, lo que no implica que sean instrumentos diferentes. El art. 80, impone que además de las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios y naturaleza de éstos, “se deje constancia de los salarios percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de seguridad social”. Obviamente y, por lo ya expuesto en la primera parte, ninguna incidencia tienen las cotizaciones en los beneficios de la seguridad social.

La certificación de servicios ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia, muchas veces muy poco clara en cuanto a que se trata de dos certificaciones diferentes. Prueba de ello son los precedentes que se citan a continuación:

Certificado de trabajo. Constancias de servicios, remuneraciones y también aportes. Si la empresa demandada sólo ha hecho entrega al trabajador de la certificación de servicios y remuneraciones, pero no del certificado de trabajo con los datos consignados en el apartado tercero del art. 80 LCT que incluye constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social, corresponde se haga lugar a la indemnización allí fijada. No se trata, en el caso, de un rigorismo formal, sino de la aplicación estricta de la norma donde la intención del legislador es precisamente que el empleador cumpla con todas las obligaciones que le compete, sobre todo por cuanto él es obligado directo y agente de retención de los fondos de la seguridad social. *CNAT Sala I Expte n° 28224/01 sent. 80501 24/3/03 “Bravo, Enrique c/ Super Pizzería Callao SA s/ cobro de sumas de dinero” (V.- P.-)*

Certificado de trabajo. Falta de entrega de las constancias de aportes. Indemnización. Procedencia. Si bien el trabajador tiene derecho a presentarse ante la ANSES y solicitar copia de los aportes que la empresa le hubiere ingresado a su nombre, ello no exime a la empleadora de su obligación de hacer

entrega de las certificaciones en tiempo y forma (art. 80 LCT). En dicho certificado debe dejar constancia de los aportes realizados a nombre del trabajador. En el caso, sólo cumplió parcialmente al entregar el certificado de servicios y remuneraciones y no el de aportes y contribuciones, por lo que corresponde que la demandada abone la multa establecida por el 4º párrafo del art. 80 LCT. *CNAT Sala I Expte n° 13530/02 sent. 80646 13/5/03 “Gimenez, Abelardo c/ Fidelitas SA s/ certificado de servicios” (Pir.- P.-)*

Certificado de trabajo. Obligación formal de extender la certificación. Obligaciones ante la seguridad social. Diferencias. La certificación del art. 80 de la LCT debe llevarse a cabo con los elementos que la respalden o con lo que surge de la sentencia y no debe confundirse la obligación formal de extender la certificación con el cumplimiento adecuado de las normas de la seguridad social. La cuestión planteada referida a la certificación en sí no puede transformarse en un proceso destinado al acatamiento del régimen de la seguridad social, ya que el mismo tramita por vías autónomas predeterminadas y con la legitimación activa del ente recaudador (en igual sentido SI 47461 del 22/10/97 “Corigliano, Natalio c/ Pedro Corigliano S.Suc y otros s/ despido” del registro de esta Sala). *CNAT Sala III Expte N° 7633/97 Sent. Int. 52709 5/11/01 “Herrera, Guido C/ Ecosox S.A. S/ Despido”.*

Certificado de trabajo. Formalidades. Información de aportes. Disponibilidad permanente por parte del trabajador. La ley no establece qué forma ha de tener el certificado, pero las empresas lo emiten normalmente en un formulario emitido por ANSES. En los espacios previstos por ese formulario han de constar la identificación del empleador y la del trabajador (CUIL incluido), las fechas de ingreso y egreso, el carácter de los servicios prestados y el monto de las remuneraciones percibidas en cada período durante la relación laboral. Los datos sobre aportes, como se hallan registrados en la ANSES, están disponibles en cualquier momento para el trabajador interesado. El cumplimiento de la obligación patronal prevista en el art. 80 LCT ha de juzgarse de acuerdo con las circunstancias normales que la enmarcan y habida cuenta de la disponibilidad permanente de la información en cuanto a los aportes, al exceder notablemente el nivel de disponibilidad previsto en su momento por el legislador, hace razonable el desuso en que ha caído esta parte de la norma primitiva. *CNAT Sala III Expte n° 12166/02 sent. 86361 20/12/04 “Luna, Paola c/ Fidelitas SA s/ certificado de servicios” (G.- E.-)*

e) Omisión de extender los certificados

Si el empleador omitiere la extensión de los certificados, puede accionarse judicialmente para su entrega, con la aplicación de indemnizaciones a favor del trabajador y, en su caso, la extensión de la certificación por el Juez en base a las constancias de la causa judicial.

El agregado de la ley 25.345 es verdaderamente sorprendente, no solo por lo ya expresado en la primera parte sino por cuanto la probatoria de servicios ni para el seguro de desempleo ni para los beneficios previsionales requieren de dicha certificación.

Las normas que siguen avalan este aserto.

El art. 114, ley 24.013 último párrafo establece que:

“Si hubiere duda sobre la existencia de relación laboral o la justa causa del despido se requerirá actuación administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, de los organismos provinciales o municipales del trabajo para que determinen sumariamente la verosimilitud de la situación invocada. Dicha actuación no podrá hacerse valer en juicio laboral.

A su vez, el art. 2° del Decreto 679/95 nos dice que:

“A los fines de la Ley N° 24.241, se consideran servicios con aportes:

- a) Tratándose de actividades en relación de dependencia, los períodos respecto de los cuales se hubieran devengado y retenido los aportes y contribuciones correspondientes;
- b) En el caso de actividades autónomas, los períodos respecto de los cuales se hubieran devengado e ingresado las pertinentes cotizaciones.

Ver también Administración Nacional de la Seguridad Social **Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones** Resolución 162/97: Apruébase el procedimiento de “Tramitación Anticipada” de beneficios provisionales. Bs. As., 27/2/97.

Administración Nacional de la Seguridad Social

Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones

Resolución 524/2008

Sustitúyese el Anexo I de la Resolución N° 980/2005 sobre “Probatoria de Servicios y Remuneraciones para los Afiliados en Relación de Dependencia”.

Bs. As., 26/6/2008

Administración Nacional de la Seguridad Social

Resolución 617/2015

El novedoso agregado de la ley 25345 establece una sanción de carácter pecuniario a favor del trabajador. La rigidez de la disposición se vio atenuada por su decreto reglamentario (decreto 146/2001) que en su art. 3° dispone:

Art. 3° — (Reglamentación del artículo 45 de la Ley N° 25.345, que agrega el último párrafo al artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo). El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. por Decreto N° 390/76) y sus modificatorias, dentro de los TREINTA (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

A nuestro juicio las sanciones pecuniarias a favor del trabajador individual resultan exorbitantes si se tiene en cuenta -como hemos visto- que los servicios pueden probarse por otros medios.

No obstante existe abundante jurisprudencia que no ha atenuado las sanciones ni tampoco ofrecido claridad sobre los alcances del agregado, dirigido más a reemplazar al organismo de control, mediante medios coercitivos hacia el empleador, que a favorecer los derechos del dependiente.

Ilustramos esta observación con los fallos que seguidamente se citan:

La exigencia del decreto 146/01 no es inconstitucional, porque lejos de someter la aplicación de la ley 25345 a un requisito restrictivo, permite, mediante una simple manifestación documentada, otorgar certeza a la exigibilidad de los certificados y aventar las innumerables cuestiones que podrían ser planteadas, de buena o mala fe, sin ese recaudo. Esa manifestación no puede ser suplida por su mención en la audiencia de conciliación o en el escrito de demanda, porque al integrar el electo de pretensiones, su existencia como crédito debe ser preexistente a los actos constitutivos del proceso.

CNAT Sala VIII Expte n° 15145/04 sent. 32541 20/5/05 "Soto, Nilda c/ Consorcio de Propietarios del edificio de Senillosa 927 s/ despido" (M.- L.-)

Si bien el trabajador puede solicitar al empleador durante el tiempo de la relación y cuando medien causas razonables para ello, la entrega de las constancias documentadas relativas al cumplimiento de la obligación de ingresar los fondos de la seguridad social y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención (conf. art. 80 LCT), a los fines de la procedencia de la multa establecida por la ley 25345, resulta irrelevante la intimación efectuada por la trabajadora vigente la relación laboral. Esto es así, toda vez que la mora en la entrega del certificado de trabajo se produce de pleno derecho por la mera extinción del contrato y aun cuando el trabajador no lo reclame expresamente, pero esta situación de mora es insuficiente para que sea acreedor a la indemnización del art. 45 de la ley citada en último término, ya que para ello es necesario un requerimiento expreso por su parte. En el caso tal requerimiento se había realizado vigente la relación y al término de ésta la actora requirió directamente el pago de la multa prevista en la norma en cuestión.

CNAT Sala III Expte n° 5419/01 sent. 84458 27/12/02 “Carmona Gonzalez, Graciela c/ Mecei SA s/ despido” (P.- E.-)

Corresponde admitir la procedencia de la indemnización prevista en el art. 45 de la ley 25345 dado que el demandado no entregó oportunamente al actor los certificados previstos en el art. 80 LCT a pesar de que éste practicó la intimación fehaciente que establece la norma citada. La circunstancia de que la demandada hubiese puesto a disposición del ex empleado el referido certificado no es eficaz para desvirtuar la conclusión apuntada, por cuanto la responsabilidad de la demandada se ciñe a la entrega, de modo que ante la presunta mora del acreedor, la accionada bien podría haber consignado judicialmente la documentación.

CNAT Sala III Expte n° 15953/01 sent. 85038 18/7/03 “Leguizamón, Héctor c/ Prosegur SA s/ despido” (G.- E.-)

El art. 80 de la LCT establece dos obligaciones, una referida a constancias documentadas de aportes a la seguridad social y sindicales y otra al certificado de trabajo; los primeros tienden a permitir que el trabajador controle los datos que surgen del informe periódico de la AFIP o de la AFJP y las constancias de sus recibos de sueldo, en tanto que el certificado de trabajo, que debe indicar el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos, las constancias de los sueldos percibidos, las constancias de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de a seguridad social y la calificación obtenida, no necesita respaldo documental, se trata sólo de una información. Si los instrumentos agregados a la causa no son certificados de trabajo en el sentido expuesto, corresponde se aplique la multa del art. 45 de la ley 25345. (Del voto de la Dra. Porta.)

CNAT Sala III Expte n° 8444/02 sent. 85784 27/4/04 “Fruchart, German c/ Petrolero del Conosur SA y otro s/ despido” (P.- G.-E.-)

En este caso concreto se puede considerar que la información requerida por el certificado de servicios se encuentra incluida en el certificado de aportes, toda vez que si bien podría pensarse algún supuesto en el que tal información no fuera coincidente (por ejemplo, si hubieran sido reconocidos servicios por períodos mayores a los que surgen del certificado de aportes), en el caso las circunstancias que el empleador debe certificar en los términos del art. 80 LCT se encuentran comprendidas en el único certificado obrante en autos. (Del voto del Dr. Guibourg).

CNAT Sala III Expte n° 8444/02 sent. 85784 27/4/04 “Fruchart, Germán c/ Petrolero del Conosur SA y otro s/ despido” (P.- G.-E.-)

Cabe admitir la procedencia “... de la indemnización prevista en el art. 45 de la ley 25345 cuando el demandado no entregó oportunamente al actor los certificados previstos en el art. 80 LCT a pesar de que éste practicó la intimación fehaciente que establece la norma citada. La circunstancia de

que la demandada hubiese puesto a disposición del ex empleado el referido instrumento no es eficaz para desvirtuar la conclusión apuntada, por cuando la responsabilidad de la demandada se ciñe a la entrega, de modo que, ante la presunta mora del acreedor, la accionada bien podría haber consignado judicialmente el certificado en cuestión” (ver SD 85038 del 18/3/03 del registro de esta Sala).

CNAT Sala III Expte n° 1423/02 sent. 85134 29/8/03 “Obregón Salazar, Mario c/ El rano de Trigo SA s/ despido” (G.- P.-)

Si el documento entregado por el empleador no certifica la totalidad de la relación mantenida por las partes, (en el caso sólo los últimos diez años), no cumple los recaudos del art. 80 LCT y por lo tanto cabe aplicar la multa del art. 45 de la ley 25.345.

C.N.A.T. Sala III S.D. 87.596 Del 23/03/2006. Expte. 11.357/2004. “BUSTAMANTE, Ramón Alcides C/CONS. De PROPIETARIOS Del EDIF. Moldes 2380 S/Despido”. (E.-P.).

Corresponde aplicar la multa establecida en el art. 80 LCT cuando en el certificado de trabajo se consignó una remuneración inferior a la percibida por el actor como así también la fecha de ingreso allí consignada no es la real, como así también cuando el certificado en cuestión es agregado al contestar demanda, puesto que en tal oportunidad la indemnización prevista en el art. 80 LCT, ya se ha tornado exigible. En este sentido la entrega de los certificados de trabajo es una obligación que debe ser cumplida en oportunidad de la extinción la relación laboral, es una obligación que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación, esto es en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección.

C.N.A.T. Sala III S.D. 87.603 del 23/03/2006. Expte. 13.615/2004 “PARODI, Pedro Héctor Jorge c/AUTOMOTORES D’AMATO S.A. y otro s/despido”. (E.-P.).

Extinción de la relación por muerte del trabajador

Hemos elegido detenernos en el art. 248 de la LCT porque entendemos que se trata de un tema interesante por lo controvertido y que, a nuestro juicio, aún está pendiente de encontrársele una solución definitiva.

Para analizar la cuestión que nos ocupa lo primero que debemos preguntarnos es: ¿una norma legal puede nacer en forma espontánea o solo el legislador puede establecer la regla jurídica mediante un acto expreso de voluntad?

A nuestro juicio, la mayoría de los lectores responderán negativamente al primer supuesto, ya que ello nos sumergiría en una inseguridad jurídica absoluta; nunca sabríamos con certeza qué está prohibido o qué está permitido, quedando al arbitrio de las circunstancias o de la voluntad del circunstancial intérprete el derecho aplicable.

El sistema republicano de gobierno establece claramente quienes y en qué circunstancias pueden crear normas jurídicas, las que deben responder a la voluntad expresa del legislador.

En este punto basta recordar los innumerables precedentes de la Corte Suprema de Justicia en materia de interpretación del derecho. ⁽¹⁾

(1) El fin primordial, del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador y la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras, que deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, partiendo de la base de que no son superfluas sino que han sido empleadas, con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos. ('Piccardo, Enrique *c/* Caja de Jubilaciones Marina Mercante', 6/11/44. 'Fallos', 200-165).

Si bien es cierto que la primera regla de Interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, y además la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto. ('Baliarda, José Luis', 2/7/81. 'Fallos', 303-917; en este sentido, véase: 'Capitán, Jorge SantaAna', 27/6/85. *ídem*, 307-1018).

Por lo tanto, el primer paso que debe dar el intérprete es analizar la letra de la ley y la voluntad del legislador al dictarla.

Al respecto dice Roberto Vernengo en *Curso de Teoría General del Derecho* (Editorial Depalma . Edición 1976, pág. 319 y siguientes) que "El fundamento de validez de una norma es, por definición, otra norma que regula su procedimiento de creación. Es la norma que faculta a un individuo a producir normas que, a su vez, tienen fuerza obligatoria... La norma superior que funciona como fundamento de validez de una inferior prescribe, básicamente, el procedimiento de creación o producción de la norma inferior"

En el derecho laboral la norma jerárquica superior que permite al Poder Legislativo el dictado de las leyes de fondo se encontraba en el art. 67 inciso 11) del texto de la Constitución Nacional de 1853, reformada en 1957

y se encuentra hoy en el art. 75, inciso 12) (texto constitucional conforme la reforma de 1994), que reza:

Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, *en cuerpos unificados o separados*, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, *con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina*: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

Parece entonces muy razonable entender que solo el Poder Legislativo puede dictar normas de fondo de Derecho del Trabajo, así como sustituir las, derogarlas, abrogarlas o modificarlas.

La teoría general del derecho nos enseña: “La anulación de una norma, como acto productor de derecho, es una actividad normada. Es, por decir, un dato que el jurista, que pretende conocer el derecho, debe tomar en cuenta. Forma parte del material normativo y fáctico que el jurista elabora cuando conoce el derecho” (obra citada, nota 2, pág. 393)

No obstante, todo lo expuesto, el artículo 248 de la LCT, sobre la indemnización por muerte del trabajador, ha suscitado numerosos conflictos de interpretación ya que el legislador nunca modificó, sustituyó o de modo alguno alteró expresamente su texto.

En efecto, tras la derogación de la ley 18.037 al sancionarse la ley 24.241 y crear ésta un nuevo sistema previsional, con diferentes alcances, se verifican criterios disímiles en torno a considerar si la remisión que la norma laboral realiza a la ley de jubilaciones derogada es o no de carácter pético. Así, hay quienes entienden que la remisión debe serlo a la ley que tuvo en miras el legislador (art. 38 del decreto-ley 18.037) hasta la expresa modificación del dispositivo que la refiere. En cambio otros, que aquella se efectuó a la norma del régimen previsional vigente y aplicable al momento del fallecimiento del trabajador, que hoy, resulta ser el artículo 53 de la Ley 24.241. (cfr., entre otros, Etala, Carlos Alberto. “Contrato de Trabajo” 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2000; Fernández Madrid, Juan Carlos, “Para establecer los causahabientes con derecho a indemnización por fallecimiento, la ley 24.241 no ha derogado al art. 38 de la ley 18.037”, Revista Doctrina Laboral Nro. 236, abril 2005; Goldin, Adrián. “Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009; Herrera, Enrique. “Extinción de la Relación de Trabajo” 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1987; Maza, Miguel Angel. “Ley de Contrato de Trabajo” 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2006; Segu, Gustavo, “Muerte del trabajador-Interpretación del orden de prelación establecido por

el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo” - Nota a fallo. Revista Práctica y Actualidad Laboral - Nro. 272 Diciembre 2004, Ed. Errepar; Segu, Gustavo, “Fallecimiento del trabajador. Base de cálculo de la indemnización. Exclusión de topes indemnizatorios” Nota a fallo. Revista Práctica Actualidad Laboral Nro. 281, Marzo 2005, Ed. Errepar; Toselli, Carlos A. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” 3ª edición, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009; Gabet, Emiliano A.; “Indemnización por muerte del trabajador”, DT2011 (julio), 1725). Jurisprudencia relevante, entre otros: CNTrab., sala I, 19/11/2004. “Carro, Martha E. c. Mercería Merinos S.R.L.”. DT 2005 (junio), 804 —LA LEY 2005-A, 657— IMP 2005-A, 857; CTSanFco, sent. 57, 25/10/2006 en “Lucero Juan y otros c/Sancor Cooperativa Unidas Limitadas — Demanda Indemnización art. 248” CNTrab., sala X, 23/06/2003. “Zarza, Rosa N. c. Consorcio de Prop. Mansilla 2701/11 esq. Dr. Quirno Costa 1208/14/18/24/28”. DT 2004 (enero), 54; CNTrab., sala VI, 31/10/2006. “Denver Farma S.A. c. Prieto, Marcela I. y Otros”. DT 2007 (febrero), 213 - IMP 2007-5 (Marzo), 512; Cámara del Trabajo de Córdoba, sala 9 unipersonal, 11/09/2008. “Sánchez, Héctor Humberto c. Ramondelli y Aime S.R.L.”. LLC 2008 (diciembre), 1276; CNTrab., sala VI, 07/11/2002. “Rodríguez, Marta c. San Yago S.A.”. DT 2003-A, 556; CNTrab., sala III, 25/08/2004. “Franco, Silvia M. c. Consorcio de Prop. Pedro Moran 3590/92/94 y otro”. LA LEY 20/10/2004, 14, IMP 2004-B, 2644 y TySS 2004, 959.

El texto en análisis dice:

Art. 248. LCT - Indemnización por antigüedad. Monto. Beneficiarios. En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador.”

Su letra, como vemos, remite claramente al artículo 38 del texto de la ley 18.037 (texto ordenado en 1976). Este texto, a su vez, dice :

Art. 38. Ley 18.037 – En caso de muerte del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

1º – La viuda, o el viudo incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha de su deceso, en concurrencia con:

- a) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, hasta los dieciocho años de edad;
- b) Las hijas solteras y las hijas viudas que hubieran convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años inmediatamente anteriores a su deceso, que a ese momento tuvieran cumplida la edad de cincuenta años y se encontraran a su cargo, siempre que no desempeñaran actividad lucrativa alguna ni gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo, en estos últimos supuestos, que optaren por la pensión que acuerda la presente;
- c) Las hijas viudas y las hijas divorciadas o separadas de hecho por culpa exclusiva del marido que no percibieran prestación alimentaria de éste, todas ellas incapacitadas para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente;
- d) Los nietos solteros, las nietas solteras y las nietas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos huérfanos de padre y madre, hasta los dieciocho años de edad.

2º – Los hijos y nietos, de ambos sexos, en las condiciones del inciso anterior.

3º – La viuda, o el viudo en las condiciones del inciso 1º, en concurrencia con los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que éstos no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente.

4º – Los padres, en las condiciones del inciso precedente.

5º – Los hermanos solteros, las hermanas solteras y las hermanas viudas, todos ellos huérfanos de padre y madre y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, hasta los dieciocho años de edad.

La precedente enumeración es taxativa. El orden establecido en el inciso 1° no es excluyente, pero si el orden de prelación establecido entre los incisos 1° a 5°.

A los fines de lo dispuesto en este artículo, la autoridad de aplicación está facultada en sede administrativa para decidir acerca de la validez y efectos jurídicos de los actos del estado civil invocados por el beneficiario.

La pensión es una prestación derivada del derecho a jubilación del causante, que en ningún genera, a su vez, derecho a pensión.

Observe el lector que no hicimos la transcripción diciendo “decía” sino “dice”, por cuanto el hecho que la norma hubiere sido derogada no deja de estar contenida en el texto del propio artículo 248 de la LCT.

La ley 23.570 produjo modificaciones en el texto del art. 38 citado, el que quedó redactado del siguiente modo:

Artículo 1° — Modifícanse los incisos 1° y 3° del artículo 38 de la ley 18.037 (t. o. 1976) los que quedarán redactados de la siguiente forma:

Inciso 1° — La viuda o el viudo.

Tendrá derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite en el goce de la pensión, salvo que el causante hubiera estado contribuyendo al pago de los alimentos, que éstos hubieran sido reclamados fehacientemente en vida o que el causante fuera culpable de la separación; en estos tres casos el beneficio se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

El beneficio de pensión será gozado en concurrencia con:

- a) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, hasta los dieciocho años de edad;
- b) Las hijas solteras y las hijas viudas que hubieran convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años anteriores a su deceso, que a ese momento tuvieran cumplida la edad de cincuenta años y se encontraran a su cargo siempre que no desempeñaran actividad lucrativa alguna ni

gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva salvo, en estos últimos supuestos que optaren por la pensión que acuerda la presente;

c) Las hijas viudas y las hijas divorciadas o separadas de hecho por culpa exclusiva del marido que no percibieran prestación alimentaria de éste, todas ellas incapacitadas para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente;

d) Los nietos solteros, las nietas solteras y las nietas viudas, estas últimas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos huérfanos de padre y madre hasta los dieciocho años de edad.

Inciso 3º — La viuda, el viudo, la conviviente o el conviviente, en las condiciones del inciso 1º, en concurrencia con los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que éstos no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente.

Por ello, a nuestro entender, cuando se hace referencia a los derechohabientes enumerados en el art 38 debe incluirse la modificación operada por la ley citada, considerándose que expresamente, en el caso, el legislador ha actuado con plena conciencia de la modificación operada.

Antes de avanzar con las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia cabe reiterar las siguientes preguntas:

El legislador del texto laboral ¿quiso otorgar el derecho al cobro de la indemnización por muerte al listado de parientes del trabajador enumerados en el art. 38 y no a otros? ¿quiso dárselo solo a los parientes enumerados en el art. 38 vigente al tiempo de la sanción de la ley laboral o incluso a aquellos que se incorporen como tales al art. 38 en un futuro?

O ¿quizá el legislador quiso dar el derecho solo a aquellos que tenían derecho a pensión?

En este caso ¿puede un cambio en los derechohabientes con derecho a pensión modificar la voluntad primigenia?

El conflicto estalla con la sanción de la ley 24.241 que deroga la ley 18.037 y al mismo tiempo la deja vigente para todo lo que se refiera al concepto de remuneración, entendiendo que este no es el caso.

Al respecto se ha señalado que la norma vigente -es decir el art. 53 de la ley 24.241- tiene un menor contenido tutelar que las directivas previsionales que la precedieron que, bajo ciertas condiciones, consideraban titulares del beneficio previsional a padres, nietos e, incluso, hermanos y hermanas del causante, lo que traduce una involución normativa que puede ser cuestionada judicialmente, incluso por razones de rango constitucional, máxime que la Corte Suprema juzgó aplicable en la materia el principio de progresividad (ver Lodi Fe, Cipolletta, Llana, Pawlowski de Pose, “Régimen previsional argentino”, Rubinzal-Culzoni, p. 212)

Estableciéndose expresamente que “*Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia*”⁽⁶⁾

(6) **Ley 24241 Artículo 168.**— Deróganse las Leyes Nros. 18.037 y 18.038, sus complementarias y modificatorias, con excepción del artículo 82 y los artículos 80 y 81 que se sustituyen por el siguiente texto:

(Artículos 80 y 81, Ley N° 18.037): Las cajas reconocedoras de servicios deberán transferir a la caja del organismo otorgante de la prestación, los aportes previsionales, contribuciones patronales, y las sustitutivas de estas últimas si las hubiera. Deben considerarse incluidos en la transferencia que se establece por la presente, los cargos que adeude el beneficiario, correspondientes a los servicios reconocidos, a efectos de su amortización ante la caja otorgante. La transferencia deberá efectuarse en moneda de curso legal en forma mensual y de acuerdo al procedimiento que se determine en la reglamentación. Será organismo otorgante de la prestación cualquiera de los comprendidos en el sistema de reciprocidad, en cuyo régimen se acredite haber prestado mayor cantidad de años de servicio con aporte. En el caso de que existiese igual cantidad de años de servicio con aportes el afiliado podrá optar por el organismo otorgante. Queda derogada la Ley N° 18.038, sus complementarias y modificatorias, todo con la salvedad de lo que disponen los artículos 129,156 y 160 de la Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

Ley 24241 Artículo 191.— A los efectos de la interpretación de la presente ley, debe estarse a lo siguiente:

- a) Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia;
- b) Cumplida la condición establecida en el artículo 129 de la presente ley, las referencias que la legislación vigente haga a las Leyes Nros. 18.037 y 18.038, en cuanto al concepto de remuneración a aportes o contribuciones vinculadas a dicho concepto, debe entenderse como hechas, en lo pertinente, a lo prescripto en los artículos 6° y 11 de la presente;

Por lo tanto cabe ahora preguntarnos ¿La sanción de la ley 24.241, que nada dice sobre la LCT, produjo modificaciones en el artículo 248 de la LCT que remite a una ley derogada?; o no hizo modificación alguna por cuanto el listado del art. 38 de la ley 18.037 ya se encuentra incorporado en el propio texto del art. 248?

Para responder la pregunta y antes de transcribir lo expuesto por diversos autores recordemos las reglas de interpretación del derecho dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosos precedentes, que dicen:

a) La interpretación no puede crear la ley:

No puede, por interpretación, realizarse lo que no podría hacerse por disposición expresa de la ley (Ventura Montaña, Juan, 22/9/1870, 'Fallos', 9-382).

b) Ante dos interpretaciones posibles ha de estarse a la que conserva derechos:

Toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicas posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye. ('Perón, J. D.', 25/7/60, 'Fallos', 247/387).

c) Cuando la ley enumera en forma taxativa se excluyen los restantes:

Es regla de interpretación lógica que cuando la ley menciona taxativamente los sujetos u objetos de un derecho, sin ampliarlos con ninguna generalización, excluye a los no incluidos o nombrados. ('Quiroga Alí, Héctor c/ Soc. Industria Química en Basilea', 24/3/39, 'Fallos', 183-228).

d) Cuando el texto es claro no corresponde apartarse so pretexto de evitar incongruencias:

Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación. ('Bergamino, Juan c/ Instituto Nacional de Previsión Social', 25/4/49, 'Fallos', 213-405).

e) Donde la ley no distingue no debemos distinguir, bajo ningún pretexto:

Cuando la ley hace una distinción en términos que no dejan lugar a dudas, a ellos hay que atenerse, se la considere o no bien motivada. ('Frigorífico Armour .c/ lancovich, Jorge'. 7/5/48, 'Fallos', 210-989).

f) La derogación de la ley no se presume.

La derogación de las leyes no se presume. ('Escorihuela y Cía. c/ Provincia de Mendoza'. 31/5/39, 'Fallos', 183-470).

La doctrina ha tratado el tema en especial al analizar el articulado de la Ley de Contrato de Trabajo y, al respecto, se han sostenido diversas posiciones que NOS permitimos transcribir.

Desde el punto de vista práctico la ley laboral hace una remisión expresa a una norma que ha sido derogada (el art. 38, ley 18.037) por lo que, en principio, lo más razonable resultaría concluir que, en la actualidad, la remisión debe juzgarse efectuada a la norma vigente y aplicable en la materia que no es otra que el art. 53 de la ley 24.241 que enumera los sujetos con derecho a pensión dentro del marco previsional (conf. crit. Bossert, “régimen Jurídico del concubinato”, pág. 234; Martínez Vivot, “Elementos”, pág. 409; Etala, “Contrato”, pág. 559; Carcavallo, “De cónyuges y Concubinas y de la familia del trabajador”, DT, 1998_B-1457). **Pose, Carlos, “Ley de Contrato de Trabajo, pág. 247, Ed. Grinberg, 2001**

Resulta discutible si se debe aplicar el art. 38 de la ley 18.037 –que fue derogado por el art. 168 de la ley 24.241- o la norma que lo reemplazó, que es el art. 53 de la ley 24.241. Parte de la jurisprudencia y la doctrina (Rodríguez Mancini, Carlos Etala) se inclinan por este último criterio, debiendo destacarse que en caso de contradicción con lo dispuesto en el art. 248 de la LCT, se debe estar a lo que resulte más favorable a la concesión del beneficio (esto se observa en la duración de la convivencia) (717).

Otra postura doctrinaria (Vázquez Vialard, Machado) sostiene que se debe aplicar el art. 248 conforme a su redacción histórica en tanto remite a la nómina del art. 38 de la ley 18.037. Se puede arribar a esta conclusión no por la utilización del principio in dubio pro operario (art. 9 de la LCT) ya que no se puede afirmar que en todos los supuestos esta disposición es la más favorable. SI bien es cierto que la aplicación de la nómina del art. 38 de la ley 18.037 es más favorable –en términos generales- a la del art. 53 de la ley 24.241, ya que incluye a beneficiarios que no están incluidos en ésta (por ejemplo los padres o hermanos del trabajador sin familia nuclear recudida propia), no se debe olvidar que no incluye como beneficiario al conviviente de sexo masculino ni permite extenderlo a uniones afectivas *more uxorio* entre personas del mismo sexo.

El fundamento de la aplicación de la nómina del art. 38 de la ley 18.037 reside en que el art. 248 no utiliza una fórmula elástica –por ejemplo: personas con derecho a pensión “según las leyes de seguridad social”- sino que es preciso al establecer el universo de beneficiarios. Además, en determinados supuestos, lo que se importa no es una norma sino un texto que se incorpora al cuerpo legal importador, tratándose en consecuencia, más que de remisión, de “incorporación” (como acción y efecto de “unir varias cosas para que hagan un todo”). En el caso de anteriores leyes de las accidentes de trabajo o del art. 248 de la LCT, “se trata de incorporaciones pétreas que no se ven afectadas por ningún cambio legislativo genérico sobre el viejo régimen legal jubilatorio, que no derogue o modifique explícitamente esas leyes”. Este criterio es sostenido jurisprudencialmente por la Dra. Kunath –Fiscal General Adjunta ante la Cámara Nacional

de Apelaciones del Trabajo- en dictamen del 297/05/2000 (con cita de Eduardo Perugini) que hiciera propio la Sala I en autos “Pérez Lindo, Roges y otro c/ Ichazú, Alfredo y otros s/ accidente Ley 9688).

Grisolía, Julio Armando, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Doctrina. Legislación. Jurisprudencia), pág. 717, 718, Ed. Depalma, 5ta. edición, 2001

“Los acreedores a la indemnización por muerte- que es equivalente a la del art. 247- son los derechohabientes enumerados en el art. 53 de la ley 24.241; tienen derecho a percibirla con la sola acreditación del vínculo (les corresponde iure proprio) y según el orden y prelación allí establecidos.

El art. 53 de la ley 24.241 enumera como derechohabientes a la viuda o el viudo; también incluye a la conviviente o el conviviente si el causante hubiese estado separado de hecho o legalmente o fuera soltero, viudo o divorciado, y hubiera convivido en aparente matrimonio 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; en caso de existir hijos reconocidos por ambos convivientes el plazo se reduce a 2 años.”

Grisolia, Julio A – Sudera, José A., Leyes del Trabajo Comentadas, pág 250/1, Ed. David Grinberg. Libros Jurídicos. Bs. As. 2000.

“Descripción. Dada la índole de la relación laboral y el carácter personal de la prestación debida por el empleador, la muerte de este produce ipso facto la extinción del contrato (art. 248 LCT) . Como consecuencia del hecho, la citada norma establece que ciertos familiares, los que en ese momento tenían vocación previsional (no los que enumera el art. 3565 y sigtes., Cod. Civil), percibirán una indemnización (ésta se genera en cabeza de las personas mencionadas; no se trata de una sucesión). Al efecto, hace referencia a los enumerado en el art. 38 del dec-ley 18037/69 (t.o. 1974)- vigente a la fecha de la sanción de esa norma-, con derecho a pensión jubilatoria.

Vázquez Vialard, Antonio, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Bs. As. Ed. Astrea, 2001 T I, 9na. Edición, pág. 628..

Derechohabientes. Adquisición del carácter de beneficiario. Según puede consultarse en cualquier estudio sobre el tema, el art. 248 de la LCT se apartó de los precedentes legislativos en cuanto sujetó el acceso al beneficio a que el derechohabiente pruebe el vínculo mejor situado dentro de la prelación legal, excluyendo en cambio el requisito exigido por la ley 11.729 (modificatoria del art. 157 , inc 8 del Cod Com) a saber, que debían concurrir igualmente las otras “condiciones” establecidas por la ley previsional en orden a la calidad del pensionado. En efecto, la expresión mediante la sola acreditación del vínculo que se incorporó al texto legal, sumada a la supresión de la anterior mención a tales “condiciones”, no puede juzgarse sino como un propósito deliberado de limitar la remisión al listado taxativo de vínculos enunciados y a la jerarquía y orden de exclusión que resulta de la nómina.

Machado, José D. La muerte y el contrato de trabajo, RDL, 2000-2, 155 (Los dos últimos citados en: Digesto Práctico, Ley de Contrato de Trabajo II, 1ra. Edición, pág. 861, La Ley 2003, Avellaneda)

La jurisprudencia no ha sido unánime sobre el tema. A modo de ejemplo hemos seleccionado diversos fallos que tratan de diferente manera la problemática legal señalada.

1. Fallos donde se reemplaza el texto del artículo 248 de la LCT sustituyendo el art. 38 de la ley 18.037 por el art 53 de la ley 24.241

Tanto porque el art. 38 de la ley 18.037 ha sido derogado como por entender que la remisión del art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo se encuentra referida al art. 53 de la ley 24.241, no cabe duda que no existe orden de prelación alguno entre los distintos derechohabientes beneficiarios de la indemnización prevista por el mencionado artículo, con la salvedad de las exclusiones o concurrencias previstas en relación a la figura de la concubina. **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II Lisandro de La Torre S.A. c. Franco, Yolanda Noemí y otro s/consignación • 28/02/2013 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/4962/2013**

Si bien el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo aludía a un orden de prelación -art. 168 de la ley 24.241-, el art. 53 de la ley 24.241, que sustituyó las previsiones contenidas en el art. 38 de la ley 18.037 no prevé orden de prelación alguno por lo que no puede entenderse que el orden de prelación anterior subsista.

Corresponde otorgar la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo a la ex cónyuge divorciada con derecho a alimentos y a la concubina, no pudiendo esta última excluir a la primera, dado que para resultar acreedor a la indemnización mencionada basta con que los derechohabientes prueben el vínculo, prescindiendo de acreditar los otros requisitos establecidos por la normativa previsional. **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II Gador S.A. c. I., S. M. y otros • 12/03/2010 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/11956/2010**

2. Fallos que aplican el texto del artículo 248 LCT aplicando el art 38 de la ley 18037 pero con las modificaciones de la ley 23570

El hecho de que la concubina del trabajador fallecido no haya sido declarada heredera y no tenga un derecho subjetivo reconocido por la legislación civil para recibir alimentos, no obsta a su legitimación procesal para reclamar las indemnizaciones derivadas del despido del causante, ya que si el legislador le ha reconocido el derecho a reclamar en supuestos sustancialmente idénticos como son las remuneraciones e indemnizaciones reconocidas en los arts. 123,

156 y 248 de la LCT cabe entender que este ha contemplado a la familia como destinataria de los créditos alimentarios, erigiéndola como titular iure proprio.

El doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo dijo, en estos autos.

En este punto resulta oportuno destacar que, si bien es cierto que la actora no fue declarada, en sede civil, como heredera del causante, (resolución del 10 de marzo de 2009 fs. 92), no es menos cierto que este hecho no obsta, a que la accionante sea acreedora de las indemnizaciones reclamadas en la presente causa, máxime, teniendo en cuenta que llega firme a esta alzada su carácter de concubina del “de cujus”.

Me explico: los arts. 248 de la L.C.T., 53 de la Ley 24.241 y 38 de la Ley 18.037 -modificado por la Ley 23.570- establecen que la persona conviviente se encuentra legitimada para reclamar los créditos específicos que surgen con el deceso del trabajador (carácter “iure proprio”), mientras que en los supuestos en que se pretenden acreencias “iure successionis” que forman parte del patrimonio del causante a la fecha de su muerte, la concubina carecería de la mentada legitimación (ver Dictamen 42934 del 25/09/06, “Martínez Ángel Norberto c/ Capyna S.A. s/ Dif. Salarios”. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII. Álvarez, Elena Eufrasia c. Di Loreto Juan Carlos Alfredo s/despido • 29/11/2011 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/78651/2011

3. Fallos que aplican el artículo 248 conforme el texto del artículo 38 de la ley 18037

A fin de determinar si corresponde otorgar al hijo de una trabajadora fallecida la indemnización del art. 248 de la L.C.T. debe entenderse que es aplicable la remisión efectuada por la referida normativa a la derogada Ley 18.037 y no a la ley 24.241, ya que el campo potencial de titulares de la prestación que hace referencia el art. 53 de esta última es menor que el contemplado por la primera y en esta materia como en la seguridad social no se debe llegar al desconocimiento de derechos o interpretarlos de manera que se desconozca la protección al trabajo y los beneficios de la seguridad social conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pues, ello atentaría contra la cláusula del progreso — art. 75 inc. 19 de la C.N.— y afectaría el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales —art. 75 inc. 23 de la C.N.- Bajo la consideración de estas premisas aplicables al caso bajo estudio, concluyo anticipadamente en que el art. 248 LCT, en la forma que fue concebido por el legislador, no deja duda alguna que su contenido se integra, mediante remisión al texto “pétreo” del art. 38 del decreto-ley 18.037 y no al régimen previsional vigente al tiempo de su aplicación. A tal fin tengo particularmente en cuenta no sólo los términos claros en que fue redactado el primer párrafo del artículo sino también la técnica legislativa utilizada en la construcción de esta norma, en particular, la del párrafo tercero. En efecto, cuando en el artículo se hace mención a las otras indemnizaciones a que tienen derecho los causahabientes del trabajador

fallecido, en forma genérica menciona a “la ley de accidentes de trabajo”, mas no la individualiza por su número en la misma forma que lo hizo con la ley jubilatoria. Luego, puede advertirse que para construir la norma, al legislador no le resultó indiferente la forma en que dispuso remisiones a otros textos legales, ajenos a la propia ley. De lo contrario, hubiera utilizado una misma manera de referenciar otras legislaciones, ya empleando en la construcción del primer párrafo, la expresión “...los causahabientes con derecho a pensión conforme al régimen previsional...” u otra expresión similar; ya individualizando concretamente en el tercer párrafo la ley de accidentes de trabajo vigente al tiempo de su sanción. La precisa letra del articulado y esta distinta forma de construir su contenido normativo, frente a circunstancias análogas, a criterio del suscripto, es un claro indicio revelador de la real intención del legislador en lo que respecta a la designación de los beneficiarios de la indemnización y que son “...las personas enumeradas en el art. 38 del decreto-ley 18.037” y no otras. **Cámara en lo Civil, Comercial, de Familia y del Trabajo de Río Tercero. Chiaraviglio, Cristian Daniel c. LV 26 Radio Río Tercero S.R.L. s/ demanda laboral • 27/10/2011 Publicado en: LLC 2012 (febrero) , 105 Cita online: AR/JUR/84991/2011**

El hecho de que el único hijo del trabajador fallecido sea mayor de 18 años de edad no obsta a que se le reconozca legitimación activa para percibir la indemnización por fallecimiento, ello atento la remisión que efectúa el art. 248 L.C.T al art. 38 de la ley 18.037. Toda vez que el plenario “Kaufman” se centra en la interpretación del alcance del art. 248 L.C.T y no de la norma previsional a la que aquél remite, la derogación del art. 38 de la ley 18.037 como consecuencia de la sanción de la ley 24.241 carece de relevancia al momento de evaluar la aplicabilidad del citado plenario. La remisión que efectúa el art. 248 L.C.T al art. 38 de la ley 18.037 a fin de determinar quiénes resultan beneficiarios de la indemnización por fallecimiento del trabajador, es una incorporación pétrea que, como tal, no se ve afectada por ningún cambio legislativo genérico sobre el viejo régimen legal en materia jubilatoria, que no derogue o modifique explícitamente esas leyes. **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I Sturniolo, Matias Enrique c. Administración Federal de Ingresos Públicos • 28/04/2010 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/17496/2010**

4. El Plenario Kaufman

El plenario Kaufman resulta inaplicable a la cuestión que nos ocupa por cuanto fue dictado en agosto de 1992, cuando aún la ley 24.241 no había sido sancionada. No obstante, el tema allí en análisis también guarda relación con la problemática de la interpretación del derecho habiendo sentado jurisprudencia en cuanto a la desvinculación entre los parientes enumerados en el art. 38 de la ley 18.037 y el derecho a pensión, lo cual

ratifica la posición, a la cual adherimos, que los legitimados a la percepción de la indemnización por muerte son los parientes enumerados en el artículo citado con independencia de a quienes la ley jubilatoria vigente concede el beneficio pensionario.

El citado fallo plenario establece que:

En caso de muerte del trabajador las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037 (t.o. 76), tienen derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 248 de la ley de contrato de trabajo (Adla, XXXVI-D, 3082; XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) con la sola acreditación del vínculo y el orden y prelación, sin el cumplimiento de las demás condiciones establecidas para obtener el derecho a pensión por la misma norma. **Kaufman, José L. c. Frigorífico y Matadero Argentino S.A. • 12/08/1992 Publicado en: LA LEY 1992-E , 126 • DT 1992-B , 1872 • DJ 1992-2 , 542 Cita online: AR/JUR/1532/1992**

Como puede observarse la problemática merecería una reforma que clarifique la cuestión, a efectos de dar seguridad jurídica a la totalidad de las partes involucradas.

En este orden de ideas debe tenerse presente que en materia social, tal como sostiene Bernabé Chirinos, en su Tratado de Derecho de la Seguridad Social (Editorial La Ley, 2011, pág.64), el principio de la no retrogradación de derechos (prohibición de regresividad) obliga a respetar el derecho de aquellos parientes del fallecido que se encuentran enumerados en el art. 38 de la ley 18.037 y que fueron excluidos en la era neoliberal con la sanción del art 53 de la ley 24.241.

Asimismo, y atento la evolución de la realidad legislativa, la nueva norma debería agregar al conviviente en los términos de la ley 26.618, aclarándose expresamente la incorporación de los matrimonios o convivientes del mismo sexo, ya que esta última situación no puede haber estado prevista en la voluntad del legislador anterior.

A nuestro entender resultaría sumamente grave cualquier modificación legislativa que excluya a alguno de los beneficiarios enumerados en el art 38 de la ley 18.037. La supresión de los padres o los hermanos, a modo de ejemplo, podría resultar inconstitucional e incongruente con las modificaciones que debieron efectuarse a la ley 24.557, cuyo texto original era el resultado de la misma etapa legislativa de la ley 24.241. Ver al respecto “El derecho de los hermanos a la reparación por muerte que estipula el art. 248 de la ley de contrato de trabajo” de Pawlowski de Pose, Amanda Lucía, en su comentario al fallo “Blanco, Cristina y otro c. Asociación Civil Club

Atletico Velez Sarsfield s/ indemn. por fallecimiento” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, del 06.10.2011), publicado en Derecho del Trabajo. 2012 (abril), pág. 897.

Extinción del vínculo del trabajador en condiciones de jubilarse.

El art. 90 LCT declara que el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, principio expresamente ratificado por el art. 27 de la LNE (Ley 24.013). Aparte de los supuestos contemplados en dicho art. 90 sobre contratación a plazo fijo, dentro de las circunstancias allí contempladas, el contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social por límite de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la LCT, t.o. (art. 91).

Tradicionalmente cuando el trabajador en relación de dependencia reunía los requisitos para acceder a la jubilación, dejaba de regir la indeterminación de la duración del contrato de trabajo y por decisión unilateral del empleador podía extinguirse la relación sin indemnización alguna, tal como lo autorizaba el art. 252 LCT. Este principio se ha visto alterado con las modificaciones efectuadas en la ley 27.326 que, sin motivación valedera, ha cambiado radicalmente el derecho del empleador llevando la posibilidad de extinguir la relación recién cuando el trabajador cumple 70 años de edad.

Supuesto de aplicación del art. 252 LCT

El art. 252 no ha sido muy afortunado desde las modificaciones que se le efectuaran en los años 90. El texto vigente antes de la ley 27.426 contenía tantos errores y omisiones que fue necesario reglamentar la norma para hacer posible una aplicación racional de la misma.

De no haber intervenido el PEN dictando un decreto reglamentario (ver decreto 679/95), la supresión de derechos del trabajador hubiere llegado a extremos como permitir la extinción sin indemnización en casos donde puede obtenerse la jubilación por invalidez o, simplemente, en caso de obtener una pensión por fallecimiento del cónyuge. Este extremo de flexibilización en la extinción del vínculo fue apaciguado por el dictado del punto 5 del decreto 679 /95 que estableció:

“El empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252 del Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744 t.o. decreto 390/76 y su

modificatoria N° 24.347) cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU), salvo en el supuesto previsto por el segundo párrafo del artículo 19 de la ley 24.241.

Por lo tanto la voluntad de extinción del empleador sin indemnización alguna se limitó a aquellos trabajadores que reunieren los treinta años de servicios con aportes y hubieren cumplido la edad de sesenta y cinco años los varones y sesenta años las mujeres. Estas últimas podrían manifestar su voluntad de permanecer en la relación laboral hasta los 65, voluntad que prevalece sobre la del empleador, tal como lo establece el artículo 19 de la ley 24.241 al que remite el texto reglamentario transcrito.

La ley 27.426 en la nueva modificación del art. 252 le ha dado solución a estas cuestiones pero ha agregado un elemento, verdaderamente inaplicable: una edad superior a la exigida en la ley general de jubilaciones y pensiones.

El nuevo texto dice:

Art. 252. —Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.

A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad.

Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales

La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo.

Por su parte, la dificultad que tenía el empleador para obtener la certeza de que el trabajador estaba en condiciones de jubilarse con relación al requisito de la cantidad de años de servicios fue solucionada mediante el decreto 110/18 que dispone:

“El empleador que pretenda hacer uso de la facultad establecida por el artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, requerirá la información necesaria de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) a fin de constatar el derecho que le asista al trabajador para obtener la Prestación Básica Universal (PBU), conforme lo establecido por la Ley N° 24.241 y sus modificatorias. La citada Administración Nacional deberá instrumentar un mecanismo expedito para brindar la información mencionada a los empleadores, respecto de los trabajadores a su cargo.

Para que opere la voluntad unilateral del empleador, extintiva del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, aquél debe intimar al trabajador para que inicie los trámites pertinentes. La norma es clara en cuanto a que no es imperativa la decisión de despedir por causa de la jubilación, sino que es potestativa. Si el empleador opta por ejercer esa potestad, entonces previamente debe practicar la antedicha intimación.

La única limitación que tiene la potestad señalada se vincula con la tutela sindical de la que puede gozar el trabajador. Nos permitimos transcribir un fallo que resulta elocuente al respecto:

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la exclusión de la tutela sindical con el único y exclusivo fin de cursar al trabajador la notificación prevista en el art. 252 de la ley de contrato de trabajo (DT, t.o. 1976-238), toda vez que el pedido se encuentra originado en una causal objetiva, por el cumplimiento de los requisitos jubilatorios, que puede ser ejercido dentro de las facultades de organización y dirección que prevén los Art. 64 y 65 de la ley de contrato de trabajo (DT, t.o. 1976-238), máxime si no se ha acreditado actitud discriminatoria alguna respecto del trabajador. **CNAT Sala VII, 23/08/2005. Terminal 4 S.A. c. Romero, Luis A.**

Extensión de certificados

Decidida por el empleador dar término a la relación de trabajo en el supuesto del art. 252, además de la intimación para tramitar el otorgamiento del respectivo beneficio previsional, debe extender los certificados de servicios y demás documentación necesaria para ese fin. Se trata de lo que impone el art.12, inc.g) de la ley 24.241.

Aunque la norma no lo exprese así, es obvio que no basta con la extensión de los certificados sino que además deben ser puestos a disposición del trabajador y hacérselo saber. De donde, la comunicación a remitir al trabajador debe incluir, por una parte, la intimación de iniciación de los trámites jubilatorios, y por la otra, hacer saber la extensión de los certificados y la puesta a disposición de los mismos.

Mantenimiento de la relación

A partir de la intimación, cuyo plazo comienza desde la recepción de ella por el trabajador, conforme el efecto recepticio, el art. 252 manda que la relación de trabajo debe mantenerse hasta que aquél obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año. Debe señalarse que el efecto recepticio debe cumplimentarse con la entrega de la documentación necesaria para iniciar el trámite del beneficio.

Cumplido el plazo u obtenido el beneficio previsional, el empleador deberá remitir una segunda comunicación telegráfica dando por concluida la relación laboral. Caso contrario la relación no se extingue, ya que no opera la disolución del vínculo por sí sola.

En aplicación de lo dispuesto en el Art. 252 LCT la jurisprudencia ha sostenido:

Si el vínculo laboral se encuentra subsistente a la fecha del despido indirecto y la conducta del trabajador aparece legitimada —en el caso, por la mora en el pago de las remuneraciones—, la eximente del art. 252 de la ley de contrato de trabajo 20.744 (Adla, XXXVI-B, 1175) resulta inoperativa, pues el vencimiento del plazo que dispone el artículo precitado no disuelve de pleno derecho la relación laboral, sino que es necesario un acto expreso o tácito en el que se manifieste tal voluntad de disolución **Cámara de Apelaciones en lo Laboral y de Paz Letrada de Corrientes • 22/02/2006 • Correa, Juan C. c. Empresa Ciudad de Corrientes y/u otros • LLLitoral 2006 (noviembre), 1380.**

Si estando vigente el plazo del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238), sobreviene una enfermedad inculpable cuyo plazo excede el año original, las obligaciones del empleador cesan al vencer el plazo anual oportunamente concedido, sin que la enfermedad sobreviniente del trabajador conduzca a aplicar los arts. 231 a 239 de la citada ley, pues, la institución del preaviso pretende otorgar al trabajador un plazo de relativa tranquilidad salarial durante el cual pueda buscar un nuevo empleo y el citado art. 252 prevé el reemplazo del salario por el haber jubilatorio, siempre que el trámite no exceda un año, por lo que el estado de salud del futuro beneficiario no tiene incidencia alguno sobre el trámite previsional. **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III • 28/09/2006 • González, Jorge R. c. El Nuevo Halcón S.A. • IMP 2007 (enero), 95.**

Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que el despido dispuesto por el empleador no resultó ajustado a derecho ya que no había transcurrido el plazo de un año previsto por el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238), pues, la intimación al trabajador en condiciones de jubilarse reviste el carácter de preaviso, entonces la enfermedad del trabajador intimado a jubilarse suspende el plazo de la citada norma (del voto en disidencia de la doctora Porta). **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III • 28/09/2006 • González, Jorge R. c. El Nuevo Halcón S.A. • IMP 2007 (enero), 95.**

Información al empleador de la obtención del beneficio

Como el empleador no es parte en el trámite jubilatorio -ni normalmente tiene posibilidad de acceder a las respectivas actuaciones-, cuando se le comunique al trabajador que se le otorgó el beneficio, en virtud del principio de buena fe (LCT, t.o., art. 63) debe informarlo de inmediato a su empleador. Esta es una conducta que resulta del art.13, inc. a) relativo a actualizar la declaración jurada cuando adquiera el carácter de beneficiario de jubilación.

No obstante el decreto reglamentario del nuevo art. 252 ha establecido una serie de medidas para allanar la falta de información diciendo:

La ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) deberá proporcionar al empleador una copia de la Resolución por la que se otorga el beneficio al trabajador, pudiendo hacerlo a través de medios electrónicos.

Información de la denegatoria del beneficio

Si el beneficio fuera denegado por no reunir el trabajador los requisitos para acceder a la jubilación, éste y el organismo de gestión deberá comunicarlo al empleador, para darle ocasión a éste de actuar en consecuencia. De este modo se originaría para el trabajador el derecho a la indemnización por despido o el derecho a mantener la relación laboral.

Impulso del procedimiento

Dado que el plazo de conservación de la relación es de un año, sin que la demora administrativa en el otorgamiento del beneficio esté contemplada como supuesto de extensión de dicho plazo, es carga del trabajador el impulso del procedimiento, a través de las vías que para el pronto despacho contempla la Ley de Procedimiento Administrativo.

Otorgamiento del beneficio o transcurso del plazo de un año. Exención de la indemnización por despido

Otorgado el beneficio o, en su caso, transcurrido el plazo de un año a partir de la recepción de la intimación, se opera la condición legalmente establecida, con el efecto de extinguirse la relación de trabajo. Dicha relación se extingue, sin obligación del empleador del pago de la indemnización por despido (por antigüedad) que prevé la LCT, t.o. o los estatutos profesionales (art. 252, LCT).

Excesos en la reglamentación

La ley 27.426 fue publicada en el BO el 28 de diciembre de 2017. No es necesario fundamentar que las leyes solo se aplican retroactivamente cuando su propio texto lo indica, por cuanto ello no es solo un principio general de derecho sino una regla de sentido común.

No obstante el decreto reglamentario 110/18 Publicada en el Boletín Oficial del 08-feb-2018 estableció que:

Los plazos previstos en el artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, que hubieran comenzado a transcurrir con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley N° 27.426, quedarán sin efecto.

La inconstitucionalidad de la medida es tan obvia que no merece mayores comentarios.

Aportes y contribuciones del trabajador en condiciones de jubilarse

La ley 27.426 ha establecido:

ARTÍCULO 8°.- A partir de que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador deberá ingresar los aportes del trabajador y con respecto a las contribuciones patronales, únicamente aquellas con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales de la ley 23.660 y sus modificaciones y las cuotas del Régimen de Riesgos del Trabajo de la ley 24.557 y sus modificaciones.

Por lo tanto, basta estar en condiciones de jubilarse para generar menores cotizaciones al colectivo laboral.

Despido del trabajador jubilado

En el supuesto de que un trabajador jubilado, titular de un beneficio previsional de cualquier régimen, continuara o volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato. (LCT t.o., art. 253, parr. 1º, la. parte).

A tenor del art. 34 de la ley 24.241 existe compatibilidad entre el reingreso a la actividad remunerada, dependiente o autónoma, y el goce de prestaciones del SIPA. Hacen excepción el caso de los beneficiarios de prestaciones provenientes de servicios prestados en tareas penosas, riesgosas o insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro, quienes no podrán reingresar a la actividad ejerciendo alguna de las tareas que hubieran dado origen al beneficio previsional. Y, asimismo, el caso del beneficiario del retiro por invalidez.

Al despido del trabajador que estando jubilado volvió a la actividad se le aplican, como a cualquier trabajador, las normas de los arts. 231, 245 y en su caso arts. 247 y art. 253, párr. 1º, 2a. parte LCT.

En primer término, corresponde que se le otorgue el preaviso impuesto por el art. 231, LCT. En caso de haber sido omitido corresponderá el pago de la indemnización sustitutiva (art. 232) y de la integración del mes (art. 233).

En segundo término, aquél es acreedor a la indemnización por despido, por el monto íntegro al que se refiere el art. 245 o en su caso por el monto reducido contemplado por el art. 247.

En el supuesto del despido del trabajador jubilado vuelto a la actividad, se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese (art. 253, Párr. 2º.). De ese modo si reingresó a las órdenes de algún anterior empleador, no se le aplica lo que con alcance general dispone el art. 18 LCT.

Para invocar esta disposición, a nuestro juicio, debía haber existido realmente el cese anterior. Circunstancia, esta última que se prueba mediante la baja anterior documentada en el Libro del art. 52 LCT

Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

Dado que el trabajador reconoció que se desempeñó para la demandada hasta que se acogió al beneficio jubilatorio cuando se produjo “su baja” y luego de configurada su nueva situación fue contratado pero ya en calidad de trabajador jubilado, corresponde computar a los fines del cálculo de la antigüe-

dad para la indemnización por despido únicamente el tiempo de la nueva relación, tal como lo dispone el art. 253 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238) **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I • 30/10/2006 • Giachino, Luis Arturo Agustín c. Obra Social del Personal de la Industria del Hielo y de Mercados Particulares O.S.P.I.H.M.P. y otro • IMP 2007 (enero), 88 - DT 2007 (enero), 66 - DJ 28/02/2007, 504**

Es aplicable lo dispuesto por el art. 253 último párrafo L.C.T. al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación. **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno. Couto de Capa, Irene Marta c. Areva S.A. s/ley 14.546, 05/06/2009. La Ley Online**

La ley 27.426 ha dado una nueva redacción al art. 253 diciendo:

En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el artículo 245 de esta ley o en su caso lo dispuesto en el artículo 247.

En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese. (Párrafo incorporado por art. 7 de la Ley N° 24.347 B.O. 29/6/1994)

También es aplicable lo dispuesto por el presente artículo al trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación, considerándose la fecha del acuerdo de la prestación como inicio del cómputo de la antigüedad posterior al mismo. (Párrafo incorporado por art. 8° de la Ley N° 27.426 B.O. 28/12/2017. Vigencia: el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial)

Con el agregado del tercer párrafo se soluciona la duda existente sobre la necesidad o no de “cese” en la relación laboral.

Con exceso en las facultades reglamentarias el decreto 110/8 ha dispuesto:

Lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 253 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, también es aplicable

al trabajador titular de la Pensión Universal para el Adulto Mayor, establecida en la Ley N° 27.260.

Por lo tanto el cómputo de la antigüedad a los efectos del pago de las indemnizaciones laborales se efectuará desde el otorgamiento del beneficio de jubilación ordinaria o desde que el trabajador es titular de la llamada Pensión Universal para el adulto mayor, transformada en una pensión asistencial para “pobres de toda pobreza”, incompatible con la actividad dependiente, según la ley 27.467 que estableció:

ARTÍCULO 37.- Incorporárase como último párrafo del artículo 13 de la ley 27.260, el siguiente:

Artículo 13.- La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) en forma previa al otorgamiento de la prestación realizará evaluaciones socioeconómicas y patrimoniales sobre la base de criterios objetivos que fije la reglamentación, a fin de asegurar el acceso a las personas que presenten mayor vulnerabilidad.

ARTÍCULO 38.- Sustitúyese el artículo 16 de la ley 27.260, por el siguiente:
Artículo 16.- El goce de la Pensión Universal para el Adulto Mayor es incompatible con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia o por cuenta propia, excluyendo en este último caso a los contribuyentes adheridos al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes que estén inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social del Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Conclusión

Por todo lo expuesto concluimos que el derecho de la seguridad social constituye parte integrante de la relación laboral y su mentada autonomía no es más que una forma de enseñanza o una distribución de competencias en un fuero, pudiéndose aseverar que la ampliación de los sujetos protegidos es el único punto de diferenciación entre ambos derechos. Sin perjuicio de ello, no cabe duda que el derecho del trabajo, como derecho social, constituye un módulo normativo sólido y único con el derecho de la seguridad social.

PROBLEMAS CENTRALES EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS Y LAS CONTROVERSIAS LABORALES

POR CARLOS ALBERTO ETALA¹

A partir del fenómeno social básico que constituye el sustrato material de las normas del derecho del trabajo, este es, la prestación por parte de ciertas personas de su fuerza de trabajo bajo la dependencia de otras a cambio de una remuneración, las distintas disposiciones que a él se refieren consideran aspectos diferentes. Por un lado, existen normas que rigen la relación que se establece entre un trabajador y un empleador individualmente considerados y sobre la cual se elabora doctrinariamente la teoría del contrato de trabajo y, por otro, surgen normas que se refieren a las relaciones que vinculan a un empleador o un grupo de empleadores con los grupos de trabajadores o las organizaciones que los representan. Como es sabido, el primer conjunto de normas constituye el contenido del derecho individual del trabajo, el segundo, el del derecho colectivo del trabajo.

Para distinguir entre conflictos y controversias del trabajo habrá que recordar que en el Tercer Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en La Plata en el año 1965, en la Comisión presidida por el recordado maestro Enrique Fernández Gianotti, se definió el “conflicto de trabajo” como “cualquier desinteligencia con relevancia jurídica, que se produzca en las relaciones enmarcadas por el derecho del trabajo, en sus dos ramas, la individual y la colectiva”. En cuanto al concepto de “controversia”, el maestro español Guillermo Cabanellas de Torres, quien viviera en la Argentina y falleciera en nuestra Ciudad de Buenos Aires en 1983, propuso que se distinguiera entre “conflicto” y “controversia” porque esta distinción intentaba reflejar etapas diferentes en el decurso de la desinteli-

¹ Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 25 de abril de 2019.

gencia laboral. Mientras la expresión “conflicto” –según esta perspectiva– debía aplicarse para designar las pugnas que se producen en las relaciones laborales reveladoras de posiciones antagónicas que, teniendo su origen en intereses opuestos, conducen necesariamente a una actitud de lucha, la expresión “controversia” aplicada a las relaciones del trabajo, era indicada para designar una etapa distinta del conflicto, pues, mientras en éste, la pugna existe, en la controversia hay un punto de coincidencia, que consiste precisamente en que las partes antagónicas entran en discusión. Se entra en el terreno de la controversia no bien las partes en conflicto se ubican en el plano del razonamiento, aceptan un orden de discusión, lo cual presupone una disposición favorable al cese de la disensión.

Partiendo de la aceptación del concepto de “controversia”, este concepto sería aplicable –de manera típica– al proceso judicial en el que un trabajador –con fundamento en normas que respaldan su pretensión– demanda a su empleador en virtud de un contrato o relación de trabajo, y reclama, bien el pago de salarios adeudados o el de las indemnizaciones por despido, caso usual en el derecho individual del trabajo y también en el llamado “derecho colectivo del trabajo” en el que operan los grupos de trabajadores organizados en sindicatos, que, por ejemplo, habiendo desencadenado un “conflicto abierto” ejecutando de hecho una medida de acción directa, que podría ser, en primera instancia ilegal, por ejemplo, un paro con ocupación del establecimiento, se avienen, –previa intimación de la autoridad administrativa del trabajo al cese de las medidas de acción directa decretadas– y a encauzar la discusión por la vía de la negociación, encuadrando el conflicto, en el marco de las instancias, obligatoria de conciliación y voluntaria del arbitraje, previstas en la ley 14.786 de 1959, para la solución del conflicto por la vía de la “controversia”, aceptando un orden de discusión lo que supone una disposición favorable de ambas partes para la cesación del conflicto, bien a través de una negociación que desemboca en un acuerdo conciliatorio, bien a través de un “laudo” arbitral dictado por un tercero ajeno al conflicto pero designado de común acuerdo por ambas partes.

Pasaremos, ahora, a centrar nuestra especial atención en las controversias individuales del trabajo que se entablan ante los jueces con competencia en lo laboral entre un empleador y uno o más trabajadores.

Para emprender este análisis haremos uso de conceptos que fueron y son utilizados muy fecundamente por quienes nos dedicamos a explorar las más modernas tendencias en materia de teoría general del derecho. Ante

todo, debo referirme al vuelco fundamental dado en el año 1950 por la conferencia brindada por el jurista alemán Theodor Viehweg, cuyas ideas centrales fueron recogidas posteriormente en su obra “Tópica y jurisprudencia” en la que expone y destaca su visión del derecho como “problema” en contraposición a la perspectiva que aprecia el derecho como “sistema”, concepción esta última expresada típicamente por el normativismo de Hans Kelsen. La visión de Viehweg se acerca mucho más a la realidad efectiva del derecho porque tanto el abogado que recibe a un cliente en su bufete como el juez que debe abocarse al estudio de un expediente judicial, ambos se encuentran urgidos a resolver un “problema” con los instrumentos que les provee el derecho, entre ellos –desde luego–, los del sistema normativo pero que se complementan con los otros recursos argumentativos que les proporcionan las demás fuentes del derecho o los criterios de objetividad en que los jueces fundan sus decisiones. A la concepción de Viehweg cabe agregar, entonces, a los seguidores de la “teoría de la argumentación jurídica” que es tributaria principalmente de la labor creadora de Chaim Perelman, profesor polaco que enseñara en la Universidad de Bruselas y de Robert Alexy, profesor alemán en la Universidad de Kiel.

A esos aportes debemos sumar los conceptos de “regla”, “principios” y “directrices” que tuvieron su origen en la obra del jurista norteamericano Ronald Dworkin, titulada en inglés *Taking rights seriously* (traducida como “Los derechos en serio”), profesor que sucediera al británico Herbert Hart en la cátedra de la Universidad de Oxford. Según esta distinción, las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas, o sea, a la manera del todo-o-nada. Si los hechos que estipula la regla están dados, o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Para Alexy –que también acepta esta distinción–, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Concuera en que su aplicación es una cuestión de todo o nada. Las reglas no son susceptibles de “ponderación” y tampoco la necesitan. La “subsunción” es para las reglas la forma característica de aplicación en el Derecho. Esta característica típica tiene vinculación con otra distinción que se ha formulado y aceptado usualmente en el campo de la teoría general del derecho entre los llamados “casos fáciles” y los “casos difíciles”.

Los “principios”, en cambio, para Dworkin no operan como las “reglas”. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión

del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las reglas no tienen esta dimensión.

Para Alexy, en cambio, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo que define a los principios como “*mandatos de optimización*”, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. Cuando el Capítulo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Art. XIV.- establece que “*Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo*” y agrega que: “*Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*”, está sentando una “directriz política” en el sentido que le da Dworkin a la expresión *policy* y es más cercano al concepto de “principio” de Robert Alexy como “mandato de optimización” en cuanto la autoridad pública está obligada a su cumplimiento en la mayor medida posible, tomando en cuenta no sólo las posibilidades jurídicas sino también las fácticas.

Que los principios existen no cabe la menor duda puesto que están mencionados de manera expresa en normas tanto constitucionales como legales. Ante todo, la Constitución Nacional se refiere a los “principios”. En efecto, el art. 28 C.N. expresa que “Los *principios*, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos [se refiere a las “Declaraciones, derechos y garantías” del Capítulo I de la Parte Primera de la Constitución Nacional], no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y el art. 33 C.N. prescribe: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del *principio* de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Asimismo, la denominación de “principios generales del derecho del trabajo” está claramente incluida en el derecho positivo argentino por el

art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo” (L.C.T.) que los menciona juntamente con el principio “de la justicia social” como uno de los “principios de interpretación y aplicación de la ley”, tal como reza la rúbrica o epígrafe del mismo artículo. Desde luego no se trata de la única mención de los “principios” que registra nuestro ordenamiento jurídico. El art. 2º del Código Civil y Comercial también incluye a “los principios” como uno de los elementos a tener en cuenta por los operadores jurídicos para interpretar la ley. Desde luego, es posible, que en todos estos ordenamientos el vocablo “principio” no esté utilizado con el mismo significado jurídico.

La mención del art. 11 de la L.C.T. sobre los “principios generales del derecho del trabajo” no contiene, desde luego, ni una definición ni una enumeración de estos “principios generales del derecho del trabajo”, lo que ha dejado tanto esta caracterización como “directiva interpretativa” como la enunciación de estos principios, a la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia. Aunque no existe unanimidad entre los autores, lo cierto es que existe un cierto consenso básico en la siguiente enumeración de los “principios generales del derecho del trabajo”: 1) el principio protectorio; 2) el principio de continuidad, subsistencia o preservación del contrato de trabajo; 3) el principio de primacía de la realidad; 4) el principio de razonabilidad; 5) el principio de buena fe; 6) el principio de trato igual y no discriminación; y 7) el principio de indemnidad. Asimismo, no existe discrepancia en señalar como el principio de mayor importancia al que deriva directamente de la Constitución Nacional, que es el principio protectorio en tanto el art. 14 bis de la Carta Magna comienza diciendo que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”*, luego de lo cual el legislador constitucional pasa a enumerar los llamados “derechos sociales”.

La colisión entre “principios” y también entre “derechos” debe resolverse a través de la “ponderación” que significa analizar cuál de los “principios” o “derechos” tiene un mayor “peso específico”. Un ejemplo típico del derecho colectivo del trabajo nos ayudará a esclarecer esta cuestión. La colisión que se produce entre ciertos tipos de ejercicio del derecho de huelga como la “huelga con ocupación de establecimiento” y la “huelga o paro de brazos caídos” y el derecho de propiedad de la empresa o establecimiento del empleador exige esta “ponderación”. Es obvio que la huelga con ocupación del establecimiento no puede tolerarse porque es una clara afectación del derecho de propiedad del empleador, puesto que, –por de-

finición—, ese tipo de huelga resulta ilegítima en tanto excede el límite de la jornada de trabajo y su ejecución puede —de esta forma— configurar la comisión del delito de usurpación. En cambio, la huelga o el paro de brazos caídos exige una definición más fina; en efecto, mientras la huelga o el paro de brazos caídos se desenvuelve durante la jornada laboral en el establecimiento del empleador, puede considerarse legal mientras se desarrolla en forma pacífica pero adquiere el carácter de ilegal no sólo cuando se desenvuelve acompañada de actos violentos, sino también cuando intimada por el empleador la desocupación del establecimiento en razón de que los trabajadores no se encuentran prestando tareas, y desoyen esa intimación resistiendo el requerimiento del propietario de la empresa, la medida se transforma automáticamente en una acción directa ilegítima.

En otro orden de cosas, es interesante abordar el análisis de la distinción que se ha hecho en el ámbito de la teoría general del derecho, entre los “casos fáciles” y los “casos difíciles” porque ella permite afrontar la consideración de los medios de solución de estas distintas clases de controversias. Ejemplos tomados del derecho individual del trabajo nos permitirán apreciar con claridad esta diferencia.

El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) determina que en los casos de despido del trabajador sin justa causa, el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización tarifada cuyas pautas de determinación están fijadas en el mismo artículo. Este es un claro ejemplo de caso “fácil”. ¿Por qué? porque no existen problemas ni con la premisa normativa ni con la premisa fáctica y, para el juez, justificar la decisión significa simplemente realizar un razonamiento deductivo, vale decir, aplicar la “lógica de la subsunción”, esto es, utilizar un “silogismo judicial” en el que la premisa mayor está constituida por la norma que prescribe que en los casos de despido sin invocación de causa o de justa causa, el empleador debe abonar una indemnización tarifada; la menor que da por comprobado fácticamente que el Empleador A ha despedido al Trabajador B sin invocación de justa causa, y la conclusión del Juez es la que imputa al Empleador A la consecuencia jurídica, o sea la condena a abonar al Trabajador B la indemnización tarifada prevista en el ya citado art. 245 de la L.C.T.

Muy distinto es el supuesto de los llamados “casos difíciles”, en los que, en contraposición con los “casos fáciles”, no es suficiente aplicar simplemente la “lógica de la subsunción”, sino que en su fundamentación el juez deberá recurrir a todo el abanico de recursos que le proporciona la

teoría de la argumentación jurídica. Ante todo pueden surgir dificultades para identificar el problema por resolver, que pueden ser, por ejemplo, problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál es la norma que resulta aplicable al caso; existen también problemas de interpretación tanto de los hechos como de la inteligencia que cabe otorgar a las palabras o a la sintaxis de la norma o normas aplicables al caso; problemas de prueba cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; problemas de calificación o de valoración, cuando surgen dudas sobre si un determinado hecho –cuya ocurrencia no se discute– encuadra o no en el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

Dos ejemplos, tomados también del derecho individual del trabajo, nos servirán para ilustrar las dificultades que presentan estos “casos difíciles”. Uno puede ser representado por el caso en que se discute la existencia o no de un contrato de trabajo, situación de la que puede derivar tanto una sentencia de condena a abonar al trabajador las indemnizaciones legales por despido arbitrario, salarios adeudados, indemnizaciones por falta de registro de la relación laboral, etcétera, o bien al rechazo de las pretensiones contenidas en la demanda. En este caso se trata de indagar por el juez si se ha acreditado por parte del trabajador la situación de “dependencia” que como nota característica del contrato o relación de trabajo prescribe la Ley de Contrato de Trabajo. Que la definición del concepto de “contrato” y “relación” de trabajo esté cifrado en un vocablo de tal grado de vaguedad como “dependencia” hace aplicable en forma analógica la misma metáfora esclarecedora que empleara Genaro Carrió para explicar los alcances del significado de la vaguedad de las palabras del lenguaje natural u ordinario. Existe un foco de intensidad luminosa bajo el cual se agrupan los ejemplos típicos, aquéllos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante en la que caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una “zona de penumbra” sin límites precisos. Paradójicamente, ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Exactamente lo mismo ocurre con la determinación de la existencia de la “relación de dependencia” que define al contrato o relación de trabajo.

No obstante, en este caso, el trabajador estará auxiliado por la presunción *iuris tantum* establecida por el art. 23 de la L.C.T., que, en su primer

párrafo, establece: *“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario”*. La jurisprudencia vigente ha considerado, con distintos alcances, como acreditadas estas “circunstancias”, “relaciones” o “causas”, que desvirtúan la existencia de un contrato o relación de trabajo, cuando se trata de trabajo familiar, trabajo de religiosos, trabajos benévolos, amistosos o de buena vecindad, trabajo voluntario, trabajo “amateur” y trabajo autónomo. Pero, además, el segundo párrafo del mismo art. 23 de la L.C.T., agrega: *“Esa presunción operará igualmente cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”*. Son dos nuevas situaciones que entran en el terreno de los “casos difíciles” de dilucidar porque el juzgador deberá desentrañar cuándo la invocación de un contrato de servicios, de obra, de locación de cosas, de concesión, de distribución, de transporte, de agencia, de representación, de mandato, de sociedad (en sus diversos tipos societarios), resulta una afirmación genuina y cuándo se trata de una mera apariencia, ardid, estratagema o simulación, para configurar un verdadero fraude laboral destinado a encubrir una evasión total de la normativa laboral y de la seguridad social.

Dentro de esta temática es necesario recordar que tanto el art. 21 de la L.C.T. que define el “contrato de trabajo”, como el art. 22 del mismo cuerpo legal que define la “relación de trabajo”, utilizan como palabra clave para conformar ambas definiciones el vocablo “dependencia”, despojada de toda otra caracterización relevante, dejando librada su explicitación tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de los tribunales, los que han orientado su interpretación distinguiendo varios tipos de dependencia: la “dependencia jurídica”, la “dependencia económica” y la “dependencia técnica”.

En la configuración de la noción de “dependencia” y en la atribución del valor o significación práctica a cada uno de los tipos de dependencia no sólo se ha producido una variación histórica sino que analizando la práctica judicial se ha comprobado que no es la única noción o concepto que ha sido utilizado por los jueces para resolver las controversias concretas sino que muchas veces han sido usadas otras perspectivas, enfoques o concepciones.

Tal es el caso, por ejemplo, de la noción de “incorporación” o de “inserción” del trabajador en un establecimiento total o parcialmente ajeno,

que lleva consigo o determinaría el carácter del trabajo prestado como dependiente o heterónimo. Sin embargo, en las situaciones concretas podrían generarse dudas sobre si esta incorporación o inserción se produce efectivamente y también si ella tiene un carácter laboral o no laboral.

Otro de los criterios que se han esbozado –tanto por la doctrina como en la jurisprudencia– para determinar la existencia de una situación de dependencia es si en la vinculación que une a las partes, quien aparece como empleador será aquél dotado de la potestad –que puede ejercer por sí o por medio de sus representantes– para sustituir, cuando lo creyere conveniente, la voluntad del trabajador por la suya propia.

También entre los casos “difíciles” está –en el ámbito del derecho individual del trabajo– y referido a la terminación del contrato o relación de trabajo, el referido a la “justa causa” de despido, tanto el directo, que decide el empleador como el indirecto, el que dispone por propia decisión el trabajador. A este respecto, el art. 242 de la L.C.T., prescribe en el primer párrafo: *“Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”*.

Una primera dificultad se presenta en la circunstancia de que, si bien en el Capítulo de la Ley de Contrato de Trabajo, titulado “De los derechos y deberes de las partes”, se encuentran enumerados derechos y deberes recíprocos, la enumeración no resulta exhaustiva porque el art. 62 de la L.C.T. bajo el epígrafe de “Obligación genérica de las partes”, expresa: *“Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo 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”*. Resulta claro que esta disposición genérica, para su aplicación, no es susceptible que su contenido sea sometido a la “lógica de la subsunción” que convertiría el problema interpretativo de esta norma en un “caso fácil”. Por el contrario, existen en esta disposición, “comportamientos” debidos que no están expresamente mencionados en las normas de la ley, pero que son “consecuencia” del contrato y que no solo resultan de lo estrictamente convenido por empleador y trabajador, sino que surgen de ciertos deberes “implícitos” que no necesariamente emergen del contrato de trabajo y de la ley que lo regula –o sea,

la L.C.T., sino también de otras normas como los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, pero, además, todos ellos, apreciados “*con criterio de colaboración y solidaridad*”.

Asimismo, debe destacarse que el mismo art. 242 de la L.C.T. impone que no cualquier inobservancia contractual constituye una “justa causa” de despido sino que debe tratarse de un incumplimiento contractual calificado, en tanto se requiere que la inobservancia configure “*injuria*”, que “*por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación*”, lo que exige que se haya causado una grave ofensa o perjuicio a la parte agraviada, agravio que puede ser tanto en el plano material o patrimonial como en el moral. En el segundo párrafo del mismo artículo 242 de la L.C.T., se expresa que: “*La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso*”. Nuevamente la ley exige una “valoración” o “calificación” de los jueces sobre el carácter de la inobservancia que debe ser grave lo que excede notoriamente la aplicación de un simple silogismo judicial, puesto que ello exige una actividad evaluativa del juez según las modalidades y circunstancias personales en cada caso concreto, lo que requiere indagar y evaluar sobre la duración de la relación, el medio en que ella se ha desarrollado y el comportamiento de las partes han observado a lo largo de la vinculación.

Asimismo, quiero destacar una disposición normativa, la del art. 11 de L.C.T. que se refiere en su rúbrica a los “Principios de interpretación y aplicación de la ley” y, que, en su texto, expresa: “*Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe*”. Robert Alexy ha sostenido en sus principales obras lo que se ha constituido en la tesis central de su concepción, esta es, que el discurso jurídico debe considerarse un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Asimismo, ha afirmado categóricamente que todo ordenamiento jurídico tiene una pretensión de corrección y que todo ordenamiento jurídico que no tenga pretensión de corrección es un ordenamiento deficiente. El art. 11 de la L.C.T. revela precisamente el contenido ético que fundamenta el derecho del trabajo en cuanto la interpretación y aplicación de sus normas debe inspirarse en ciertos principios y valores como la justicia, la equidad y la buena fe.

Pero ha sido un último factor el que ha incidido decisivamente en la transformación de las controversias laborales en un grado creciente en “casos difíciles”. Las indemnizaciones tarifadas del derecho del trabajo, fueron originariamente creadas con la finalidad de permitir al empleador –necesariamente un empresario– calcular con certeza el costo de producción de la mano de obra de su industria o el costo laboral de los servicios que presta. Esta finalidad originaria se ha visto amenazada clara y progresivamente por una concepción doctrinaria primero, luego transformada en práctica jurisprudencial, que aprecia que dichas indemnizaciones tarifadas, pueden ser superadas en ciertos casos –que fueron creciendo exponencialmente– en los que eran susceptibles de acrecentamiento por los daños y perjuicios del derecho común. Una primera versión de esta concepción doctrinaria y jurisprudencial proviene de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual entendiendo esta corriente interpretativa que las indemnizaciones tarifadas constituían un resarcimiento derivado de la responsabilidad contractual pero que cabía reconocer una indemnización por daño moral en aquellos casos excepcionales en que la medida de despido fuera acompañada por una conducta adicional que resultara civilmente indemnizable, aun en ausencia de un vínculo contractual. Esta primera versión nació vigente el derogado Código Civil, pero fue continuada con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación –que ha disuelto la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, con el reconocimiento de una indemnización por daño moral cuando el hecho que determina el despido fuese producido por una conducta dolosa del empleador o de sus dependientes, entendiéndose por “dolo” cuando el daño se ha producido de *“manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*, tal como lo determina actualmente el nuevo Código. A ello se agrega que la aplicación de la ley 23.592, llamada “Ley Antidiscriminatoria”, aprobada en 1988, ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicable a las relaciones del trabajo y, consecuentemente, en los casos de “despido discriminatorio” se habilita al trabajador damnificado para demandar judicialmente a su empleador se deje *“sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”*, tal como lo autoriza el art. 1º de la citada ley. Es evidente, entonces, que en las relaciones individuales del trabajo en las que se suscitan controversias judiciales los “casos difíciles” han superado actualmente de manera abrumadora los llamados “casos fáciles”, en los que se aplican sólo los procedimientos silogísticos simples de la lógica de la subsunción.

Hans Kelsen cita al jurista Gray quien haciendo suyas las palabras del obispo Hoadly decía así: “Aquél que tiene una absoluta autoridad para interpretar las normas jurídicas escritas o habladas, es en realidad el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente. Agregaba que “*A fortiori*, aquel que tiene una absoluta autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad el legislador” y concluía que “la forma en que una ley es impuesta a la comunidad como regla de conducta, es aquella ley tal cual, interpretada por los tribunales. Los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”. Esto nos permite llegar a la conclusión de que toda sociedad democrática se construye a partir de la capacidad intelectual, rectitud moral y transparencia en los procedimientos de quienes tienen el deber de impartir diariamente justicia y, desde luego, nuestra querida República no es –por cierto– una excepción.

EL CASO JANUS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: ALCANCES EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL E IMPLICANCIAS EN LA REALIDAD ARGENTINA

POR DANIEL FUNES DE RIOJA¹

I. Introducción

Como es sabido, las “cuotas sindicales” están a cargo de los trabajadores afiliados al Sindicato con personería gremial, y deben ser resueltas por asambleas sindicales de las que participen los propios afiliados (art. 20, inc. e y 37 de la ley 23.551).

Por su parte, las “contribuciones de solidaridad” son fijadas en los convenios colectivos de trabajo y se trata de “aportes” de carácter obligatorio a favor de una asociación sindical, que deben pagar todos los trabajadores alcanzados por una determinada convención colectiva. En otras palabras, el Sindicato con personería gremial puede percibir un aporte de todos los trabajadores a los que se les aplique la convención colectiva, se encuentren afiliados o no a la referida asociación sindical.

En la legislación argentina, este tipo de cotizaciones tienen fundamento normativo en el art. 9 de la ley 14.250 y los arts. 37, inc. a) y 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales (Ley 23.551) que reconoce el derecho de dichas asociaciones gremiales, a integrar su patrimonio con las denominadas “contribuciones de solidaridad”, con la consecuente obligación del empleador de actuar como agente de retención respecto de las mismas.

¹ Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2018.

En la Ley de Contrato de Trabajo, se refieren al tema los arts. 131 y 132, ya que el primero establece el principio de intangibilidad de la remuneración, señalando que no podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto del salario; mientras que el art. 132 señala como excepciones: "... c) el pago de cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de convenciones colectivas de trabajo...". Por su parte, el art. 133 del Régimen de Contrato de Trabajo, a efectos de evitar que se desvirtúe el principio de intangibilidad, establece un porcentaje máximo de retenciones, del 20 % sobre el monto total de la remuneración del trabajador.

Básicamente y a los efectos de justificar esta "imposición" –como veremos en la reseña jurisprudencial sobre el tema– se invoca la "gestión sindical" que conlleva la celebración de un Convenio y deriva en los logros, avances o aumentos, obtenidos en la negociación por parte del Sindicato que terminan beneficiando a todos los trabajadores comprendidos en la respectiva convención colectiva, afiliados o no.

Como señala Eduardo Omar Schiel, la constitucionalidad de estas cotizaciones ha sido objeto de cuestionamiento por implicar una vulneración al derecho de no afiliación (libertad sindical negativa individual), además de una violación al derecho de propiedad.

Sin embargo –agrega–, y aun suponiendo su validez, tal aporte debería estar sujeto a ciertas condiciones que la jurisprudencia ha ido estableciendo: 1) Que sean razonables, por lo que se ha sostenido que debe ser un importe inferior que la cuota sindical, a fin de no comprometer el derecho de libertad de no afiliación y 2) Que no sea ultraactivo, es decir que su vigencia no exceda a la del convenio..."².

El Convenio N°87 de la OIT (de los llamados Convenios fundamentales) consagra el derecho de los trabajadores y empleadores de constituir libremente y sin interferencia del Estado, las asociaciones que representen sus intereses y del mismo modo el derecho de los trabajadores de afiliarse o no afiliarse³.

² En *Aportes y contribuciones a las entidades sindicales* de Eduardo Omar Schiel, disponible en <https://www.cronista.com/fiscal/Aportes-y-contribuciones-a-las-entidades-sindicales-20181112-0004.html>

³ *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, Octava Reunión, 1994, p. 49 y sgtes.

Así, Guillermo Cabanellas ha sostenido que: “Si el obrero o el patrono es libre de sindicarse, lo es totalmente; porque aquí no caben términos medios. El derecho de asociación significa que tanto obreros como patronos pueden crear sus propias organizaciones, darles vida, regirlas, reglamentar su eficacia, proveer a su sostenimiento; todo ello dentro de los límites legales, absolutamente indispensables para el mantenimiento del orden público”⁴.

No obstante, el Comité de Libertad Sindical, estimó que este tipo de contribuciones no son incompatibles con lo dispuesto por el Convenio Nro. 87 (“Libertad Sindical y Negociación Colectiva”, Conferencia Internacional del Trabajo, Octava Reunión, 1994, p. 49 y sgtes.). Dicha postura encuentra reparos en aquellos que sostienen que el referido Convenio al contemplar el derecho de afiliarse o no afiliarse, se vería comprometido si se da la obligación de sostener un Sindicato al que no se está afiliado.

II. Evolución jurisprudencial en Argentina

1. Tal como se ha señalado precedentemente, en nuestra realidad normativa y jurisprudencial, mayoritariamente –hasta ahora– prevalece la posibilidad de acordar, en el marco de la concertación sectorial, a través de los convenios colectivos de trabajo, cláusulas que impongan cotizaciones a los trabajadores no afiliados a la organización sindical, tal como señala J. Rodríguez Mancini en “Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional” LL, p. 55 y ss., basándose en que se justifican por el efecto “erga omnes” sobre los contratos de trabajo de los dependientes no afiliados.

2. Según tal doctrina y jurisprudencia en el mismo sentido, es considerada razonable una contraprestación por esa “suerte de gestión de negocios de carácter legal”, que implica para la entidad una labor y un costo según fallo C. Nac. Trab. sala 10^a, SD 13165 del 2/11/2004 “Espíndola, Carlos y otros c. Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y otro s/amparo”).

3. Sin embargo y en un caso particular, el fallo de Primera Instancia (Juzgado N° 14) (firme) dictado por el Dr. Eduardo D. Echazu en la cau-

⁴ Cabanellas, Guillermo, *Derecho Sindical y corporativo*, Buenos Aires, 1959, p. 161.

sa “Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines c. Rex SRL del 11.8.1967 (El Derecho, Tomo 22, página 46) del 11 de agosto de 1967 se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 8, último apartado de la ley 14250, en cuanto estableció que las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, eran válidas no solo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención.

Se discutía si los arts. 19 y 34 de los convenios colectivos en cuestión eran de aplicación a los trabajadores a domicilio de la demandada “no afiliados”, que se habían opuesto –por nota a su empleador– al descuento y retención de dicha cotización sobre sus haberes.

El referido art. 19 establecía una obligación patronal de aportar mensualmente a la Obra Médico Social del sindicato (sobre las retribuciones supeditadas a aportes jubilatorios) mientras que el art. 34 decidía la retención sobre los haberes del personal “del importe que resulte del aumento remunerativo, que corresponda por todos los conceptos al personal beneficiado por la aplicación de la presente convención colectiva...” a título de “contribución única”. En los ulteriores convenios colectivos, se convierte en la retención “del aumento resultante del primer mes de cada semestre”, y la misma “no podrá ser inferior al equivalente del aumento de dos quincenas”.

En el considerando 9° de la decisión judicial, se consagró que acceder al reclamo sindical importaría imponer la carga de una contribución o gravamen que no constituye el impuesto previsto en el art. 4 de la Constitución Nacional ni una tasa legítima o donación lícita y voluntaria, configurando más bien una confiscación de bienes, prohibida por el art. 17 de la Constitución Nacional en cuanto se privaría a las personas de un bien de su pertenencia en forma coactiva, sin causa ni razón lícita, porque con el art. 34 de la convención colectiva, se afecta directamente a los derechos de los trabajadores de asociarse con fines útiles, o no asociarse, según su voluntad; el derecho a elegir la “organización sindical libre y democrática”, que prefieran; además del derecho a la propiedad de disponer para sí de la “retribución justa”, ganada con su trabajo personal (art. 14, Constitución Nacional).

Agrega que: “...si bien el ejercicio del derecho de celebrar convenios colectivos de trabajo está protegido por la Constitución Nacional, en cambio el uso abusivo del mismo, con estipulaciones antijurídicas, en perjuicio directo a los trabajadores no afiliados al sindicato único y a los emplea-

dores con referencia a los mismos, constituye la negación de los derechos aludidos, que por lo mismo carece de la protección jurídica otorgada a la facultad de su ejercicio legítimo por el art. 14 de la Constitución Nacional”.

Como consecuencia de ello concluye que, en virtud del derecho a la integridad del salario justo, tutelado por el art. 4 de la ley 11.278 –no podrá deducirse, retenerse o compensarse indebidamente por el empleador–, pues los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional prevalecen sobre la disposición inconstitucional del art. 8º, último apartado de la ley 14.250, e impiden la retención de sus haberes, aludidos en el art. 34 de los convenios colectivos del gremio, a los trabajadores no afiliados a la entidad actora. Las razones expuestas anteriormente, también llevan a declarar la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 14.250, con relación al art. 19 de los convenios colectivos citados, y por las contribuciones sobre el personal no afiliado...” y así como que “... el derecho de propiedad que la Constitución Nacional garantiza, surge inconciliable con el reclamo de la entidad actora, dadas las circunstancias comprobadas y con el desapoderamiento de los salarios y sumas de dinero cuestionadas, a título de contribuciones obreras y patronales, por el personal no afiliado a la actora, ya que esas remuneraciones son incompatibles con cualquier especie de gravámenes forzados e ilícitos, que se establezcan en los convenios colectivos del gremio, sea cual fuera la concepción económica a que responda dicha carga, y aun cuando se sostenga que provienen de la voluntad, de la asamblea sindical, a la que no pertenecen los trabajadores de la demandada, por categórica voluntad de exclusión propia”.

Por otro lado, afirma que “cuando como en el presente caso, los trabajadores han manifestado su oposición a que se les practiquen las retenciones, no puede desconocerse la procedencia del argumento constitucional, fundados en principios de evidente economía procesal y en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional”.

Distinto sería –agrega– el caso si los trabajadores no manifiestan oposición, porque dentro de la libertad de agremiación, está implícito el derecho de contribuir voluntariamente con destino a las asociaciones que crean convenientes, aun no estando afiliados”.

Carlos Francisco Echezarreta en su artículo titulado “Las contribuciones compulsivas de no afiliados a los sindicatos” (ED, 1968, Tomo 22, páginas 46 a 50) sostiene consintiendo que: “La facultad de imponer con-

tribuciones compulsivas, compete al Congreso Nacional y a los poderes locales, de acuerdo a las distintas competencias que determina la norma fundamental; pero nunca es atribución de un ente particular, porque es privativa del poder público e indelegable, además de que requiere expresamente sea ejercitada en actos de ley formal”, para concluir en que: “La desviación de parte del salario dispuesto unilateralmente por una asociación profesional a la cual no se pertenece, significa un ataque a esa libertad –de afiliación–, lo que se hace más evidente si pensamos que de ese modo se coarta la posibilidad de que los trabajadores constituyan nuevas asociaciones profesionales a las cuales deberán fortalecer también de ese modo pecuniario, más aún en su nacimiento”.

4. Ya en autos “**Pablo Luciano Potenze c. Federación de empleados de comercio**”, del 12 de abril de 1972, la Corte había establecido que: “No procede el recurso extraordinario contra la sentencia que rechaza la demanda tendiente a obtener el reintegro del aporte del 1 % mensual percibido por la Federación de Empleados de Comercio si, como en el caso ocurre, el apelante no impugnó válidamente el fundamento de que la entidad gremial sustenta su derecho en las convenciones colectivas invocadas, ni desconoce que los fondos así recaudados tienen un destino específico, a saber, el sostenimiento de servicios sociales que benefician a todos los trabajadores del gremio, estén afiliados o no; ni alega tampoco, que la contribución sea autónoma e independiente de otras previsiones sinalagmáticas de interés común que rigen la actividad, por lo que cabe entender que la contribución cuestionada integra el conjunto de estipulaciones generales de las que resulta el mérito y la eficacia del convenio colectivo que determinan las condiciones de trabajo”.

“La impugnación de leyes con fundamento constitucional no puede formularse en forma abstracta. En consecuencia, la tacha del art. 8 de la ley 14.250, con base en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, debe ser considerada en relación con las 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 caso, han sido establecidas en la ejecución de un convenio homologado que contempla solidariamente el interés de todos los trabajadores del gremio y al que se ajustan sus contrataciones individuales, pertenezcan o no a la entidad promotora”, agregando que “es del caso señalar que el apelante no impugna el pronunciamiento recurrido en cuanto éste afirma que el derecho

de la accionada a percibir los aportes en cuestión deriva de las convenciones que ella invocó en el responde; ni desconoce tampoco que los fondos así recaudados tienen un específico destino –fijado en el art. 39 del convenio colectivo N° 40/61 y sus sucesivas actualizaciones–, a saber, el sostenimiento de los servicios sociales que presta la demandada a todos los trabajadores, inclusive los no afiliados”.

“Que, siendo ello así, la impugnación constitucional de la ley 14.250, con base en los arts. 14 y 17 de la Ley Suprema, que se aduce en la especie, no puede ser considerada como abarcando al precepto “in totum”, sin riesgo de llegar, a la postre, a una decisión de alcances abstractos. ‘Sólo cuadra entenderla, pues, en relación con las 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”.

“Que, en tales condiciones, resulta de aplicación al “sub examen” lo que esta Corte ha resuelto reiteradamente en el sentido de que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, con participación en sus beneficios, sin reserva alguna –que no la hubo en la especie ni consta en autos, como antes se dice–, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (Fallos: 255 : 216; 270 : 26; 271 : 183; 274 : 96; 275 : 256; causa C. 247-XVI, “Casañas, Miguel c/ Caja Forense 1 Circunscripción s/ cobro de pesos”, fallada el 26 de mayo de 1971)”.

Como comentario de nuestra parte sobre este precedente, cabe consignar que la fundamentación es excesivamente “genérica” y se presume en el fallo “el criterio de solidaridad” pese a la falta de remisión y justificación específica a los propios “fines y objetivos” de la presunta solidaridad invocada.

5. Incluso, y también de manera “genérica”, otros precedentes de la Justicia del Trabajo consideraron que: “...el aporte de solidaridad no halla fundamento exclusivo en la retribución de gestión de un convenio colectivo de trabajo, sino que aprehende el sostén de múltiples funciones que con exclusividad la ley argentina acuerda a las asociaciones sindicales con perso-

nería gremial. Ello sin perjuicio de que no existen elementos contundentes que permitan sostener que sea palmariamente irrazonable el porcentaje del salario pactado en el acta cuya invalidez se pretende. No sólo porque la ley positiva no fija límites cuantitativos sino porque no se postuló que igualara el importe de la cuota de afiliación”. (C. Nac. Trab. sala 8ª, SD 35.965 del 13/3/2009 “Comisión Gremial Interna del Banco Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional y otros s/ acción de amparo”).

6. En igual sentido se habían expedido varias salas del Fuero: C. Nac. Trab. sala 3ª, SD 88.569 del 8/3/2007 “Antonucci, Juan c. Estado Nacional s/ amparo”; C. Nac. Trab. sala 8ª SI 27.590 del 27/11/2006 “Vidal, Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo s/ acción de amparo”; C. Nac. Trab. sala 6ª SD 59.852 del 28/9/2007 “Unión del Personal Civil de la Nación UPCN c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/ cobro de aportes o contribuciones”; C. Nac. Trab. sala 5ª SD 70.367 del 28/12/2007 “Martínez Buisan, Christian R. c. Sindicato Argentino de Televisión s/ acción de amparo”; entre otros.

7. Por su parte, en el fallo plenario N° 305 en los autos “**Federación Obrera Ceramista de la República Argentina c/Cerámica San Lorenzo ICESA**” de la Cámara Nacional del Trabajo de fecha 22/10/2003 se concluyó en que: “lo relevante...gira en torno de la incorporación de los trabajadores no afiliados como sujetos pasivos de la obligación creada por la autonomía colectiva” y se justifican, porque los logros y avances en las condiciones de trabajo, obtenidas por la asociación sindical con personería gremial, se extienden, por el efecto “erga omnes” sobre los contratos de trabajo de los dependientes no afiliados (ver, asimismo, Krotoschin, Ernesto: “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” - Depalma - 1977 - T. II - págs. 1556 y ss.), por lo que, se sostiene, es razonable exigirles una contraprestación por esa suerte de gestión de negocios de carácter legal, que irroga para la entidad una labor y un costo”.

En consecuencia, el Tribunal –por mayoría– decidió que: “Está legitimada la Federación Obrera Ceramista de la República Argentina para exigir de los empleadores incluidos en el ámbito de la CCT 150/75 la retención y depósito de las contribuciones previstas por el artículo 63, incisos a) y b), respecto de los trabajadores sin afiliación sindical”⁵.

⁵ La Ley 31/10/2003, 5 - DJ 2003-3, 667 - DT 2003-B, 1674 - IMP 2003-B, 2608.

8. Como contrapartida, la Sala X de la Excma. Cámara del Fuero, ha dicho que “Si los accionantes en su carácter de trabajadores no afiliados al sindicato (UTEDYC), se encuentran obligados a contribuir con una suma de dinero inicialmente igual a la suma que en concepto de “cuota sindical” (2 %) deben aportar los trabajadores afiliados, de acuerdo al art. 41 del convenio 462/2006, y posteriormente algo sensiblemente menor (0,5 %), de forma permanente y que, además los trabajadores afiliados se encuentran eximidos de aquella contribución (de supuestos fines culturales, gremiales, sociales y de capacitación), se advierte la existencia bajo el ropaje de otro *nomen iuris*, de una “afiliación forzada o compulsiva”, en franca violación con las disposiciones del art. 4º, inc. b) de la ley 23.551 en cuanto determina el derecho de todo trabajador a afiliarse o no a determinada asociación sindical, puesto que con dicho aporte no solo retribuye la gestión llevada a cabo por el sindicato, sino que también contribuye, en igual medida que el afiliado, al sostén económico de una representación colectiva que, en el caso, no resulta de su agrado”. (C. Nac. Trab. sala 10ª SD 19473 del 24/02/2012 “Freytes, Juan y otros c. Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles UTEDYC s/ acción declarativa”).

9. En los autos “Acciapaccia, Gabriela y otros c. UTEDYC Unión de Trabajadores Entidades Deportivas y Civiles s/ acción de amparo” (sent. del 31/07/2012), la sala 8ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sostuvo que si bien las cláusulas solidarias eran constitucionales, específicamente la establecida en el art. 42.1 del CCT 462/2006 resultaba excesiva en el tiempo, reflejando una diferencia exigua de cotización entre el trabajador afiliado y el no afiliado, lo cual constituía una transgresión al principio de libertad sindical:

En concreto, la contribución solidaria por su dilatada proyección temporal y elevado importe implicaría una “compulsión” a la afiliación “de hecho”, con serio compromiso de la garantía de libertad sindical (derecho a no afiliarse).

10. También la sala 2ª, con voto del Dr. Maza se ha expedido en la materia, pero destacando que: “En el contexto expuesto, aun tomando en consideración los logros obtenidos por la entidad sindical en las negociaciones celebradas en los últimos seis años, considero irrazonable la contribución impuesta a los no afiliados en tanto no se ha demostrado que realmente se encontrara destinada a solventar ‘servicios a ellos dirigidos

que resulten ajenos al mero beneficio obtenido por la gestión negocial'. Agrega que, su incidencia económica no resulta ser ostensiblemente disímil a la que asumieran quienes voluntariamente se afiliaron al sindicato con otras expectativas, posibilidades, derechos, ventajas y/o beneficios." (C. Nac. Trab., sala 2^a, 31/08/2012, "Gaetan, Luis Alberto y otros c. Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles UTEDYC s/ acción declarativa").

En este último fallo, también se dispuso ordenar el cese de las retenciones para el futuro y la devolución de los importes deducidos por tal concepto desde el mes de julio de 2008 (la cláusula regía desde julio de 2006), pero sin cómputo de intereses compensatorios.

11. Sin lugar a duda, desde el punto de vista de la vía procesal para estos planteos, el fallo de la Corte Suprema en los autos: "Outon, Carlos José y otros s/recurso de amparo" del 29 de marzo de 1967 ha sido sumamente importante en la evolución de la jurisprudencia argentina en la materia toda vez que allí se consideró que hasta el 27 de diciembre de 1957, fecha en que se resolvió el caso Siri (Fallos: 239: 459), el recurso de amparo sólo se había admitido, en el orden nacional, para proteger la libertad cuando mediase detención, arresto o prisión ilegal de las personas.

A partir de entonces el amparo no se ha circunscripto a los tradicionales casos de hábeas corpus, sino que se extendió a otras situaciones que pudieran comportar ataques flagrantes, evidentes e insusceptibles de una reparación ulterior adecuada contra las garantías individuales que consagra la Constitución, porque dichas garantías integran –como lo dijo el Tribunal con palabras de Joaquín V. González– "el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".

Así que por medio de la interpretación de los textos constitucionales se reconoció la necesidad del remedio excepcional del amparo judicial no solamente cuando se halla en juego la libertad de las personas sino también cualquiera de las otras garantías individuales que consagra la Ley Suprema y esto habilita que –en el caso– haya un acceso a la vía judicial más clara y expedita.

12. Como sostuvo la Corte al fallar en el caso Kot: "Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera

a alguno de los derechos esenciales de las, personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo” (Fallos: 241: 291).

En el caso aludido, la cuestión planteada era que los trabajadores marítimos afectados pidieron amparo judicial para que se les restableciera el goce de los derechos de trabajar y agremiarse libremente, que estimaban violados por el decreto 280/64, reglamentario de la “Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza”. Consideraban particularmente lesiva de los derechos referidos la norma del art. 16, inc. b), del Reglamento aprobado por ese decreto, que exige como condición para inscribirse en la Bolsa contar con el carnet de afiliación sindical a la asociación profesional con personería gremial reconocida, lo que supone –dicen– la agremiación forzosa a un determinado sindicato y la negación del derecho de trabajar a quienes no se hayan sometido a tal exigencia.

El Sr. Procurador General, remitiéndose a lo sostenido por su antecesor en el cargo, al pronunciarse en la causa “Leguiza, Luis E. c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ recurso de amparo” (sentencia del 11 de marzo de 1966), consideró que debía hacerse lugar al amparo para la “tutela inmediata de los derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional (Fallos: 241 : 291 ; 245 : 435 ; 248 : 837 ; 249 : 221, 569, 670 ; 253 : 29, 35, etc.)” como lo es el de trabajar y agremiarse libremente.

13. En un fundado fallo de la sala 4ª, en los autos “**Espigare, Antonio R. y otros c. Unión Trabajadores de Entidades Deportivas Civiles U.T.E.D.Y.C. s/ Acción declarativa**”, del 29/11/2013, se resolvió la invalidez constitucional del art. 41 de la CCT 462/2006, en cuanto establecía una contribución de solidaridad a favor del Sindicato, por parte de trabajadores no afiliados, regidos por la referida convención de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles.

Allí, la Dra. Marino, en su voto aplicando un saludable criterio estricto de interpretación explica con mucha claridad cómo la cláusula 41.2 del CCT 462/2006 incurre en violación del principio de libertad sindical.

Señala al efecto, citando el Dictamen Fiscal General N° 55.339 del Dr. Álvarez: “... que las cláusulas de solidaridad sindical deben ser muy claras en su configuración, porque la interpretación de su alcance exige un crite-

rio sumamente restrictivo, en tanto no deben poseer un monto excesivo o una configuración temporal lesiva que, de manera ostensible, implique una carga destinada a lograr una compulsiva afiliación”.

“Se verifica ... que el aporte en concepto de “contribución solidaria” se descontó en forma continua y permanente desde la entrada en vigencia del CCT N° 462/2006 (julio/06) hasta el año 2011; vulnerándose de tal modo una de las condiciones exigibles para su validez, cual es la determinación temporal de su imposición, aspecto en el cual la doctrina y la jurisprudencia resultan pacíficas, por lo que no cabría extender la ultraactividad de la cláusula impugnada con sustento en la vigencia de aquéllos. Nótese que ninguna mención se efectúa con relación a la cláusula de solidaridad en los acuerdos salariales posteriores (ver fs. 167, 173 y 300) que permitan considerar la renovación de la voluntad colectiva en su imposición...”.

Concluye el fallo señalando la invalidez de la cláusula en cuestión por afectar derechos y garantías previstos en los arts. 14, 14 bis, 17, 19, 28 y 31 de la Constitución Nacional.

A diferencia del fallo de la sala 2^a de la Cámara, la sala 4^a condenó a la asociación sindical a reintegrar las sumas descontadas en concepto de “contribución de solidaridad” a los actores desde el mes de julio de 2006 en adelante, con más sus intereses desde que cada suma es debida; y resuelve declararla inaplicable en lo sucesivo, mientras se mantenga la situación jurídica analizada.

En cuanto a limitación en el tiempo, parecería lógico –aun suponiendo su validez– que las cláusulas de solidaridad deben encontrar un límite temporal que como máximo coincida con la vigencia del acuerdo y en cuanto a su monto con la proporcionalidad razonable entre la “cuota sindical” del afiliado y la “cuota de solidaridad” del trabajador no afiliado.

Pero –según nuestro punto de vista–, la cuestión de fondo sigue en pie: ¿no siendo afiliado, es constitucionalmente válido y justificable que se impongan “cuotas solidarias” que implican aportes “coactivos” o “compulsivos”?

14. En el **“Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Unión Personal de Fábricas de pintura y Afines de la R.A. e/ Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal”**, se alude a que ya por sentencia del 17 de junio de 2014 la “Corte había descalificado el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del

Trabajo que había mandado llevar adelante la ejecución promovida por la Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines R.A. por la vía prevista en la ley 24.642 con el fin de percibir los aportes ‘solidarios’ correspondientes a trabajadores no afiliados pactados en el Convenio Colectivo de Trabajo N° 86/89”.

Recuerda que “para así decidir, el Tribunal entendió que la Cámara se había apartado arbitrariamente de la solución normativa establecida en el art. 1° de la mencionada ley 24.642 según el cual ‘Los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a las mismas estarán sujetos al procedimiento de cobro que se establece por la presente ley’”.

Que “la Sala VII de la misma Cámara, tras entender que debía efectuarse una interpretación ‘amplia’ de la citada norma, extendió nuevamente su alcance a los aportes ‘solidarios’ de trabajadores no afiliados”.

Que el criterio por el cual, “el procedimiento de ejecución de aportes de trabajadores afiliados previsto en el art. 5° de la ley 24.642 puede extenderse a los aportes ‘solidarios’ de trabajadores no afiliados, se apartó claramente de lo establecido por este Tribunal en su anterior intervención y del expreso texto legal”.

En decisión que compartimos en sus fundamentos y alcance, se resolvió el 27 de septiembre de 2018, dejar sin efecto la sentencia que sostuvo, “sin mayor fundamento, que el procedimiento de ejecución de aportes de trabajadores afiliados previsto en el art. 5° de la ley 24.642 (vía de apremio o ejecución fiscal) podía extenderse a los ‘aportes solidarios’ de trabajadores de ‘no afiliados’”.

Con mucho énfasis y claridad, la mayoría sostiene que el pronunciamiento recurrido se apartó claramente de lo establecido por la Corte en su anterior intervención y del expreso texto legal que, al no exigir esfuerzo de interpretación ni presentar duda razonable, debió ser directamente aplicado, con excepción de la jueza Highton de Nolasco, quien, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibile en el caso (art. 280 CPCCN).

Según Ricardo Foglia “Una cuestión que siempre ha merecido especial atención del sistema sindical es la referida a su financiación. Una de las formas es a través de las cuotas que imponen forzosamente a los no

afiliados al gremio con el argumento de que son beneficiarios de la acción sindical. Estas últimas se denominan “cuotas de solidaridad”.

La ley les otorga a los gremios un privilegio que no tienen ningún otro particular del país: el de determinar unilateralmente, si la empresa debe cuotas de los afiliados y el monto de la deuda. Cuando la empresa no paga, el sindicato emite un título ejecutivo (una suerte de pagaré) para cobrar los importes que el propio sindicato dice que le adeudan.

Este privilegio de cobro fue ampliado, por obra de la jurisprudencia, a las cuotas de los no afiliados.

El problema es que resulta una práctica común que el título de la deuda no guarde relación con los datos reales de los salarios –sobre los cuales se calculan cuotas–, categorías, e incluso tampoco con la cantidad de trabajadores de la empresa”.

Foglia finalmente recuerda que “el alto Tribunal en su sentencia expresa que el texto de la ley es claro y no existe razón que justifique dicha práctica”⁶ y nosotros compartimos este criterio.

III. La jurisprudencia norteamericana en la materia

A) los principales antecedentes del “Caso Janus”

En *Abbot vs. Detroit* (1977 May 23 - 431 US 209) se destaca que la regulación autoriza la representación sindical de los empleados gubernamentales y el acuerdo de “agency shop” por el cual todos los empleados, incluso los no afiliados, deben pagar al sindicato, como condición de empleo, una cuota sindical (“union dues”).

Se planteó un reclamo contra la validez de esta cláusula en un convenio colectivo, basándose en el argumento de que dicha cotización no correspondía por cuanto el sindicato realizaba actividades políticas y otras no relacionadas con la actividad colectiva, no aprobadas o apoyadas por los reclamantes y en función de ello solicitaron que se declarara inconstitucional por la ley del Estado y por la Constitución de los Estados Unidos.

⁶ *Límite a demandas de sindicatos sobre cuotas de los no afiliados* de Ricardo Foglia, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/2190346-limite-a-demandas-de-sindicatos-sobre-cuotas-de-los-no-afiliados>

Para analizar en el caso, es menester la consideración de la cuestión acerca de si la provisión de “agency shop” en una negociación colectiva que abarca a empleados gubernamentales es –como tal– “constitucionalmente válida”, debe comenzar con dos casos que han tratado sobre este asunto. Ellos son *Railway Employer’s Dept c. Hanson* y *Machinists c. Street*.

En el caso *Hanson*, un grupo de empleados ferroviarios presentaron una cautelar en la corte de Nebraska por aplicación de un acuerdo de “taller sindical” o “union shop”. La referida cláusula fue autorizada, y en efecto blindada frente a cualquier intento de un Estado para prohibirla, por la Ley Laboral de Ferrocarriles. El Tribunal de Primera Instancia otorgó la protección requerida por los empleados y la Corte Suprema de Nebraska confirmó dicha medida cautelar pues –caso contrario– los empleados que estuvieran en desacuerdo con los objetivos promovidos con el gasto sindical, eran privados del derecho a la libertad de asociación protegida por la Primer Enmienda.

Por su parte, la Suprema Corte Federal acordó que “cuestiones judiciales bajo la Primer y Quinta Enmienda estaban presentes”, pero revirtió su juicio sobre el fondo. Reconociendo que “mucho puede ser dicho en pro y en contra” acerca del sindicato como un asunto político, la Corte destacó que es el Congreso que tiene la carga de identificar “los ingredientes para una paz industrial y unas relaciones laborales estables” y el que determinó que se promocionarían relaciones laborales pacíficas al permitir a un sindicato y un empleado concluir un acuerdo que requiera a los empleados que obtienen un beneficio por la representación sindical compartir los costos, y que tal juicio legislativo era seguramente admisible.

El expediente *Hanson* no contiene evidencia que el sindicato fuera usado para forzar la conformidad ideológica o en todo caso perjudicar la libre expresión de los empleados, y la Corte observó que, “si las evaluaciones son de hecho impuestas para propósitos no relacionados a la negociación colectiva, un problema diferente estaría presente”. La Corte se mantuvo alineada en que “el requerimiento de apoyo financiero del sindicato colectivo a todo aquel que recibe beneficios por su trabajo no viola la Primera Enmienda”.

El máximo Tribunal resolvió enfrentar una cuestión similar varios años más tarde en el caso *Street*, el cual también involucró un desafío a la constitucionalidad al “taller sindical” o “union shop” autorizada por la Ley

Laboral de Ferrocarriles. En *Street*, sin embargo, el expediente contenía hallazgos de que los fondos del sindicato al cual era requerida la contribución de los empleados habían sido usados “para financiar las campañas de los candidatos para oficinas federales y estatales a la que los demandantes se oponían, y para promover la propagación de doctrinas políticas y económicas, conceptos e ideologías con las cuales los demandantes estaban en desacuerdo.

También reconoció que esos hallazgos presentaban “cuestiones constitucionales de mayor gravedad” a las decididas en *Hanson*, y, por lo tanto, correspondía considerar si la ley podría ser interpretada justamente para evadir estos asuntos constitucionales, concluyendo en que la ley podía ser interpretada de esa manera, en el sentido que solo los gastos relacionados con las funciones de los sindicatos en negociar y administrar los acuerdos colectivos y en solucionar quejas y disputas caen dentro de “las razones...aceptadas por el Congreso para justificar que las autoridades permitieran los acuerdos de ‘taller sindical’ o ‘union shop’”. La Corte señaló con claridad que el uso de los pagos al Sindicato para propósitos políticos violaba la Ley misma.

Como consecuencia del análisis de estos precedentes, algunas cuestiones habían quedado definidas con anterioridad al “Caso Janus”:

- 1) Obligar a los empleados financieramente a apoyar a sus representantes en las negociaciones colectivas tiene un impacto sobre los intereses de la Primer Enmienda. Por tanto, un empleado puede tener objeciones ideológicas a una amplia variedad de actividades realizadas por el sindicato en su rol de representación exclusiva. Su visión moral o religiosa acerca de la conveniencia –por ejemplo– del aborto puede no alinearse con la política del sindicato en negociar un plan de beneficios médicos o un individuo puede no estar de acuerdo con la política del sindicato en sus negociaciones sobre los límites en el derecho de huelga. Los ejemplos pueden ser multiplicados y que se requiera que ayude financieramente al sindicato como agente de negociación colectiva puede ser visto como que interfiere de alguna manera con la libertad de los empleados para asociarse. Pero el juicio claramente realizado en *Hanson* y *Street* es que dicha interferencia cuando existe está justificada constitucionalmente por la evaluación legislativa de la importante contribución del “taller sindical” o “union shop” al sistema de relaciones laborales establecidas por el Congreso.

- 2) La Ley Nacional de Relaciones Laborales deja la regulación de las relaciones laborales del Estado y de los Gobiernos Locales al Estado (...) y los empleados de sindicatos del Gobierno gozan de los derechos paralelos a aquellos protegidos bajo la legislación federal: los derechos a auto-organización y negociar colectivamente (por ej. Michigan).
- 3) Los intereses gubernamentales alcanzados por las provisiones de “agency shop” en el estatuto de Michigan son muy parecidos a aquellos promocionados por provisiones similares en la Ley Federal Laboral.
- 4) El carácter distintivo de la negociación del sector público ha extendido la discusión acerca del alcance por el cual la ley que rige la relación laboral en el sector privado provee un modelo apropiado. Ha habido considerable debate acerca de la deseabilidad de prohibir las huelgas a los sindicatos de empleo público. Pero, aunque Michigan no ha adoptado el modelo federal de relaciones laborales en todos sus aspectos, ha determinado que la estabilidad laboral contará con un sistema de representación exclusiva y el uso permisivo de un “agency shop” en el empleo público. No puede haber una base de principios para que esa decisión tenga menos peso en el balance constitucional que el que fue dado en Hanson al juicio del Congreso reflejado en la Ley Laboral de Ferrocarriles.

B) El caso Janus de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América:

Como corolario de la evolución jurisprudencial aludida, a fines de junio del corriente año, dicho Tribunal, en la causa “Janus c. American Federation of State, County, and Municipal Employees Council”, tomó una decisión trascendente cuyo impacto en las relaciones laborales colectivas ha de traspasar las fronteras de dicho país pues el contenido de la doctrina allí establecida –a nuestro entender– es verdaderamente significativo por las razones en los que se funda y las consecuencias de su aplicación.

En efecto, sostuvo, al referirse a las cotizaciones a favor de un sindicato por los trabajadores no afiliados al mismo, que “obligar a individuos libres e independientes a respaldar ideas que encuentran objetables plantea

serias preocupaciones sobre la Primera Enmienda. Eso incluye obligar a una persona a subsidiar el discurso de otros oradores privados. El Tribunal aplicó un estándar de control riguroso al juzgar la constitucionalidad de los honorarios de la agencia en lugar del estándar de control estricto más tradicional. Incluso bajo el estándar más permisivo, el esquema de Illinois [de dicho Estado se trata] no puede sobrevivir”.

¿Qué es lo que se estaba discutiendo y por qué la trascendencia del caso?

“Bajo la Ley de Relaciones Laborales Públicas de Illinois (IPLRA), los empleados del Estado y sus subdivisiones políticas tienen permitido sindicalizarse. Ver III. Comp. Stat., ch. 5, §315/6(a) (West 2016). Si la mayoría de los empleados de un grupo de negociación vota por ser representado por un sindicato, ese sindicato es designado como representante exclusivo de todos los empleados (y no solamente de los afiliados al mismo). §§315/3(s) (1), 315/6(c), 315/9. Los empleados no son obligados a unirse al sindicato elegido por sus compañeros, pero sea que se unan o no, a ese sindicato se lo considera el único representante permitido para negociar colectivamente. Ver §§315/6(a), (c).

Con esto, se convalida una representación unificada, tanto de los afiliados como los que no adhieren al mismo (“no afiliados”).

Una vez que el sindicato es designado, es investido con amplia autoridad. Sólo tal sindicato puede negociar con los empleadores en asuntos relacionados a “pagos, salarios, horas y otras condiciones del empleo, así como las negociaciones de lo que la ya citada ley llama ‘asuntos políticos’, como lo son el pago de gratificaciones, el tamaño de la mano de obra, despidos, privatizaciones, métodos de promoción y políticas de no discriminación. §315/4; ver §315/6(c); ver generalmente, e.g., Illinois Dept. of Central Management Servs. v. AFSCME, Council 31, No. S–CB–16–17 etc., 33 PERI ¶67 (ILRB Dec. 13, 2016) (Decisión de la Junta).

Como consecuencia de este “modelo”, la designación de un sindicato que se constituye en representante exclusivo de los empleados restringe substantivamente los derechos individuales de los empleados. Entre otras cosas, esta designación significa que los empleados individuales no pueden ser representados por ningún otro agente que el sindicato designado; y ningún empleado individual puede negociar directamente con su empleador. §§315/6(c)–(d), 315/10(a)(4); ver *Matthews v. Chicago Transit Authority*,

2016 IL 117638, 51 N. E. 3d 753, 782; accord, *Medo Photo Supply Corp. v. NLRB*, 321 U. S. 678, 683–684 (1944)”.

Se deriva también de ello la facultad del sindicato de imponer contribuciones por “prestación de servicio” y si el sindicato verifica ante el empleador tal monto, el mismo, es automáticamente deducido incluso respecto de los salarios de los no miembros del referido sindicato, ya que “ninguna forma de consentimiento del empleado es requerida”.

Cabe recordar que los esquemas sindicales de seguridad social sostenidos económicamente por las cotizaciones de los afiliados son muy antiguos en los Estados Unidos, aunque nunca llegaron a alcanzar en este país el desarrollo que, en otros, por ejemplo, Inglaterra.

Sin embargo, la aportación pecuniaria de las empresas a estos fondos ha sido mucho más reciente: fue, en realidad, la semicongelación de los salarios durante la Segunda Guerra Mundial la que originó su desarrollo como medio de obtener mejoras para los trabajadores sin tropezar con las disposiciones antiinflacionistas. Pero, desaparecido el control gubernamental de los salarios, siguieron, no obstante, previéndose cada vez más numerosos e importantes en pactos colectivos, sistemas de seguros de enfermedad, de retiro, de sobrevivencia, etc., con aportación patronal.

La Ley Taft-Hartley reguló, con bastante detalle, exceptuando lo relativo a estos fondos de la prohibición general de que el Sindicato reciba dinero o equivalente de la empresa y exigiendo que los fondos se destinen precisamente a prestaciones de seguridad social, que sean independientes de todo otro y que su regulación se contenga en un pacto escrito, condiciones imprescindibles (que en la administración del fondo participen igualmente trabajadores y empresas, dirimiendo las contiendas un árbitro imparcial, y que sus balances anuales estén siempre a disposición de los interesados).

Los dos pactos de seguridad típicos son el *closed shop* (el empresario se obliga a no admitir sino a los trabajadores sindicados) y el *union shop* (el empresario es libre de admitir a cualquier trabajador, pero ésta ha de sindicarse dentro de un determinado plazo, obligándose el empresario a despedirlo si no se sindicala).

La Ley Wagner había admitido expresamente la licitud de ambos pactos; mejor dicho, la licitud del “*closed shop*”, con lo cual nadie puso en duda tampoco la licitud del “*union shop*”, mucho menos rígido que el anterior.

A su tiempo, la Ley Taft-Hartley modificó profundamente en este punto la Ley Wagner. El “closed shop” fue implícitamente declarado ilegal; y el “union shop” sólo fue aceptado en el caso de que los trabajadores hubieran consentido expresamente la celebración de tal pacto, en una especie de referéndum que ha de celebrarse bajo los auspicios del National Labor Relations Board.

Por supuesto, la principal fuente de ingresos de los Sindicatos la constituye la cotización de los sindicatos; la cuota, que varía mucho en cuantía de unos Sindicatos a otros, suele ser mensual y que consiste en una cantidad fija o en una suma proporcional al salario.

Para el Sindicato es de gran comodidad –aparte del ahorro en gastos de recaudación y la supresión de sindicatos deudores o morosos– que sea el propio empresario quien se encargue de detraer de los salarios que abona a los trabajadores la cuota sindical que después ingresa en el Sindicato. Esta es la práctica conocida como check-off, muchas veces aceptada por los empresarios o impuesta en los pactos colectivos de condiciones de trabajo.

La Ley Taft-Hartley (la Ley Wagner no contenía norma alguna sobre la materia) reconoce y autoriza esta práctica siempre que haya sido pactada; pero señala dos condiciones para este tipo de pactos:

- El trabajador al que se hace la deducción ha de haberla consentido individualmente y por escrito.
- La autorización para deducir se entiende dada por un plazo máximo de un año (o por el plazo de vigencia del pacto colectivo si es inferior a un año); pasados estos plazos la autorización caduca y ha de ser renovada en la misma forma en que fue concedida. Pero, dentro de estos plazos, la autorización es irrevocable para el trabajador.

Volviendo a la doctrina del fallo Janus, considera el Tribunal que: “Ese procedimiento viola la Primer Enmienda y no puede continuar, ya que ninguna comisión de agencia o cualquier otro pago al sindicato puede ser deducido de los salarios de los no miembros, a menos que el empleado afirmativamente consienta a pagarlo. Por acuerdo de pago, los no miembros están trasladando sus derechos de la Primer Enmienda, y dicho “traslado” no puede ser supuesto. Ver *Johnson v. Zerbst*, 304 U. S. 458, 464 (1938); ver también *Knox*, 567 U. S., at 312–313. En todo caso, para que sea efectivo, tal traslado debe ser dado libremente y debe constar una “clara y

convincente” evidencia. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130, 145 (1967) (plurality opinion); ver también *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd.*, 527 U. S. 666, 680–682 (1999).

Por tanto, “a menos que los empleados, no afiliados al sindicato, clara y afirmativamente consientan que su dinero sea tomado, este estándar no puede ser atendido”.

En definitiva, el principio establecido por el fallo *Janus* (por cinco votos contra cuatro) –cuya esencia claramente compartimos–, ha de tener también implicancias en el plano político, puesto que la legislación de dicho país no prohíbe que los sindicatos efectúen aportes a los partidos políticos, de modo tal, que posibilita una vía adicional de contradicción con los propios intereses de los trabajadores en cuestión, no solo por ser “no afiliados al sindicato”, sino por terminar financiando campañas políticas a las que naturalmente tienen derecho a ser ajenos.

IV. Un pronunciamiento reciente en Brasil y la Reforma Laboral (Ley 13467/17)

La Ley de Reforma Laboral N° 13467/17 modificó significativamente más de 100 artículos de la Ley de Consolidación Laboral (LCL) y entre los cambios más relevantes se encuentran los de los artículos 578, 579 y 582, por medio de los cuales la contribución sindical (ya sea debida por el empleado o el empleador) se vuelve opcional y cualquier deducción de la nómina de sueldos será sólo permitida por el previo y expreso consentimiento.

Múltiples acciones directas de inconstitucionalidad (ACI) fueron presentadas ante la Corte Suprema. El juicio celebrado el 29 de junio de 2018 dio lugar a la revisión de 19 ACIs y una Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) sobre el mismo asunto: la constitucionalidad del cambio introducido por la Ley de Reforma Laboral, que modificó las contribuciones sindicales en opcionales.

Los procedimientos discutieron la naturaleza de la contribución sindical, considerados como un impuesto o ingreso público, y también por el impacto económico y financiero de los cambios en los sindicatos y aún cuestionado proceso legislativo de aprobación de la Ley de Reforma Laboral como un todo.

En junio de 2018, la Corte Suprema Federal de dicho país puso fin a la controversial contribución sindical obligatoria, convalidando los cambios de los artículos 578, 579 y 582 (entre otros) de la LCL, según la reforma introducida en 2017.

Antes de la modificación legislativa, se les requería a las compañías deducir a sus empleados, en marzo de cada año, al margen de su consentimiento, la suma equivalente a 1 (uno) día de trabajo por año para los sindicatos representantes de los empleados. Los empleadores, por su lado, debían pagar la contribución a los sindicatos (Cámaras) que representan a los empleadores, en enero de cada año, prorrateado según su capital social o ingreso bruto.

Por una mayoría de 6 votos (Jueces Luis Fux, Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio y Carmen Lúcia) contra 3 (Jueces Edson Fachin, Rosa Weber y Dias Toffolo), la Corte Suprema Federal concluyó que ninguna contribución sindical pueden ser impuesta sobre trabajadores y empleadores cuando la Constitución Federal en sí misma establece que nadie está obligado a unirse a un Sindicato o mantener una afiliación sindical.

La Corte también dictaminó que el fin de la obligación de pagar contribuciones sindicales no ofende la Constitución, ya sea porque los sindicatos pueden confiar en otras fuentes de financiamiento, o porque no es una contribución de naturaleza impositiva, la cual requeriría un proceso legislativo diferente, un estudio del impacto económico financiero y una regla de transición.

Uno de los argumentos aplicado por los Jueces, el cual es muy favorable para la revisión futura acerca de la constitucionalidad de otros asuntos tratados por la Ley de Reforma Laboral, es que la cuestión es esencialmente política, decisión que debe tomar el Congreso Nacional, por ser el escenario político responsable de los procesos legislativos, y no la Corte Suprema.

VI. 10 reflexiones a modo de conclusión

- 1) El “Caso Janus” ha venido a plantear un fundado debate sobre los alcances de las cláusulas convencionales que, basadas en autoriza-

ciones legislativas imponen a los trabajadores “no afiliados” a un sindicato, la obligación de aportar al mismo bajo el título de cuotas de solidaridad por la autotitulada “gestión de negocios” que importa la negociación convencional.

- 2) La invocación sustantiva de la Primera enmienda como fundamento de su obligación, constituye un hito fundamental en la abrogación de esta “cotización compulsiva”.
- 3) Hay identidad de problemas en países inspirados en su normativa en similares principios, tal el caso de Brasil y Argentina.
- 4) En tiempos recientes, Brasil adoptó legislativa y judicialmente una clara posición limitativa, cuyo fundamento se inspira en principios acordes con los del fallo Janus.
- 5) Nuestro país no ha sido ajeno en sus pronunciamientos judiciales a este debate, pero no ha llegado aún la Corte Suprema a definiciones de las características de las ya comentadas decisiones del máximo Tribunal de los Estados Unidos de América y el de Brasil.
- 6) En tal sentido, la cuestión judicial en Argentina ha estado sujeta a controversias en cuanto a la legitimidad y razonabilidad de este tipo de cláusulas en casos concretos, pero también –en algunos casos– frente a la eventual afectación de otros derechos como el de la intangibilidad del salario, la libertad sindical y en términos más amplios, la libertad como valor fundamental.
- 7) La lógica de la invocación de la “Gestión de negocios” como fundamento de legalidad encuentra su límite en la aplicación del principio de libertad sindical, pues –salvo situaciones concretas y específicas debidamente fundadas y respecto de las cuales haya estricto control de aplicación de fondos– el trabajador terminaría sustentando financieramente a un Sindicato al que no pertenece (ni quiere pertenecer) o directamente porque está afiliado a otra organización gremial (por ejemplo, a un Sindicato simplemente inscripto).
- 8) Sin perjuicio de ello y en todo caso, la eventual retribución por la gestión de negocios debería ser razonable y proporcionada a los fines y medios en cuestión, inequívoca en cuanto a plazo y aplicación de tales fondos, así como sujeta a claros parámetros de control contable y susceptible de revisión judicial.

- 9) La jurisprudencia argentina ha fijado criterios en cuanto al monto o la temporalidad pero no ha profundizado en la cuestión del “destino de los fondos” que es el eje sobre el que el caso Janus claramente establece la argumentación de la violación de la primera enmienda, es decir, del límite constitucional a tales contribuciones.
- 10) En definitiva, no pueden –directa o indirectamente– estas “cuotas de solidaridad”, convertirse en mero instrumento compulsivo para sostener el financiamiento del “Sindicato Único” y con ello vulnerar principios constitucionales e internacionales sobre libertad sindical que constituyen Principios y Derechos fundamentales en el Trabajo tal como reconoce la Declaración de 1998 de la OIT.

DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: EXAMEN CRÍTICO DE UN DERECHO DE GENERACIÓN 4.0 Y SU INSERCIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONVENIO COLECTIVO

POR HÉCTOR OMAR GARCÍA

I. Introducción

Los cambios tecnológicos han estado presentes desde el nacimiento de la legislación laboral, pero la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la economía –fenómeno denominado indistintamente *cuarta revolución industrial* o *industria 4.0*– ha desencadenado los más relevantes cambios, profundos y acelerados, que se han verificado en el trabajo humano desde el último cuarto del siglo XX y que se vislumbran como de posible acontecimiento en el futuro inmediato de las relaciones laborales¹. Se ha dicho que la nueva revolución generada por la tecnología trae implícita una transformación integral de la humanidad², y –en lo que hace específicamente al trabajo– que el efecto transformador de los avances tecnológicos va más allá de la organización del trabajo, el modelo productivo y la forma de trabajar, hasta afectar incluso a la propia persona que trabaja³.

¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, en *Temas Laborales* núm. 138/2017, pp. 14/15.

² SCHWAB, Klaus, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Cologny/Geneva, 2016, citado por FUNES DE RIOJA, Daniel, “La nueva revolución tecnológica y su impacto sobre el empleo y la institucionalidad laboral”, comunicación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, sesión privada del 10 de agosto de 2017, Anticipo de *Anales*, Año LXII, Segunda Época, N° 55, agosto de 2017, p. 1.

³ “*Los dispositivos móviles inteligentes, como smartphones y tabletas, el GPS, las aplicaciones informáticas, ‘internet de las cosas’, las tarjetas de crédito, redes sociales, etc., al estar íntimamente*

Los avances tecnológicos emergentes, que abarcan campos de amplio alcance como los de la denominada inteligencia artificial, la robótica, la Internet de las cosas, los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, el almacenamiento de energía y la computación cuántica, entre otros, están arribando a un punto de inflexión en su desarrollo a medida que se construyen y amplifican entre sí, en una fusión de tecnologías a través de los mundos físicos, biológicos y digitales⁴. En palabras de un destacado profesor andaluz, esas transformaciones, que desde luego impactan en los procesos de producción y de prestación de servicios, se ven a su vez profundizadas y expandidas por el contexto de la globalización. La revolución tecnológica se extiende de manera universal sobre todas las economías –con indiferencia de su grado de desarrollo–, todos los sectores productivos y los trabajos –sean más o menos calificados–, bajo cualquier régimen jurídico laboral –trabajadores subordinados o autónomos, privados o públicos–, en toda clase de empresas y afectan a todo tipo de trabajadores, independientemente de la edad, género, capacidad o cualquier otro rasgo que provoque algún grado de segmentación en el trabajo⁵.

Entre los modernos modos de trabajar con aprovechamiento de la alta tecnificación se destacan el teletrabajo y el denominado *smart working*⁶.

*relacionados con un individuo específico, permiten a los proveedores de servicios o a los fabricantes de los dispositivos, recopilar, mediante aplicaciones, sensores inalámbricos, micrófonos o lectores de identificación instalados en las mismas, una ingente cantidad de datos personales del titular (...), lo que se conoce como big data. El big data permite obtener todo tipo de datos relativos a las preferencias ideológicas, políticas, sexuales, y demás aspectos (...) íntimos de la persona. (...) El riesgo que para la privacidad conllevan los dispositivos móviles inteligentes (...), que permiten a los proveedores de servicios de geolocalización tener una visión muy cercana de los hábitos y patrones de movimiento del titular, de forma que se puede llegar a saber las preferencias de todo tipo, al igual que los motores de búsqueda que tratan un amplio abanico de datos –direcciones IP, logs, información que registran las cookies o la información que el propio usuario aporta–, lo que hace posible obtener perfiles de hábitos de conducta (e) implica la capacidad de hacer predicciones. (...) Es posible analizar y predecir comportamientos futuros de las personas mediante la utilización de complejos algoritmos. Con el big data se puede llegar a predecir determinadas conductas relacionadas con el comportamiento del consumidor, la seguridad o la salud; esto es, descubrir e identificar una serie de patrones de conducta de los clientes, determinar la propensión a padecer enfermedades, o la posibilidad de delinquir; en definitiva, se pueden extraer conclusiones sobre individuos con posibilidad de influir en el futuro de las personas.” Vid. GOÑI SEIN, José Luis, “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del reglamento europeo de protección de datos de 2016”, en *Revista de Derecho Social* n° 78, 2017, pp. 1/5.*

⁴ FUNES DE RIOJA, *op. cit.*, p. 2.

⁵ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 17.

⁶ La denominación no remite a la inteligencia del trabajador pero sí se relaciona con la denominada

En ambos, y especialmente en el segundo, se tiende a lograr la máxima flexibilidad interna en la relación laboral mediante la ejecución de las tareas, o de una parte de ellas, desde espacios distintos del establecimiento o sede operativa de la empresa gracias a la utilización de dispositivos informáticos que permiten una conectividad continua entre la empresa y el trabajador⁷.

Por lo demás, las TIC se han convertido en herramientas esenciales para el mantenimiento y desarrollo de la competitividad de las empresas, del mismo modo que para la comunicación humana. Visto el fenómeno desde la perspectiva de las empresas, es conocido que aquellas que más ganan hoy son las que saben aprovechar las ventajas del trabajo en red y demuestran capacidad de producir y utilizar colectivamente los conocimientos informáticos para generar valor⁸.

Pero si se atiende a los efectos de la llegada de los nuevos instrumentos de comunicación sobre los trabajadores, es igualmente notorio que les han modificado considerablemente su modo de vivir, de forma que se perciben no solo como facilitadores de información y soluciones al instante a problemas de toda índole sino también como factores de degradación de la calidad de vida. Al haber adquirido la conexión digital un carácter ubicuo en toda actividad y circunstancia, las nuevas tecnologías son igualmente portadoras de perjuicios que afectan al ser humano: información no deseada, llamadas intempestivas, sobrecarga de trabajo con un consiguiente in-

“inteligencia artificial”. Consiste en un modelo de organización del trabajo que confiere al trabajador subordinado una cierta autonomía en cuanto a la gestión del tiempo y el lugar de ejecución del trabajo, con lo que su vinculación con la empleadora se concentra en la consecución de los objetivos finales, no en una duración rígida de la jornada laboral ni en la permanencia en el establecimiento o en su hogar. Para poder poner en práctica el método *smart work* es necesario que la empresa cuente con una completa digitalización y sus directivos y empleados estén familiarizados con el uso de las nuevas tecnologías, además de que estos reúnan conocimientos y capacidades organizativas suficientes para alcanzar los objetivos propuestos fuera del espacio laboral. Se le atribuye a esta modalidad de prestación laboral una mayor economía en la utilización de espacio físico, y consiguientes costos de mantenimiento de este, así como una mayor productividad del trabajo a partir de la conciliación de la vida personal y laboral. La ley italiana n° 81 de 2017 regula esta figura con la denominación de “*lavoro agile*”. (Véanse apartado III y nota 33 del presente).

⁷ DONINI, Annamaria, “Il lavoro digitale su piattaforma”, *Labour & Law Issues*, working paper, Vol. 1, N° 1, 2015, p. 52 (descargado de [file:///C:/Users/Bangho/Documents/Downloads/4932-13699-2-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Bangho/Documents/Downloads/4932-13699-2-PB%20(3).pdf) el 9 de enero de 2019).

⁸ VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, “El derecho a la desconexión: ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso?”, en *CEF – Trabajo y seguridad social*, núm. 408 (marzo 2017), p. 171.

cremento de los niveles de estrés⁹, confusión, *tecnoadicciones* y controles no autorizados¹⁰ son algunas manifestaciones de su costado indeseable.¹¹ La faz negativa de la comunicación continua entre empresa y empleado se muestra principalmente en la tendencia a trabajar más horas y la superposición entre el trabajo y la vida personal y –en lo que interesa a los fines del presente estudio– en la facilitación del abuso de los medios de comunicación virtual por parte del empresario, que le permiten a este invadir la privacidad de las comunicaciones de aquel así como irrumpir, mediante llamados telefónicos o mensajes enviados por *chat* o correo electrónico, en el descanso o en la vida extralaboral de su subordinado¹².

Vistas en relación con el poder de dirección del empleador y el derivado de este que puede ejercer sobre la prestación y la persona del trabajador, la aplicación de las TIC puede originar asimismo situaciones controversiales. Algunas de ellas lo son en cuanto pueden considerarse reñidas con la buena fe contractual, y otras, porque representan frontales colisiones entre los poderes jerárquicos del principal y los derechos a la dignidad y a la privacidad de sus dependientes, particularmente cuando se utilizan cámaras de videovigilancia, sistemas de grabación de sonido o sofisticados programas que permiten el ingreso a las cuentas de correo electrónico de su personal¹³.

La multiplicación de las posibilidades que el empleador tiene a la mano para enviar comunicaciones a sus empleados –bajo la forma de órdenes de trabajo, recomendaciones acerca de cómo ejecutarlo o meros “recordatorios” de tareas que deban realizarse al día siguiente o se encuentren pendientes–, proporcionadas por los modernos dispositivos hipertecnologiza-

⁹ Eurofund – OIT, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofund) and International Labour Office (ILO), Luxemburgo – Ginebra, 2017 (descargado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_544138.pdf).

¹⁰ VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, pp. 171/172.

¹¹ Dejo al margen, por razones de límites al objeto y la extensión de este trabajo, la utilización de los nuevos medios de comunicación digital con fines de acoso moral o sexual, que constituye su lado más execrable.

¹² CHARRO BAENA, Pilar, “Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo”, en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina (directora) y REDINHA, Maria Regina (codirectora), *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos – Universidad do Porto – Centro de Investigação Jurídico Económica, Madrid, 2017, pp. 21/25.

¹³ CIALTI, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas Laborales* n° 137/2017, p. 164.

dos han provocado, como reacción, el “descubrimiento” de un derecho del trabajador, de generación digital o 4.0, que ha sido denominado *derecho a la desconexión*. El término “desconexión” alude claramente a la empresa, con la que el trabajador se encuentra interconectado de manera permanente por medio de los utensilios digitales, que permiten un flujo de comunicación constante (correo electrónico, redes sociales, llamados y mensajes de texto o de voz a través del teléfono celular). A su vez, el supuesto derecho de última generación se encuentra estrechamente ligado a –sino directamente comprendido por– los derechos específicos laborales al descanso y la protección de la salud en el trabajo, así como al derecho inespecífico al respeto a la privacidad del trabajador.

Desde que, por efecto de las TIC, el trabajo ya no se encuentra acotado a un espacio ni un tiempo determinado, sino puede ejecutarse en cualquier momento y lugar, sobre todo si se trata de tareas de índole intelectual, no manual, al punto que trabajo y domicilio hoy no son conceptos incompatibles entre sí, resulta arduo deslindar con nitidez la vida laboral de la familiar. La distinción, o el trazado de la línea divisoria entre lo que corresponde a un ámbito y otro, queda entonces en poder del trabajador, obligado a preguntarse, por ejemplo, si debe o no contestar a un mensaje de correo electrónico enviado desde la empresa, por un superior jerárquico o un colega después del horario de trabajo, o si debe trabajar desde su casa aunque se encuentre enfermo o convaleciente, o si asume la obligación de buscar y leer información científica vinculada a su labor profesional durante el fin de semana¹⁴.

El todavía reciente *estudio general* de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT presentado a la 107^a Conferencia Internacional del Trabajo, que sesionó entre mayo y junio de 2018¹⁵, se ocupa del tema cuando recomienda prestar atención al “deber”¹⁶

¹⁴ USHAKOVA, Tatsiana, “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 192, 2016, p. 120. Según esta autora, tales interrogantes, de reflexión individual e interacción social, se convierten en cuestiones morales o metafísicas para el trabajador, “puesto que la noción de trabajo escapa de unos parámetros perceptibles y objetivamente definidos”.

¹⁵ OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo – 107^a reunión, 2018, primera edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018 (impreso, ISBN: 978-92-2-331269-5).

¹⁶ “Duty” en la versión (también oficial) en Inglés. Consúltese ILO, International Labour Conference – 107th session, *Ensuring decent working time for the future*, first edition, International Labour Office, Geneva, 2018, p. 271, párr. 746 (descargado el 17/01/2019 de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf). La visión de la

de desconectarse en ciertas circunstancias como la modalidad denominada “trabajo sin fin”, que guarda relación con la creciente importancia de las nuevas tecnologías en la vida profesional. El documento remite a investigaciones que aseguran que la necesidad de mirar el correo electrónico todo el tiempo genera un alto estrés para los trabajadores y frustra sus períodos de descanso¹⁷ y advierte que la posibilidad de *trabajo sin fin* es mayor en el caso de labores cumplidas con utilización de TIC, o mediante tecnologías móviles (T/TICM), por cuanto si, gracias a las nuevas tecnologías, las personas pueden organizar su tiempo de trabajo en función de sus necesidades personales, como contrapartida enfrentan el peligro inherente de que deje de respetarse la separación entre la vida privada y la profesional.”¹⁸

Y el muy reciente informe de la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, titulado *Trabajar para un futuro más prometedor*, promueve una mayor *soberanía* de los trabajadores sobre su propio tiempo de labor. Esta Comisión –conformada por la OIT e integrada por estadistas, personalidades del mundo empresarial y de la política, economistas y algunos juristas, entre los cuales sobresale el nombre de Alain Supiot– es consciente de que las tecnologías de la información y de la comunicación, en tanto permiten que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, difuminan la línea divisoria entre el tiempo laboral y la vida personal y pueden contribuir a ampliar las horas de trabajo.” Por ello este informe postula que, en la era de las TIC, “*los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital.*”¹⁹

desconexión digital del trabajador como un “deber”, me lleva a conjeturar que tal vez el estudio general de los expertos de la OIT se encuentre imbuido de influencias provenientes del informe Mettling, elaborado por encargo del Ministerio de Trabajo de Francia, que caracteriza a la desconexión como una “*corresponsabilidad del asalariado y del empleador*” implicando, a su vez, la existencia de un “*deber de desconexión*”. Al señalar, este informe, lo comentado precedentemente sumado a la afirmación de que la desconexión depende “más de una educación a nivel individual que de una regulación a nivel de la empresa” –según observa críticamente Morel–, el reconocimiento del derecho a la desconexión permite así presagiar la responsabilización del empleado sobre la base de su “deber de desconexión.” V. Morel, *op. cit.*, pp. 14/15.

¹⁷ KUSHEV, Kostadin y DUNN, Elizabeth W., “Checking email less frequently reduces stress”, *Computers in Human Behavior*, vol. 43, 2015, pp. 220/228; <https://www.journals.elsevier.com/computers-in-human-behavior> (descargado el 17/01/2019 de <file:///C:/Users/Bangho/Documents/Downloads/KushlevDunn2015Email.pdf>).

¹⁸ OIT, *Garantizar...*, cit., p. 294, párr. 746.

¹⁹ OIT, *Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*,

En los apartados siguientes del presente estudio se ensayará un examen del derecho a la desconexión, que no eludirá las consideraciones críticas sobre su concepto y caracterización a la luz de la doctrina extranjera y de la regulación que ha comenzado a surgir en algunos sistemas jurídicos –especialmente el de Francia, país de origen de este derecho– y sobre ciertas implicancias en relación con el contrato de trabajo y la negociación colectiva.

II. La obligación de usar el teléfono celular y el servicio de mensajería electrónica en el trabajo como presupuesto

Un problema inicial que se plantea la doctrina europea reside en la posibilidad de limitar el recurso al servicio de mensajería en el ámbito de las relaciones laborales o, dicho con otras palabras, si puede el empresario prohibir la utilización de ese servicio –cuyo canal más difundido en la actualidad es la aplicación *whatsapp*– en el trabajo o, más radicalmente, disponer la prohibición del uso del teléfono celular durante el tiempo de trabajo.

Al revisar las posibilidades de prohibición que pueda tener el empleador, algunos estudios observan una cuestión preliminar que se cifra en determinar si el teléfono móvil, en el cual se encuentre instalada la aplicación de mensajería, es propiedad o no de la empresa. Se distinguen entonces dos situaciones: a) que el aparato haya sido entregado al trabajador por la empresa y con destino exclusivo a su uso para fines laborales; y b) que el celular resulte de propiedad del trabajador o que, aun proporcionado por el empleador, las condiciones contractuales admitan el uso del dispositivo para fines extralaborales²⁰.

- a) Si el teléfono es de propiedad de la empresa, esta obviamente no enfrenta obstáculos para imponer al trabajador la prohibición de instalar aplicaciones de mensajería instantánea (*whatsapp*) y redes sociales (*twitter*, *facebook*, *instagram*, etc.) ni de utilizar cualesquiera de ellas en el desarrollo del trabajo.
- b) Si el teléfono no perteneciera a la empresa, el empleador no podría válidamente impedir al trabajador la instalación en él de aplicaciones

Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 41.

²⁰ CERVILLA GARZÓN, María José, “Efectos del uso de la aplicación ‘whatsapp’ en el marco de las relaciones laborales”, en *Temas Laborales* n° 136/2017, p. 79.

de mensajería y redes sociales, dado el carácter privado de las comunicaciones²¹, y –en opinión de la autora que sigo en este punto–, por la misma causa, ni siquiera podría tener acceso a información acerca de si el trabajador posee o no esas aplicaciones. En cambio, sí podría el empleador –en este segundo supuesto– legítimamente prohibir el uso de *whatsapp* y otras aplicaciones en el desarrollo del trabajo, aunque el teléfono en el cual estas se encontraran instaladas fuere ajeno a la empresa, máxime si existieran disposiciones convencionales colectivas, como ocurre en España: el art. 30, inciso n), del convenio colectivo provincial para el sector de oficinas y despachos de Zamora, registrado el 28 de abril de 2014, prohíbe al trabajador el uso de las redes sociales *facebook*, *whatsapp* y *twitter* durante la jornada laboral, ya sea a través del móvil personal o de la empresa o de cualquier ordenador, y califica su contravención como “falta grave”²².

Pero la hipótesis que importa centralmente a los fines del presente artículo es la de la actitud empresarial opuesta, es decir, aquella en la cual al empleador no le interesa *prohibir* sino, al contrario, *obligar* al trabajador a proporcionarle su número de teléfono celular para poder mantener comunicaciones con él, ya sea mediante llamados o servicios de mensajería instantánea²³. Coincido con quien opina que, en el contexto actual de gestión digital generalizada de la empresa, no puede decirse que constituya una modificación sustancial del contrato de trabajo una imposición semejante por parte del empleador que, en el ejercicio de su poder de organización, implanta sistemas de gestión más racionales y económicos, dentro de los que se incluyen aplicaciones de mensajería dada la rápida y gratuita comunicación que esta permite²⁴.

El problema principal que encierra tal hipotética exigencia del empleador es que puede encubrir un interés en mantener el contacto telefónico o

²¹ No cabe sino considerar razonablemente extendida a las comunicaciones mediante estas aplicaciones la protección a la inviolabilidad de “*la correspondencia epistolar y los papeles privados*” derivada del art. 18 de la Constitución Nacional argentina. Mejor aún encajan dentro de la garantía, formulada con expresividad más abarcativa, con que el art. 28 de la Constitución de la República del Uruguay resguarda “*los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie*”.

²² CERVILLA GARZÓN, op cit., p. 79, nota 7.

²³ CERVILLA GARZÓN, op. cit., p. 78.

²⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, en *Temas Laborales* núm. 138/2017, p. 270.

por correo electrónico o *chat* con el dependiente, no solo durante el tiempo de trabajo sino también fuera de él, incluyendo los días de fin de semana y vacaciones. Por ello el supuesto tiene precisa incidencia en los planteamientos actuales sobre la necesidad de regular el derecho del trabajador a desconectarse de la empresa que utiliza los utensilios digitales de comunicación para enviar requerimientos, consultas o instrucciones de trabajo²⁵.

III. ¿Un derecho verdaderamente nuevo?

Con la denominación que le dio a comienzos de este siglo el profesor de la Universidad de París 1 Panteón-Sorbona, Jean-Emmanuel Ray²⁶, el derecho a la desconexión digital pasó de la doctrina a la norma autónoma francesa una década más tarde. El Acuerdo Nacional Interconfederal (ANI) suscrito por grandes actores sociales de Francia el 19 de junio de 2013, en el que se promovió “*una gestión inteligente de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de la competitividad de las empresas respetuosa de la vida privada de los asalariados*”, estipula el compromiso empresarial en la búsqueda de los medios de “*conciliar la vida personal y la vida profesional mediante la institución de períodos de desconexión*”²⁷.

Tres años después de la celebración de ese acuerdo-marco, el derecho a la desconexión ingresó al Código del Trabajo francés (CT) y obtuvo así su primer reconocimiento legislativo de la mano de la ley de reforma laboral n° 1088, del 8 de agosto de 2016, conocida como «*loi Travail*» e, indistintamente, como «*ley El Khomri*» por el apellido de quien era ministra de trabajo al momento de enviarse el anteproyecto normativo al parlamento. El nuevo régimen, “*relativo al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales*”, tuvo entre sus principales y más novedosos objetivos la incorporación de medidas de adaptación del mercado laboral al entorno digital²⁸; se propuso tomar en

²⁵ CERVILLA GARZÓN, “Efectos...”, *op. y loc. cit.*

²⁶ Vid. RAY, Jean-Emmanuel, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle », *Droit social*, 2002, p. 939, citado por MOREL, Laëtitia, « Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l’effectivité du droit au repos à l’ère du numérique », *Labour & Law Issues*, vol. 3, N° 2, 2017 (ISSN: 2421-2695), p. 4.

²⁷ MOREL, *op. y loc. cit.*

²⁸ VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 170.

consideración la mutación acaecida en las formas de trabajar y los problemas que pueden derivar de ella para reconocerles a los trabajadores –con diferimiento al 1º de enero de 2017– el goce de un “*derecho a la desconexión*”²⁹.

La nueva ley no provee una definición del derecho en examen sino más bien se limita a enunciarlo –lo cual da aliento a quienes ponen cuestión la atribución de un carácter novedoso al mismo– y reenvía la determinación de su contenido a la negociación colectiva de empresa o, en defecto de esta, al empleador, que de tal modo adquiere *ex lege* una preponderancia estratégica notable en la determinación de las particularidades del ejercicio³⁰.

En la doctrina jurídica francesa es posible encontrar opiniones que van desde la asunción de la imposibilidad de definir el derecho a la desconexión³¹ hasta otras que consideran que este comprende no solo la desconexión fuera del trabajo sino también dentro de él –esto último como remedio a la sobreexposición a los sistemas de comunicación digital–³², pasando por quienes lo presentan mediante una noción simple y amplia como “*el derecho del trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones*”³³ y otros que elaboran nociones más complejas, como es el caso de Alemán Páez, que concibe a la desconexión como un “*derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los derechos dignitativos [sic] básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva.*”³⁴

²⁹ CIALTI, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?”, en *Temas Laborales* núm. 137/2017, p. 165.

³⁰ ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail N° 2016-1088»”, en *Trabajo y Derecho* núm. 30 – junio 2017, p. 28.

³¹ Ray lo consideró una « *mission impossible* » en su trabajo « Grande accélération et droit à la déconnexion », publicado en *Droit social*, 2016, p. 917, citado por CIALTI, *op. cit.*, p. 165, nota 8.

³² Tal es el caso de MOREL, en *op. cit.*, p. 6.

³³ CIALTI, *op. cit.*, p. 165.

³⁴ ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 31.

La aparición del derecho a la desconexión en la legislación de Francia generó un efecto expansivo en los estudios de la doctrina jurídica de ese país y de otros, fundamentalmente de Europa, en los que comenzó a plantearse la posibilidad de incorporar también al instituto en su legislación.

En Italia, este derecho se encuentra enunciado, y a la vez relativamente protegido contra represalias, en la ley n° 81 de 2017, sobre “*Medidas para la tutela del trabajo autónomo no empresarial y para el fomento de la articulación flexible en el tiempo y el lugar de trabajo subordinado*”, que introduce y regula la nueva figura contractual del “*lavoro agile*” (también conocida como “*smart work*”). El *lavoro agile* consiste en una versión más flexible del teletrabajo parcial en la cual el uso de herramientas digitales resulta aún más determinante que en este³⁵. La prestación de servicios del trabajador debe realizarse en parte en la sede de la empresa y en parte fuera de ella –esta última, no necesariamente en el domicilio del empleado– pero manteniéndose la limitación de la duración máxima de la jornada diaria y semanal prevista en la ley o en convenios colectivos. De este modo, las facetas jurídica y técnica de la dependencia no se diluyen sino se elastizan; el trabajador se desenvuelve prácticamente como si fuera una persona independiente de la empresa pero no deja de ser asalariado.

La ley italiana trata al derecho a la desconexión como una medida de resguardo de la salud del trabajador contra hipotéticos abusos del empleador, en cuanto establece que: “*en cumplimiento de los objetivos acordados y*

³⁵ Si bien el art. 18 de la ley n° 81, de 22 de mayo de 2017, se refiere a esta figura exclusivamente como “forma de ejecución de la relación laboral establecida por acuerdo entre las partes”, la doctrina precisa que comprende a todas las prestaciones de trabajo subordinado que se realicen, al menos en parte, fuera de las instalaciones de la empresa y, como norma, mediante el uso de herramientas telemáticas e informáticas. Esta forma de trabajar, mediante la cual se tiende a lograr un incremento de la productividad con una mejor conciliación entre tiempo de vida y de trabajo, presenta evidente superposición con el teletrabajo parcial, al que le añade la dilatación objetiva de la noción de “tiempo de trabajo” a la de “ambiente de trabajo” característica de esta última. Véanse al respecto: TIRABOSCHI, Michele “Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro”, en *Diritto delle relazioni industriali (DRI)*, 2017, p. 971, citado por TULLINI, Patrizia, “Il lavoro nell’economia digitale: l’arduo cammino della regolazione”, en PERULLI, Adalberto (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Università Ca’Foscari Venezia – Dipartimento di Economia – Collana del Centro studi giuridici, n° 14, Nuova serie, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2018, p. 190; y PERULLI, Adalberto, “Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro”, working paper, *Centre for the Study of the European Labour Law “Massimo D’Antona”*, IT – 341/2017, pp. 13/16 (http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20171020-085836_perulli_341-2017itp-df.pdf).

la respectiva modalidad de ejecución del trabajo autorizada por el médico ocupacional, así como los posibles rangos de disponibilidad, el trabajador tiene derecho a estar desconectado de las herramientas tecnológicas y las plataformas informáticas de trabajo sin que esto pueda generar, por sí solo, efectos en la continuidad de la relación laboral o en el tratamiento de la remuneración.”³⁶ Cervilla Garzón subraya que, a diferencia de la regulación francesa, el régimen italiano sólo menciona “medidas técnicas u organizativas”, sin referencias a la configuración de un derecho concreto y sin integrar su justificación jurídica en la tutela de la salud de los trabajadores ni instrumentar un mecanismo específico a través del cual el derecho a la desconexión pueda garantizarse³⁷. De mi parte, señalo como una diferencia laudable de la ley italiana en relación con la francesa, el hecho de que asegure *ipso iure* al trabajador “el derecho a estar desconectado” sin que ello dé lugar a descuentos remuneratorios ni a poner en riesgo la continuidad de la relación, y sin que la operatividad de esta protección dependa de la negociación colectiva ni, en última instancia, del arbitrio del empleador.

En España, se ha dictado, en diciembre de 2018, la ley orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (que sustituyó en gran parte a la ley orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal), cuyo artículo 88.1, incorpora al ordenamiento español el “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, mediante el cual los trabajadores tendrán asegurado “fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. De acuerdo con lo que expresa el apartado 2 del artículo, la regulación sigue el modelo francés, en cuanto refiere que las modalidades de ejercicio de este derecho, que “atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar” deberán sujetarse “a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.” El tercero y último apartado de la norma impone al empleador, “previa audiencia de los representantes de los trabajadores”,

³⁶ Traducción personal del autor del presente trabajo.

³⁷ CERVILLA GARZÓN, María José, “Reflexiones sobre el derecho a la desconexión tecnológica de los trabajadores y el surgimiento de nuevas formas de trabajo en Italia”, en la Web de Orientación Profesional *Orbitados*, <http://orbitados.uca.es/reflexiones-sobre-el-derecho-a-la-desconexion-tecnologica-de-los-trabajadores-y-el-surgimiento-de-nuevas-formas-de-trabajo-en-italia-por-maria-jose-cervilla-garzon/> (consultada el 2 de febrero de 2019).

la elaboración de una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, “*en la que se definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática*”, y finalmente señala específicamente la inclusión, en esa política de empresa elaborada en consulta con los representantes de los trabajadores, del deber de preservar el derecho a la desconexión digital “*en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.*”

En el campo de la doctrina española, Molina Navarrete describe al derecho como una “liberación plena del alargamiento digital posjornada, con una doble medida de desconexión de los instrumentos de comunicación: de un lado, el poder de autodeterminación del trabajador, quien es plenamente libre de no responder las comunicaciones del empleador, y del otro, el deber de este de abstenerse de realizar disposición alguna en tal sentido”³⁸. El hecho de conceptualizarlo no impide a algunas opiniones refutar la caracterización del instituto como un verdadero derecho de nuevo cuño, cuya proclamación “pomposa” atribuyen a un exceso de “esnobismo francés”³⁹, ni cuestionar a la regulación instaurada en Francia, a la que califican –no sin acierto– como “más programática que imperativa en su ejecución práctica” y le objetan que recae sobre un “derecho clásico” que no sería otro que “el derecho al descanso regulado internacionalmente desde hace muchas décadas por la OIT, corazón mismo del derecho a la protección adecuada de la seguridad y la salud de los trabajadores”⁴⁰. Crítica semejante vierten esas opiniones sobre la que parece ser la experiencia más relevante de estipulación del derecho en un convenio colectivo surgida hasta el momento en España⁴¹.

³⁸ MOLINA NAVARRETE, *op. y loc. cit.*

³⁹ Con casi idénticos términos se expresan MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 250/253; y VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁰ VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 171. Esta autora lanza su erotema en torno al derecho en estudio en estos términos: “¿Qué hay verdaderamente de modernidad en él? ¿La innovación es real, o más bien pretendida, nueva expresión del influjo esnobista francés y su siempre buen gusto por las «modas», que luego terminan pasando? Más aún, ¿y si la regulación predispuesta revelara más una involución cultural y práctica, en la era digital, que una genuina evolución jurídica? O quizás, ¿estamos ante una invención de tal porte que dará lugar a un debate social, económico, político y jurídico tan intenso como el que supuso el de las «35 horas», también de factura francesa?”

⁴¹ El de la empresa AXA Seguros. Véase MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 250/252.

Desde la normativa de la Unión Europea (por ejemplo, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003), la problemática puede encarar en la protección de la salud del trabajador y la regulación específica sobre el tiempo de trabajo o sobre las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de los tiempos de descanso. La idea se encuentra también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular la de su primera década –entonces “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”–, esto es, en su interpretación sobre la obligación de la empresa de evaluar todos los riesgos, incluidos los psicosociales, y, siguiendo este razonamiento, aquellos que surgen como producto del cambio en las condiciones y en la organización del trabajo⁴². Se encuentra presente igualmente en el criterio del tribunal sobre el deber del empleador de garantizar que el trabajador (incluso aquel que dispone de cierta autonomía y poder para autoorganizarse) observe de manera efectiva su derecho al descanso⁴³, con lo que puede exigirse al principal la realización de una vigilancia específica del mismo y de su salud y, en su caso, la adopción de las medidas que resulten necesarias y adecuadas en cada supuesto⁴⁴.

En esta margen del océano Atlántico, el derecho a la desconexión no ha recibido aún consagración legal. Se encuentran legislaciones, como la del Uruguay, que, si bien no cuenta con una norma de carácter general en la que el derecho a la desconexión sea objeto de regulación precisa, fue pionera en regular el derecho a la limitación de la jornada –mediante la ley n° 5350, de noviembre de 1915–, anticipándose dos décadas a su incorporación a la Constitución de la República de 1934 (art. 54) y algunos años a la primera regulación internacional, instrumentada en el Convenio n° 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1919, dedicado a las horas de trabajo en la industria, que constituyó el primer paso dado por esta organización hacia el cumplimiento de los objetivos propuestos en el preámbulo de su propia Constitución⁴⁵ y prosiguió con otros convenios y recomendaciones internacionales⁴⁶ y con la Declaración Universal de

⁴² STJ de 15 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 311), en el caso *Comisión c. Italia* (C-49/00).

⁴³ STJ de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 231), caso *Comisión c. Reino Unido* (C-484/04).

⁴⁴ USHAKOVA, *op. cit.*, pp. 123/124.

⁴⁵ Entre otros, el de mejorar de manera urgente las condiciones de trabajo para un gran número de seres humanos “*en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo*”.

⁴⁶ Convenio n° 14, sobre el descanso semanal en la industria (1921); Convenio n° 30, relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas (1930); Convenio n° 47, sobre la

Derechos Humanos, de 1948, que contempla en su art. 24 el derecho “*al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*”⁴⁷.

Sí se ha ocupado del derecho a la desconexión la doctrina uruguaya. Loustaunau diferencia la conexión digital en tiempo extralaboral de la obligación de “estar conectado” que pesa sobre los trabajadores que desempeñan “guardias de retén”, corrientes en la actividad de la salud (y equivalentes a lo que en Argentina se denominan “guardias pasivas”), que requieren la permanencia a disposición para acudir al lugar en el que deba ejecutarse el trabajo, a requerimiento de la empresa, a cualquier hora y en determinadas situaciones⁴⁸.

En Chile, se considera al derecho al descanso como partícipe de la garantía dispensada por el art. 19 de la Constitución Política de la República a los derechos a la integridad psíquica y física y al respeto y la protección de la vida privada⁴⁹. Los descansos se encuentran regulados por la ley (arts. 34 a 40 del Código del Trabajo) pero también es usual que se pacten de manera individual o colectiva, contándose entre los más típicos los descansos “dentro de la jornada” (colación), “entre jornadas”, durante los fines de semana y las vacaciones⁵⁰.

reducción de las horas de trabajo a cuarenta horas semanales (1935); Recomendación n° 116, sobre la reducción de la duración del trabajo (1962); Convenio n° 106, sobre el descanso semanal en el comercio y las oficinas (1957); Convenio n° 132, sobre las vacaciones pagadas (revisado), de 1970; Convenio n° 171, sobre el trabajo nocturno (1990); y Convenio n° 175, sobre el trabajo a tiempo parcial (1994).

⁴⁷ LOUSTAUNAU, Nelson, “Primera aproximación al derecho a la desconexión”, en revista *Derecho Laboral*, Tomo LXI – N° 271, Julio – Setiembre 2018, pp. 486, 487 y 490. Informa este autor, en el trabajo citado, que en 1980 se dictó el decreto reglamentario n° 611 que ha merecido críticas de la doctrina por sus contradicciones con las normas de jerarquía superior.

⁴⁸ LOUSTAUNAU, *op. cit.*, p. 492.

⁴⁹ AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, “El derecho a desconectarse del trabajo y el derecho a la desconexión digital, tecnológica o electrónica. Análisis teórico y desde la perspectiva chilena”, en *II Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas. Tema: Pensando el futuro del Derecho del Trabajo: la conciliación entre el trabajo y la vida personal*, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Subsección Americana de Jóvenes Juristas, Montevideo, 2017, p. 168.

⁵⁰ *Ibidem*.

IV. Panorámica del derecho al descanso en el ordenamiento argentino

El derecho al descanso tiene arraigo constitucional en la Argentina, como en el Uruguay (véase apartado precedente) y en otros países⁵¹, mediante el art. 14 bis, CN, que impone al legislador ordinario beneficiar al trabajador mediante la imposición de la “*jornada [de trabajo] limitada*” y el “*descanso y vacaciones pagados*”, además de asegurarle “*condiciones dignas y equitativas de labor*”. Casi tres décadas antes de la incorporación, en 1957, de estas garantías al texto ordenado de la Constitución, la ley 11.544 dispuso en su art. 1º: “*La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro*”⁵² y ⁵³.

En el nivel intermedio entre la Constitución y la ley (art. 75.22, primer párrafo, CN), el art. 4 del Convenio n° 155 de la OIT, de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores –ratificado por la Argentina (en 2006), al igual que el Protocolo de 2002 relativo al mismo convenio (ratificado en 2014)–, establece que todo estado miembro “*en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales*”, debe “*formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo*.” A continuación, el art. 5.b) de este convenio indica que tal política debe tener en cuenta, entre otros aspectos, la “*adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores*” en la medida en que “*afecten la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo*”.

⁵¹ El preámbulo de la Constitución francesa de 1946, en su apartado 11º, “*garantiza (...) la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio*”, con lo que estos derechos –afirma Cialti– se convierten en derechos fundamentales. Vid. CIALTI, *op. cit.*, p. 166.

⁵² La norma, en su segundo párrafo, excluye de su ámbito de aplicación a “*los trabajos agrícolas, ganaderos y los del servicio doméstico, (...) los establecimientos en que trabajen solamente miembros de la familia del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado principal*.”

⁵³ La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), n° 20.744, vigente desde 1974 con sucesivas modificaciones, remite expresamente a la ley 11.544 en lo atinente a la materia, declarando que: “*La extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y regirá por la ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario, salvo en los aspectos que en el presente título se modifiquen o aclaren*.”

El art. 2º de la referida ley que regula la jornada laboral desde 1929 establece que *“la jornada de trabajo nocturno no podrá exceder de siete horas⁵⁴, entendiéndose como tal la comprendida entre las veintiuna y las seis horas”* del día siguiente. La misma norma dispone que: *“Cuando el trabajo deba realizarse en lugares insalubres [que] pongan en peligro la salud de los obreros ocupados, la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias o treinta y seis semanales.”*

a) Descanso semanal

Sobre el derecho al descanso hebdomadario se pronuncia el art. 204 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), prohibiendo *“la ocupación del trabajador desde las trece (13) horas del día sábado hasta las veinticuatro (24) horas del día siguiente, salvo en los casos de excepción previstos en el artículo precedente y los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales.”*

El art. 205 del mismo régimen de regulación general del contrato de trabajo complementa esta prohibición de trabajar durante los períodos de descanso semanal asegurando la indemnidad del trabajador en materia salarial y ocupacional en cuanto precisa que la reticencia a trabajar o a estar a disposición del empleador *“no llevará aparejada la disminución o supresión de la remuneración que tuviere asignada el trabajador en los días y horas a que se refiere la misma⁵⁵ ni importará disminución del total semanal de horas de trabajo.”*

La finalidad manifiesta de estas normas, y otras de la LCT que regulan licencias especiales y días feriados y no laborables, no es sino la de brindarle al trabajador el tiempo mínimo necesario para que recupere energías y desarrolle otros aspectos de su vida, v.gr. personales, intelectuales y familiares⁵⁶.

⁵⁴ Límite reiterado por el art. 200, LCT.

⁵⁵ Se refiere a la prohibición de trabajar desde las 13 horas del sábado hasta la medianoche del domingo establecida por el art. 204, LCT.

⁵⁶ PRANDONI, Enrique Ángel, “La jornada y los descansos”, en GARCÍA, Héctor Omar (director) y VIRGILI, Claudio S. (coordinador), *Relación de Trabajo*, EDIAR, Buenos Aires, 2013, T. III – *La dinámica de la relación de trabajo*, p. 505.

b) Negativa a prestar servicios en horas extraordinarias

El derecho del trabajador a negarse a prestar servicios durante el tiempo posterior al término de su jornada laboral se encuentra plasmado de manera expresa en el art. 203, LCT, que reza: “*El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa*”. El precepto advierte, a continuación, que el comportamiento del dependiente en tales circunstancias excepcionales será juzgado en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la empresa.

El ejercicio regular de este derecho no puede ser considerado injuria; el trabajador no puede ser válidamente sancionado ni despedido por llevarlo a la práctica, salvo en los supuestos excepcionales de situaciones de peligro, accidente o exigencias extraordinarias de la economía o de la empresa contemplados por la norma.

c) Pausa mínima entre jornadas sucesivas

La ley (art. 197 *in fine*, LCT) impone un descanso mínimo e ininterrumpido de doce horas que deben separar cada jornada laboral de la siguiente: “*Entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce (12) horas.*” Dado el carácter imperativo de las normas legales laborales, consideradas de orden público, este intervalo no puede ser abreviado por convención individual ni colectiva (arts. 7º, 9º, 13 y cc., LCT).

d) Vacaciones

El descanso anual del trabajador se encuentra regulado en el Título V de la LCT, “*De las vacaciones y otras licencias*”, dentro del cual, el art. 150 del mencionado ordenamiento dispone el goce de un período mínimo y continuado de descanso anual remunerado por los siguientes plazos: a) de 14 días corridos cuando la antigüedad en el empleo no exceda de 5 años; b) de 21 días corridos cuando la antigüedad sea mayor de 5 años y no exceda de 10 años; c) de 28 días corridos cuando la antigüedad, siendo mayor de 10 años, no exceda de 20; y d) de 35 días corridos cuando la antigüedad supere los 20 años. Para que el trabajador tenga derecho a los períodos

de descanso enunciados precedentemente, debe haber prestado servicios durante la mitad, como mínimo, de los días hábiles comprendidos en el respectivo año calendario o aniversario (art. 151, LCT). El mismo artículo aclara que, a los fines del goce de este derecho, “*se computarán como hábiles los días feriados en que el trabajador debiera normalmente prestar servicios.*” Para el supuesto de que el trabajador no alcance a acumular el tiempo mínimo de trabajo previsto en el art. 151 de la LCT, el art. 153 del mismo régimen dispone el goce de un período de descanso anual en la proporción de un día de descanso por cada 20 días de trabajo efectivo.

Las vacaciones, al igual que los descansos semanales impuestos por la ley, son remuneradas, en cumplimiento de lo ordenado por el art. 14 bis de la Constitución. Según el art. 155, LCT, la retribución por vacaciones debe determinarse de la siguiente manera: a) En trabajos remunerados con sueldo mensual, el importe correspondiente a cada día de licencia ordinaria se obtendrá de dividir por 25 el sueldo que perciba el trabajador en el momento del otorgamiento. b) Si la remuneración se hubiere fijado por día o por hora, se abonará por cada día de vacación el importe que le hubiere correspondido percibir al trabajador en la jornada anterior a la fecha en que comience el goce de la licencia, tomando a tal efecto la remuneración que deba abonarse conforme a las normas legales o convencionales, o a lo pactado, en caso de que esto último fuere mayor. c) En supuestos de remuneración variable (v.gr., salario a destajo, a porcentajes, comisiones individuales o colectivas), las vacaciones deben retribuirse de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el año que corresponda al otorgamiento del descanso anual o, a opción del trabajador, durante los últimos 6 meses de prestación de servicios. El párrafo final del artículo impone que la retribución correspondiente al período de vacaciones debe ser satisfecha con anterioridad al momento de su iniciación.

El empleador, obligado a respetar los lapsos destinados al reposo del trabajador, preserva la facultad de distribución de las horas de trabajo y la diagramación de los horarios de labor dentro de la jornada (art. 197, tercer párrafo, LCT).

e) Derecho al descanso y condiciones de salud en el trabajo

Es corriente en las personas que trabajan, y especialmente en aquellas que desempeñan funciones múltiples o de mayor responsabilidad, el estar

pendientes de su teléfono móvil, al que dedican un incuantificable tiempo en atender y responder llamados y mensajes y también en observar constantemente el dispositivo para detectar al instante la recepción de comunicaciones. Este hábito, tan extendido hoy en día, sirve como ejemplo para poner de manifiesto que el abuso del recurso a las TIC para mantenerse en línea con el trabajador, en el contexto actual de difuminación de los límites entre la vida profesional y la vida privada de las personas, puede repercutir nocivamente en la salud de este como causante del padecimiento o agravamiento de afecciones y malestares diversos, contándose entre los más comunes el estrés profesional anormal y trastornos emocionales como el síndrome de agotamiento (*burnout*)⁵⁷.

Tal comportamiento debe contrastarse con las obligaciones que la ley impone al empleador en el marco del contrato de trabajo, entre las que adquiere relieve, al objeto del presente artículo, el “deber de seguridad” establecido en el art. 75, LCT (sobre el que amplió en el parágrafo V.2 del presente). Por otra parte, la ley 24.557, que regula lo atinente a la prevención de accidentes y enfermedades laborales y a la atención y el resarcimiento que puedan corresponder al trabajador por causa de afecciones e incapacidades derivadas de tales siniestros, dedica su Capítulo II (arts. 4º y 5º) a “*la prevención de los riesgos del trabajo*”. Estos dispositivos legales reglamentan dos cláusulas constitucionales: la ya mencionada del art. 14 bis, CN, que ordena a la ley asegurar al trabajador “*condiciones dignas y equitativas de labor*”, y el denominado *principio de indemnidad*, extraído del art. 19 de la norma fundamental, que veda las acciones que “*perjudiquen a un tercero*”.

V. Una caracterización jurídica del derecho a la desconexión

Sin perjuicio del mérito que cabe reconocer a las críticas formuladas por la doctrina española que han sido citadas en el apartado precedente, se tratará, en lo que sigue, al derecho a la desconexión como una atribución del trabajador diferenciada, aunque derivada, de los derechos al descanso y al respeto de la privacidad de este. Ello, en la inteligencia de que la atención puesta en el instituto como un derecho de nueva generación agrega valor al estudio actualizado de una problemática que indiscutiblemente incorpora

⁵⁷ KUSHEV y DUNN, *op. cit.*, p. 220.

matices inéditos a los referidos derechos, al igual que a los alcances de la subordinación del trabajador con respecto al empleador y, asimismo, a la consideración que esos derechos merecen en el contexto actual de ubicuidad de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Desde esa perspectiva cabe señalar, como primera característica del derecho a la desconexión, que consiste en un derecho de titularidad del trabajador⁵⁸, que por tanto este puede ejercer unilateralmente durante todo el tiempo en que no se encuentre obligado a estar a disposición del empleador para prestar servicios, lo cual incluye no sólo los períodos de descanso sino también cualquier otro que se encuentre fuera del alcance del poder de dirección del patrono, como v.gr. los de convalecencia o goce de licencias especiales (por estudios, por nacimiento de un hijo o fallecimiento de un familiar, etc.).

En segundo lugar, no está de más subrayar la esencial hibridez estructural del nuevo derecho, no solo en su concepción teórica sino también en la plasmación normativa verificada hasta el momento en contados ordenamientos, en tanto –como se señaló más arriba– se ha edificado sobre la base de reglas jurídicas generales y omnipresentes en el contrato de trabajo (como los principios o reglas de buena fe y de indemnidad) y, sobre todo, de los derechos específicos laborales del trabajador al descanso (entre jornadas, hebdomadario y vacacional), a negarse a prestar servicios en horas suplementarias y a la protección de su salud en el trabajo, además del derecho inespecífico al respeto de su privacidad⁵⁹.

Como ocurre con toda facultad, su ejercicio no es ilimitado ni absoluto. El ejercicio del derecho a desconectarse está sujeto a excepciones, que reúnen dos características que operan a su vez como condicionantes de sí mismas: *causalidad* y *onerosidad*⁶⁰. Esto implica, en primer término, que

⁵⁸ Alemán Páez, sobre la base de lo que surge de la *loi Travail*, lo caracteriza como “un derecho de titularidad individual («derecho... que confiere a los trabajadores...») y de ejercicio potestativo («la posibilidad de decidir...»)". Explica el autor que el concepto de *inversión* alude al rechazo –o acción negativa– del trabajador de conectarse a los dispositivos digitales, mientras que la *reversión* “emplaza a un derecho de reposición del trabajador en sus anteriores condiciones laborales e inter-comunicativas”. Véase ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ Tomo las nociones de derechos laborales específicos e inespecíficos de PALOMEQUE, Manuel-Carlos, “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (director) y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (coordinador), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 229/248.

⁶⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “El riesgo de la conectividad permanente: un reto para la con-

las excepciones pueden estar ligadas al acontecimiento de ciertas causas, como emergencias o situaciones extraordinarias de fuerza mayor, que activen la exigencia al trabajador de comportamientos compatibles con las reglas de buena fe contractual, de no dañar y de colaboración, diligencia y solidaridad (arts. 62, 63, 84, LCT) y de prestar los auxilios que le sean requeridos en caso de peligro grave o inminente para las personas o las cosas incorporadas a la empresa (art. 89, LCT). En segundo término, la conexión del trabajador en espacios extralaborales, aunque excepcional y justificada, debe ser obviamente retribuida, como toda prestación del trabajador efectuada como consecuencia del contrato de trabajo aunque consista en su sola puesta a disposición del empleador (art. 103, LCT).

V.1. Singularidad propia del derecho a la desconexión

Las TIC, al haber adquirido una presencia infaltable en prácticamente toda situación y todo quehacer humano, condicionan los comportamientos y hábitos de la vida personal, social y profesional a un extremo tal que impide que el hecho de juzgar que, en rigor, no se trata de un derecho de nuevo orden sino más bien de una nueva denominación, o una nueva visión, aplicada a un conjunto de derechos preexistentes en el acervo jurídico-social del trabajador conduzca a menospreciar los aspectos novedosos que generan los instrumentos tecnológicos en el ejercicio de los derechos de este que se encuentran en juego, o a desatender la necesidad de establecer nuevas demarcaciones al alcance del poder de dirección del empleador, que a su vez se ha vuelto más sofisticado y penetrante gracias a dichos instrumentos.

Ni siquiera la convicción de que no se está en presencia de un realmente nuevo derecho debe conducir a negar que los derechos laborales “típicos” al descanso y a condiciones dignas de labor –reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral internacional hace un siglo–, así como el respeto a la privacidad del trabajador, pueden demandar un remozamiento de su examen. El problema no puede agotarse en la discusión en torno a si se trata o no de un derecho verdaderamente nuevo. Es necesario asumir que las TIC,

secución de un tiempo de trabajo decente”, en CEREJEIRA NAMORA, Nuno – MELLA MÉNDEZ, Lourdes – ABRUNHOSA E SOUSA, Duarte – CEREJEIRA NAMORA, Gonçalo y CASTRO MARQUES, Eduardo (editores), *Health at Work, Ageing and Environmental Effects on Future Social Security and Labour Law Systems*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2018, p. 61.

al difuminar los límites entre el tiempo de trabajo y el destinado a la vida personal, han agregado nuevos y no suficientemente explorados perfiles al ejercicio de aquellos derechos de viejo cuño, cuyo ejercicio se encuentra afectado por la introducción de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos –laborales y extralaborales–, lo cual requiere el aporte de nuevas miradas, destinadas especialmente, en primer lugar, a reconocer los mencionados derechos en su actual manifestación y en un contexto absolutamente renovado, y en segundo, a asegurar que no se diluya su vigencia en las actuales circunstancias.

El rasgo distintivo que habilita el tratamiento del derecho a la desconexión digital como un derecho de nueva generación reside simplemente en que su ejercicio se encuentra determinado de manera excluyente por el acceso constante o frecuente del trabajador a los sistemas informáticos de comunicación, lo que incluye tanto a los soportes físicos que componen el denominado *hardware* (principalmente computadoras personales, tabletas y teléfonos celulares inteligentes) como a los elementos lógicos (programas de computación o *software* como internet, correo electrónico y aplicaciones de mensajería instantánea, entre otros), en un contexto de utilización generalizada o corriente de dichas herramientas por la organización empresarial para la que aquel trabaja.

Esta circunstancia hace necesario –o por lo menos conveniente– que la atención que se le brinde a este derecho, ya sea desde el punto de vista dogmático como desde la regulación normativa, tenga en cuenta que se desenvuelve en un entorno amenazante o capaz de poner en entredicho el goce efectivo de los derechos del trabajador al descanso, a trabajar en condiciones saludables y al respeto de su privacidad y de su vida extralaboral cuando estos derechos se encuentran expuestos a las mencionadas vías de comunicación al instante, que utiliza también la empresa. Del mismo modo, se trata de que el renovado estudio del derecho contribuya a pensar en el diseño de mecanismos destinados a asegurar su disfrute por el trabajador ante eventuales llamados o mensajes invasivos de su empleador –o de sus compañeros de trabajo por motivos vinculados a este o de los clientes de la empresa para la que trabaja–, estableciendo nuevos y más precisos límites al poder directivo y disciplinario del principal y despejando toda posibilidad de que la desatención de ellos por parte del dependiente pueda ser considerada un acto de incumplimiento contractual injurioso que dispare la aplicación de una sanción disciplinaria o el despido por parte del empleador.

Es decir que el diseño de una ocasional regulación, legislativa o convencional, deberá contemplar que se está en presencia de una nueva cara de la –hoy más que nunca– poliédrica subordinación, que hace necesario un replanteo de los límites al ejercicio del poder de organización, dirección y disciplinario del empleador, de modo de ajustarlos con mayor precisión y adecuarlos a las actuales circunstancias de presencia unánime de las herramientas digitales de comunicación.

V.2. Derecho a la desconexión y suspensión de cumplimiento contractual

En apariencia semejantes, el ejercicio del derecho a la desconexión digital del trabajador y la excepción de cumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), ahora denominada “suspensión de cumplimiento contractual” por los arts. 1031 y 1032 del nuevo Código Civil y Comercial argentino⁶¹, presentan diferencias que viene a cuento relevar.

No obstante que –conforme a la caracterización efectuada más arriba– en ambos casos se está en presencia de derechos de titularidad del trabajador y, por ello, susceptibles de ser ejercidos de manera unilateral por él, y a pesar de que la ejercitación de ambos consiste en la negativa jurídicamente autorizada a prestar servicios para su empleador, las circunstancias de hecho en las cuales puede ejercerse uno y otro –marcadamente particulares y disímiles entre sí– son condicionantes tan decisivos que devienen en rasgos esenciales o constitutivos de la respectiva naturaleza de cada uno.

El derecho a la desconexión se distancia de la *exceptio*, en primer lugar, en cuanto el ejercicio de esta es posible en un contexto en el que la regla es que el trabajador se encuentra constreñido al cumplimiento de una obligación de origen sinalagmático, en el caso, la de prestar tareas o, al menos, de estar a disposición del empleador para prestarlas. El supuesto más notorio

⁶¹ “Art. 1031. – *Suspensión de cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.*”

“Art. 1032. – *Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.*”

de habilitación legal expresa del ejercicio de la excepción de cumplimiento contractual como un derecho “inespecífico laboralizado” del trabajador se presenta como anverso del *deber de seguridad* impuesto al empleador por el art. 75, LCT, y el art. 19, literal f), segunda cláusula, del ya mencionado Convenio n° 155 de la OIT.

El citado precepto de la LCT obliga al principal a “*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.*” La eventual inobservancia del patrono de “*las disposiciones legales y reglamentarias (habría que agregar las emanadas de convenciones colectivas) pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo*” permite al trabajador rehusar la prestación de trabajo sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el trabajo 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.*”

A su vez, el Convenio n° 155, que en su art. 16, apartado 1, obliga al empleador a garantizar que “*los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores*”, dispone en el art. 19.f) que aquel “*no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o su salud*”.

En contraste, en el contexto en que tiene lugar el ejercicio del derecho a la desconexión la obligación de prestar tareas no es la regla sino un supuesto de excepción. El derecho a la desconexión habita en los márgenes temporales que resultan de libre disponibilidad para el trabajador o en los que este debe concentrar el empleo del tiempo en la recuperación de su salud o en otras contingencias generadoras del goce de licencias, en los cuales no pesa sobre él ninguna obligación de *hacer* ni de estar a disposición de su empleador derivada del contrato de trabajo. En otras palabras, el

nuevo derecho puede ejercerse únicamente durante los intervalos temporales que se encuentran fuera del alcance de la subordinación y, por tanto, puede dedicarlos al descanso, el esparcimiento, el estudio, la atención de su familia o de su salud, si esta se viera afectada por una enfermedad o un accidente. Es decir, que ni el contrato de trabajo se suspende ni el cumplimiento de ninguna de las obligaciones recíprocas derivadas de este se compromete en modo alguno por causa o motivo del ejercicio del derecho a la desconexión. El contrato sigue vigente de manera inalterada, íntegra e ininterrumpida.

Una última distinción posible entre el derecho a la desconexión y la *exceptio* surge del carácter autoejecutivo, de operatividad unilateral directa, que posee el primero. A diferencia de la suspensión de cumplimiento contractual regulada en el Código Civil y Comercial y en el art. 75, LCT, el trabajador puede ejercer el derecho de manera unilateral e inmediata, sin encontrarse sujeto a la condición de que medie un peligro inminente de daño ni de incumplimiento contractual derivado de la inaptitud o insolvencia del deudor —en el caso, el empleador— ni necesidad de requerir intervención judicial o de la autoridad de aplicación laboral ni intermediación de la organización sindical que lo represente. Tampoco se encuentra obligado a intimar ni a preavisar a su empleador antes de “desconectarse” ni a recabar su autorización para ello.

La *exceptio* y del derecho a la desconexión vuelven a aproximarse en cuanto el ejercicio regular de ambos no puede acarrear como consecuencia la pérdida de salarios ni la justificación del despido (tal como lo prevé expresamente para el segundo la ley italiana n° 81 de 2017).

VI. El derecho a la desconexión en la negociación colectiva

La experiencia comparada del breve camino recorrido hasta hoy por el derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, al igual que el correlativo deber patronal de respetar el descanso y la vida privada del trabajador mediante la abstención de enviarle comunicaciones a este en circunstancias extralaborales (vía teléfono celular, correo electrónico o redes sociales), exhibe al mencionado derecho como una materia susceptible de ser abordada por unidades de negociación de todo nivel, desde el interconfederal hasta el de empresa o establecimiento.

Sin perder de vista las motivaciones de carácter político que determinaron la reforma al Código del Trabajo francés⁶², el método comparativo sobre el desarrollo de la negociación colectiva en torno al derecho a la desconexión en Francia, donde tuvo su origen, y otros países europeos puede aportar utilidad con miras a la renovación de la negociación colectiva en la Argentina, que tantos cuestionamientos lleva acumulados por la petrificación de los contenidos negociados en rondas transcurridas hace varias décadas, como las de 1975 y 1989⁶³.

Tres años antes de la “reforma Macron” al Código del Trabajo de Francia, la regulación del derecho a la desconexión en este país estuvo exclusivamente en manos de los interlocutores sociales. El ya mencionado acuerdo nacional interprofesional del 19 de junio de 2013 (ANI), firmado por las organizaciones empresariales representativas⁶⁴ y las centrales sindicales⁶⁵, introdujo el tema dentro del abordaje de la problemática de la calidad de vida en el trabajo. En su art. 17, titulado “*Promover una gestión inteligente de las tecnologías de la información y la comunicación al servicio de la competitividad de las empresas, respetuosa de la vida de los trabajadores*”, si bien adopta como punto de partida la consideración de que las TIC “*forman parte integrante del entorno de trabajo y son indispensables al funcionamiento de la empresa*”, el documento no deja de alertar sobre los riesgos de confusión que estas tecnologías pueden producir entre la vida laboral y la vida personal y sobre el peligro de degradación de las condiciones de integración de los trabajadores⁶⁶.

⁶² Según da cuenta Jeammaud, la “ley El Khomri” es el caso más reciente, entre muchos otros textos normativos, de respuesta clara a la preocupación exteriorizada reiteradamente por la Comisión Europea a través de sus “recomendaciones” a los estados miembros, en las que se insta a Francia a proceder a una “*modernización del mercado de trabajo*, eufemismo que obviamente significa una flexibilización de las condiciones jurídicas del uso de la mano de obra”. Véase JEAMMAUD, Antoine, “La ‘Reforma Macron’ del Código del Trabajo francés”, traducción de Pierre-Henri Cialti, *Revista de Derecho Laboral* 2018-1, *Contratación laboral y despido - I*, Santa Fe, julio de 2018, pp. 20/21, con cita de « *Loi Travail: Bruxelles espère des mesures fortes de la France / Bruxelles attend Emmanuel Macron sur sa future loi travail* », *Le Monde*, 23 de mayo de 2017.

⁶³ Véase al respecto, entre otros, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales (Oscar Valdovinos, presidente), *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe – Buenos Aires, 2008, pp. 275/277.

⁶⁴ Movimiento de Empresas de Francia (MEDEF), Confederación General de Pequeñas y Medianas Empresas (CGPME) y Unión Profesional Artesanal (UPA).

⁶⁵ Confederación General del Trabajo (CGT), Confederación Francesa Democrática del Trabajo (CFDT), Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos (CFTC), Confederación General del Trabajo-Fuerza Obrera (CGT-FO) y Confederación General de Cuadros (CFE-CGC).

⁶⁶ CIALTI, *op. cit.*, p. 167.

El producto de esa negociación colectiva en la cumbre⁶⁷ asigna a las empresas el papel central de impulsoras y responsables de la formulación normativa del derecho a la desconexión por medio del diálogo y la negociación, en los que distingue tres planos de actuación: a) toma en cuenta la situación de los trabajadores que pueden encontrar dificultades en el manejo de las TIC y encomienda a las empresas la implementación de programas de formación específica; b) requiere a las empresas que, tras haber consultado a los trabajadores sobre el uso de estas tecnologías en el trabajo, procuren “*los medios para conciliar vida personal y vida profesional*” mediante “*la instauración, por ejemplo, de tiempos de desconexión*”; y c) le concede la posibilidad de “*poner en marcha acciones de sensibilización sobre el buen uso de las TIC para los trabajadores directivos*”. Por otra parte, el ANI convierte al diálogo social en el cauce preferencial para construir la mejora de la calidad de vida en el trabajo y configura un procedimiento general de actuación –que va más allá del derecho a la desconexión– a desarrollarse en tres etapas: 1) diagnóstico previo, 2) definición de indicadores específicos para la empresa; 3) acompañamiento a los equipos de dirección y gestión⁶⁸.

Según da cuenta la doctrina francesa, la referencia de los convenios colectivos al derecho a la desconexión es escasa en el nivel sectorial y centrada en los empleados jerárquicos sujetos a acuerdos de tarifa fijada en días (*forfait-jours*)⁶⁹. El art. L 3121-64-3 del Código de Trabajo prevé que

⁶⁷ Tomo el concepto de SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel, *La negociación colectiva en la cumbre* (art. 83.3 E.T.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

⁶⁸ CIALTI, *op. cit.*, pp. 167/168.

⁶⁹ El sistema *forfait-jours* o *forfait en jours* consiste en un régimen específico para personal de jerarquía (cuadros) o alta calificación que cuenta con el grado de autonomía que se considera necesario para el ejercicio de sus tareas y sus responsabilidades y que impide una determinación *ab initio* del tiempo de trabajo y la aplicación del horario general de la empresa. Estos trabajadores se encuentran sometidos a un método especial de medición de la jornada laboral que no se fija en horas sino en días trabajados dentro de un período anual y que excluye la limitación de la jornada máxima diaria y semanal. La implementación de estos acuerdos, además de la conformidad escrita del trabajador, requiere de un acuerdo colectivo –de empresa o establecimiento o, en su defecto, de rama– que contemple su puesta en marcha. La reforma al Código del Trabajo de agosto de 2016 introdujo en los arts. L 3121-58 a L 3121-67 de este ordenamiento gran parte de la jurisprudencia vigente, que requiere que los convenios colectivos que autorizan la celebración de acuerdos individuales de *forfait* contengan una serie de estipulaciones específicas, entre otras, 1º) Las modalidades según las cuales el empleador asegura la evaluación y el seguimiento regular de la carga de trabajo del empleado; 2º) Las condiciones según las cuales el empleador y el trabajador se comunican periódicamente sobre la carga de trabajo del trabajador, sobre la articulación entre su actividad profesional y su vida personal, sobre su remuneración y sobre la organización del trabajo en la empresa; y 3º) Las condiciones bajo las cuales el empleado puede ejercer su derecho a la desconexión prevista en el párrafo 7 del

“el acuerdo colectivo que autoriza la conclusión del convenio individual en forfait-jours determina: (...) las modalidades según las cuales el trabajador puede ejercer su derecho a la desconexión.” Entre los instrumentos que incluyen el tema se cuentan las cláusulas adicionales a los acuerdos de la actividad de importación y exportación (del 27/06/2016) y del comercio mayorista (del 30/06/2016) que obligan al trabajador a desconectarse de las herramientas de comunicación remota e insisten en el papel del empresario, al que exigen recordar (a) a los trabajadores, la *no-obligación* de atender las solicitudes de trabajo, y (b) a los directivos, la posibilidad de recurrir a los envíos de mensajes diferidos⁷⁰.

El trabajo de Pierre-Henri Cialti encuentra tres notas comunes a los distintos acuerdos que incluyen la materia en estudio, a las que considera representativas de la filosofía que –“indiscutiblemente”, asegura el mismo autor– vendría a marcar el contenido de la ley de agosto de 2016. Ellas son: a) el reconocimiento de un derecho a la desconexión y su importancia para la salud y el respeto de la vida personal; b) el papel de la jerarquía empresarial para su puesta en marcha; y c) la previsión de mecanismos que permiten su efectividad y su seguimiento⁷¹.

La reforma legal de 2016 agregó un párrafo (7º) al art. L 2242-17 del *Code du travail*, que establece la inclusión, mediante que la negociación colectiva anual sobre “igualdad profesional entre mujeres y hombres y calidad de vida en el trabajo”, de: “*Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador del derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de disposiciones de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, con el fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como de su vida personal y familiar.*” El párrafo incorporado por la reforma no deja de prever la hipótesis de falta de acuerdo en dicha negociación, en cuyo supuesto “*el empleador, previa consulta al comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal*”⁷², elaborará

artículo L 2242-17. Vid. CIALTI, *op. cit.*, p. 168, nota 19; MOREL, *op. cit.*, p. 5, nota 9; y PIGNARRÉ, Geneviève, « Forfait annuel en jours, la loi Travail du 8 août 2016 va-t-elle modifier le droit positif? », en *Revue de Droit du Travail* n° 3 – mars 2018, p. 225.

⁷⁰ CIALTI, *op. cit.*, p. 168.

⁷¹ CIALTI, *op. cit.*, p. 169.

⁷² En el modelo francés de representación de los trabajadores en la empresa –a diferencia de otros sistemas de “doble canal” como por ejemplo el español– se eligen *delegados del personal* en las empresas o centros de trabajo de al menos 11 empleados, lo que permite la cohabitación de estos con el *comité de empresa* cuando la empleadora ocupa al menos a 50 trabajadores. Pero las *insti-*

*un protocolo de actuación al respecto [que] definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la implementación, para los empleados y el personal de administración y gerencia, de acciones de capacitación y de sensibilización para el uso razonable de herramientas digitales*⁷³ y ⁷⁴.

A su vez, el art. L 3121-64, CT –modificado por la ordenanza n° 2017-1718, del 20 de diciembre de 2017, complementaria de la *loi Travail*–, agrega requisitos destinados a las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión que deben configurarse mediante los convenios colectivos que autoricen la conclusión de acuerdos individuales de salarios tarifados en días por año (*forfait-jours*). Estos últimos deben determinar: “1°) *Las condiciones bajo las cuales el empleador asegura la evaluación y el monitoreo regular de la carga de trabajo del empleado*; 2°) *Las condiciones según las cuales el empleador y el empleado se comunican periódicamente sobre la carga de trabajo de este, sobre la articulación entre su actividad profesional y su vida personal, sobre su remuneración y sobre la organización del trabajo en la empresa*; [y] 3°) *Las condiciones bajo las cuales el empleado puede ejercer su derecho a la desconexión prevista en el párrafo 7° del artículo L. 2242-17.*”

La manera elegida por el legislador francés para concretar la primera regulación del derecho a la desconexión recibe una aguda crítica de Morel, que observa que tal metodología tiene como consecuencia una doble limi-

tuciones representativas del personal, reguladas en el Libro III de la Segunda Parte del Código del Trabajo, fueron también alcanzadas por la reforma implementada por la *loi Travail* de 2016, que fue completada, en este aspecto, por la ordenanza n° 2017-1386, “*relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l’entreprise et favorisant l’exercice et la valorisation des responsabilités syndicales*”. La nueva regulación impone la supresión del comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo y la fusión de los dos órganos restantes de representación de los trabajadores (delegados del personal y comité de empresa) en uno solo, denominado *comité social y económico*. Vid. JEAMMAUD, *op. cit.*, pp. 17/21; y PALLI, Barbara, « La réforme des IRP au prisme du droit comparé », *Droit Social*, n° 1 – Janvier 2018, pp. 77/78.

⁷³ VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁴ El estudio general de la Comisión de Expertos de la OIT, citado arriba, explica precisamente que en Francia se negocian las formas en que los empleados ejercen el derecho a la desconexión y la instalación en la empresa de dispositivos para regular el uso de las herramientas digitales con el fin de que se respeten los períodos de descanso, las vacaciones y la vida privada de aquellos y que, en caso de no arribarse a un acuerdo, el empleador debe redactar un estatuto (reglamento) en consulta con el comité de empresa o, en su defecto, con los delegados del personal. (Conforme se sintetizó en la nota 62 del presente, ambas instituciones representativas de los trabajadores en la empresa han sido fusionadas por la reforma de 2017 en el comité social y económico.) Véase OIT, *Garantizar...*, cit., p. 295, párr. 747.

tación al reconocimiento del derecho: en primer término, en cuanto acota su campo de aplicación personal, que no se extiende a todos los asalariados sino solo a los comprendidos por el ámbito de aplicación de los acuerdos de empresa; y, en segundo, porque convierte a la desconexión digital en objeto de un derecho de contenido variable y heterogéneo⁷⁵.

La misma autora agrega un cuestionamiento al contenido de esa regulación. Señala que, al focalizarse en los instrumentos informáticos –es decir, por un lado, como un derecho “conectado” a la obligación de negociar sobre la igualdad profesional y la calidad de vida en el trabajo y a la vez “desconectado” del problema de la carga de trabajo, que a su vez es causa de “hiperconexión” –referida mediante otra innovación terminológica de Ray como *sobre-subordinación*⁷⁶–, encierra el riesgo de desresponsabilizar al sujeto que, por el hecho de su poder de organización y dirección, es quien puede precisamente sopesar y limitar esa carga (el empleador), en detrimento de quien se encuentra sometido a ese poder y expuesto al exceso de conexión (el trabajador)⁷⁷.

Recuerda Morel que la noción de “carga de trabajo” hace su aparición en el *Code du Travail* en 2002, concentrada entonces en los empleados sujetos a acuerdos de *forfait-jours*, y que además se encuentra destacada en el informe elaborado por el señor Bruno Mettling (director general de recursos humanos de la empresa Orange), por encargo del Ministerio de Trabajo, Empleo, Formación Profesional y Diálogo Social de Francia, destinado a la adaptación del trabajo a la transformación digital, que fue presentado a la entonces recién asumida ministra Myriam El Khomri el 15 de septiembre de 2015, esto es, con anterioridad al lanzamiento del proyecto de ley de reforma al Código de Trabajo de 2016 (1° de mayo de ese año). Ese documento, conocido como “*informe Mettling*”, puso en evidencia la necesidad de evaluar la problemática del uso de los instrumentos informáticos en el marco de una medición de la carga de trabajo, que en la

⁷⁵ MOREL, *op. cit.*, pp. 7/8.

⁷⁶ RAY, Jean-Emmanuel, « Travail et droit du travail de demain. Autonomie, sur-subordination, sub-organisation? », p. 7, documento que acompañó su intervención en la « *Matinée Gérard Lyon-Caen* », *Subordination juridique, dépendance économique.... Quelles protections demain, pour quels travailleurs ?*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris I - Sorbona y la Asociación Francesa de Derecho del Trabajo (AFDT), viernes 17 de junio de 2016 (consultado en <http://francestrategie1727.fr/wp-content/uploads/2016/02/fs.jean-emmanuel-ray.2mai.envoie.pdf> el 2 de enero de 2019).

⁷⁷ MOREL, *op. cit.*, pp. 7/8 y 12/14.

dinámica que se produce en el seno de las empresas se torna un objeto de intercambio e incluso de evaluación regular. Sin embargo, la *loi Travail* no establece ninguna relación directa entre la carga de trabajo y el derecho a la desconexión, lo cual lleva a la autora citada a lamentar el desperdicio de una oportunidad para crear una nueva herramienta de negociación obligatoria tendiente a evitar el exceso de trabajo por el conjunto de los asalariados, que habría contribuido a encaminar la negociación colectiva hacia el objetivo de asegurar de manera efectiva el derecho al descanso.^{78 y 79}

Los datos empíricos sobre la negociación del nuevo instituto concreta hasta el momento en Francia aportan ejemplos que pueden ser tomados en cuenta en países como la Argentina, en el cual la problemática existe con características indiferenciadas pero parece no concitar la atención del legislador ni de los actores sociales.

Además del ya mencionado AMI, otro instrumento convencional relevante que se ocupó del derecho a la desconexión en Francia con anterioridad a la reforma legal es el acuerdo colectivo de ámbito sectorial celebrado el 1° de abril de 2014 por las centrales sindicales CFDT y CFE-CGC con las cámaras patronales SYNTEC y CINOV –que complementa el convenio del 19 de febrero de 2013 y modifica el art. 4 del capítulo 2 del acuerdo nacional de 22 de junio de 1999–, dedicado a la duración del tiempo de trabajo para la rama de la “asesoría técnica, ingeniería, servicios informáticos, recursos humanos y consultoría”. Dicho acuerdo –cuya negociación tuvo su causa en una sentencia de la Corte de Casación sobre los acuerdos de *forfait-jours* dictada el 24 de abril de 2013– incorporó las obligaciones “*de respetar los períodos mínimos de descanso*” y “*de desconectar las herramientas de comunicación a distancia*” como contenidos a ser introducidos en las negociaciones a llevarse a cabo ulteriormente en cada empresa⁸⁰.

El ámbito de la empresa –especialmente la de grandes dimensiones⁸¹– era ya el territorio más recorrido por la negociación colectiva que abordó

⁷⁸ MOREL, *op. cit.*, pp. 13/14.

⁷⁹ La exposición de motivos del proyecto de ley que resultó aprobado en agosto de 2016 señala la importancia de que la negociación colectiva tome en cuenta la “*coerción*” que los instrumentos digitales ejercen sobre los trabajadores, por lo que –aclara– el cambio normativo tiende a “*garantizar la efectividad del derecho al descanso*”.

⁸⁰ Acuerdo accesible en <https://www.syntec.fr/1-federation-syntec/138-documentation/210-espace-presse/326-signature-d-un-accord-relatif-aux-forfaits-jours.aspx>. Vid. asimismo USHAKOVA, *op. cit.*, p. 124.

⁸¹ Thales, Orange, Areva, France Telecom, Michelin, Natixis, Société Générale, entre otras.

la materia desde antes de la sanción de la *loi Travail*⁸². Esta ley vino a reforzar esa práctica en cuanto –como ya se ha señalado aquí–, si bien reconoce la existencia de un derecho a la desconexión, lo hace a través de una obligación de negociar “*las modalidades de ejercicio de este derecho*” en el seno de la empresa⁸³.

Entre las principales negociaciones alcanzadas en dicho ámbito, dentro del sistema de relaciones laborales francés, son dignas de mención tres concretadas con anterioridad a la aprobación de la Ley El-Khomri. En primer lugar, el acuerdo sobre la duración del tiempo de trabajo de la empresa Gie Réunica, cerrado el 29 de enero de 2014, en que, al reconocerse que el trabajo fuera del horario laboral y la utilización de las nuevas tecnologías constituyen factores de riesgos psicosociales, se procede a implantar un sistema de control consistente en que el principal servidor de mensajería electrónica de la empresa bloquea los mensajes entrantes desde las 20:00 a la hora 7:00 del día siguiente, y durante el fin de semana, desde las 20:00 horas del viernes a las 7:00 del lunes siguiente. Luego, *La Poste* –empresa de composición mixta que presta el servicio público de correo en el territorio de la república– suscribió en 2015 un convenio que, entre otras materias, estipula que sólo “*la gravedad, la urgencia o la importancia excepcional pueden justificar el uso de los sistemas de mensajería profesional por la noche o fuera de los días de trabajo*”. Poco tiempo después, en 2016, el grupo Michelin también incluyó el derecho a la desconexión en un convenio cuyo aspecto saliente se encuentra en la previsión de un sistema de alertas cuando un empleado se conecta más de cinco veces con la empresa mientras se encuentra fuera de su trabajo.

La negociación colectiva sobre el derecho a la desconexión cuenta con ejemplos igualmente interesantes en otros países de Europa, como por ejemplo, Alemania, Italia y España.

La empresa multinacional alemana Volkswagen, ya en 2012, había acordado con su comité de empresa la desactivación de la respuesta a los correos electrónicos enviados hacia los teléfonos inteligentes de los empleados entre las 18:15 y las 7:00 horas del día siguiente y la puesta en práctica de acciones destinadas a modificar los hábitos de hiperconexión de los asalariados, como por ejemplo, mediante la fijación de días sin co-

⁸² CIALTI, *op. cit.*, p. 168.

⁸³ MOREL, *op. cit.*, p. 7.

reos electrónicos y la supresión de la función “responder a todos” (*reply to all*) de las aplicaciones de mensajería.

Se encuentran más ejemplos de la negociación colectiva germana sobre la materia en otras grandes empresas de la industria del automóvil. Uno de ellos es el convenio de Daimler-Benz de 2014 que, con el interés de promover un cambio en la cultura corporativa dentro del marco de un objetivo de “digitalización estratégica”, contempla medidas tendientes a limitar el estrés generado por la sobrecarga laboral mediante restricciones de acceso del trabajador al correo electrónico institucional. La medida estrella adoptada a ese fin es la implementación de un nuevo programa, denominado “*Mail on Holiday*”, que permite a los empleados la configuración de su *software* de correo electrónico para que elimine automáticamente todos los mensajes entrantes mientras ellos se encuentran de vacaciones, con el objeto de evitar el impacto emocional que provoca encontrar la casilla digital desbordada al momento de regresar al servicio⁸⁴.

Otro caso a destacar es el acuerdo arribado entre BMW y su comité de empresa en el mismo año, que permite a su personal registrar todo el tiempo aplicado al trabajo fuera de las instalaciones de la empresa como tiempo de servicio efectivo, lo que genera compensaciones por las horas y minutos dedicados a contestar correos electrónicos fuera de la jornada normal de labor. Este instrumento también promueve que el personal acuerde con sus supervisores períodos fijos en los cuales puedan ser conectados⁸⁵.

Alemania provee también una referencia de interés para la negociación en el sector público, en la suerte de código de conducta emitido por el Ministerio de Empleo en agosto de 2013 actuando como empleador. En el marco de un acuerdo más amplio sobre el trabajo remoto, el órgano de gobierno emitió una prohibición dirigida a sus funcionarios de jerarquía para efectuar llamados o enviar correos electrónicos al personal fuera del horario de trabajo, excepto en casos de emergencia, a fin de evitar a sus empleados el riesgo de *burnout*. Las directrices del ministerio establecen que los jefes deben aplicar un principio de “intervención mínima” en el tiempo libre de los trabajadores y mantener en el nivel más bajo posible el número de personas cuyo tiempo libre pueda llegar a ser interrumpido.

⁸⁴ El programa envía una respuesta automática al remitente advirtiéndole que la persona está fuera de la oficina y que el correo electrónico se eliminará, al tiempo que ofrece la información de contacto de otro empleado para asuntos urgentes. Véase, entre otros: *Time magazine*, 15/08/2014, <http://time.com/3116424/daimler-vacation-email-out-of-office>.

⁸⁵ LOUSTAUNAU, *op. cit.*, p. 495.

Como lógica consecuencia, el personal no debe ser penalizado por apagar sus teléfonos móviles o no responder mensajes fuera de hora⁸⁶.

En Italia se han celebrado mayoritariamente acuerdos de empresa, en los cuales se acuerda la implantación del “*lavoro agile*” sin dejar de hacer mención a la vocación de conciliar la vida laboral y familiar del personal. Ello ocurre en los acuerdos concertados por las empresas: BNP-Paribas 2014-2015, Euler-Hermes (acuerdo de enero de 2016 sobre *smart working*), INTESA Sanpaolo (acuerdo de 10 de diciembre de 2014 sobre *lavoro flessibile*), Randstad (acuerdo de 22 de febrero de 2016), SNAM (de 20 de noviembre de 2016) y Unindustria Roma (de 27 de junio de 2016); estos dos últimos, sobre *smart working*. También en los acuerdos de actividad arribados con FedeAlimentare (de noviembre de 2015) y FederCulture (de 12 de mayo de 2016), ambos “sobre teletrabajo y *lavoro agile*”⁸⁷.

En España, tiene relevancia el convenio colectivo de AXA Seguros –filiado de un grupo de matriz francesa– celebrado para el período 2017-2020. El artículo 14 de este acuerdo, a continuación de considerar “*innegable que hoy en día el fenómeno de la ‘interconectividad digital’ está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo*”, expresa la coincidencia de las partes firmantes respecto de “*la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral*”, por lo que, “*consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”⁸⁸.

Al analizar críticamente esta cláusula, Molina Navarrete se pregunta, de manera retórica y crítica: “¿*si el vigente convenio colectivo de AXA (...) no hubiera sido tan valiente e innovador a la hora de avanzar en la adecuación del obsoleto modelo regulador estatutario a la altura de los tiempos –digitales–, los trabajadores de AXA tendrían la obligación de responder a correos eventualmente enviados por su empleador fuera de la jornada de*

⁸⁶ *The Telegraph*, 30 Aug. 2013 (<https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/10276815/Out-of-hours-working-banned-by-German-labour-ministry.html>).

⁸⁷ Información extraída de CERVILLA GARZÓN, “Reflexiones...”, *op. cit.*

⁸⁸ Reproducido por MOLINA NAVARRETE, en *op. cit.*, p. 251.

trabajo? Y si no lo hicieran ¿podrían ser sancionados o perjudicados de algún modo por ello?” El autor se responde de inmediato que ni antes de este precepto convencional los trabajadores de AXA estaban obligados a responder necesariamente a los mensajes profesionales fuera de la jornada –salvo previsión contractual en contrario, siempre que no fuese desequilibrada–, en cuanto está protegida su posición por el derecho social hoy considerado fundamental como es el derecho a la efectividad del descanso, ni –lo que resulta mucho más inquietante al profesor de la Universidad de Jaén– después de él tienen garantías plenas de no tener que hacerlo, porque la propia norma convencional prevé “excepciones” a la pretensa garantía que omite delimitar⁸⁹.

Antes de concluir con lo relativo a la experiencia española sobre la inserción del derecho a la desconexión en la negociación colectiva, hay que mencionar el convenio para la industria química (del 3 de agosto de 2015) y los acuerdos de las empresas Telefónica (2003/2005), Banco Bilbao Vizcaya (27 de julio de 2011), ONO (11 de julio de 2013), Orange (17 de julio de 2014), Alcatel-Lucent (28 de enero de 2015), Nutricia (7 de febrero de 2015), Nokia (de 14 de abril de 2015) y Repsol (26 de mayo de 2015)⁹⁰.

Finalmente, en el Uruguay –país tan hermanado en historia y costumbres sociales a la Argentina pero tan distinto en aspectos institucionales– la doctrina citada más arriba hace referencia a la negociación colectiva celebrada en el marco del Grupo de Consejos de Salarios N° 15 – Servicios de Salud”, que ha definido el concepto de “guardias de retén” para el personal de enfermería y choferes de ambulancias, como “*la situación de disponibilidad para acudir al trabajo a requerimiento de la empresa, a cualquier hora*” en determinadas situaciones en las cuales “*el trabajador debe permanecer ubicable en todo momento, disponiendo para ello de los medios técnicos que la empresa le proporcione*”⁹¹.

VII. Epílogo

No hace falta soslayar las discusiones teóricas que suscita el denominado derecho a la desconexión en cuanto a su naturaleza o su caracterización

⁸⁹ MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 251/252.

⁹⁰ Citados por CERVILLA GARZÓN, “Reflexiones...”, *op. cit.*

⁹¹ LOUSTAUNAU, *op. cit.*, p. 492.

jurídica –particularmente las opiniones que desconocen su nueva sustancia–, ni desatender los cuestionamientos sobre la forma y el contenido de las todavía recientes y exiguas experiencias de regulación legal que se han ocupado hasta el momento de dicho instituto, para examinarlo –como se ha intentado en el presente trabajo– con la atención centrada en las aristas novedosas que presenta el derecho en cuestión. Ese intento va detrás de la convicción de que el derecho a la desconexión presenta matices o perfiles que trascienden lo dicho y archiconocido sobre los derechos al descanso y el disfrute de la vida personal del trabajador, y de que esas manifestaciones novedosas obligan, a su vez, en el contexto actual de señorío de los instrumentos de comunicación digital, a un estudio remozado de aquellos derechos típicos y del ejercicio de los poderes jerárquicos del empleador (de organización, dirección y disciplinario), es decir, que en definitiva conducen a una nueva demarcación del alcance de la subordinación.

Si bien es innegable que las legislaciones tomadas como referencia han dispensado al derecho en examen una tutela imprecisa y mediata, esto es, intermediada por la negociación colectiva cuando no por la pura discrecionalidad del empresario –particularmente la ley francesa que, como se ha visto, requiere complementación por acuerdos alcanzados en el nivel más bajo o más cercano al empleador, es decir, el de empresa, y en defecto de tales acuerdos la deja librada enteramente a esta–, las variadas e innovadoras medidas de protección del descanso, la salud y la vida privada del trabajador contra la “conectividad permanente” entre este y la empresa y contra el eventual ejercicio abusivo del poder de dirección empresarial contempladas en los instrumentos colectivos negociados en Alemania, España, Italia y en el propio sistema francés no son en absoluto desdeñables.

Esas innovaciones en la regulación proveniente de fuentes convencionales merecerían ser observadas con atención, quizás por el legislador, pero sobre todo por los interlocutores sociales argentinos en cuanto se ofrecen como posible puerta de salida de la trampa del anquilosamiento en que se encuentran los convenios colectivos vigentes en su literalidad, en tanto su contenido no ha variado durante tres décadas –en algunos casos más de cuatro– y cuya renovación parece fatalmente confinada a la sola actualización de sus escalas salariales.

Este señalamiento no implica la pretensión de que la incorporación de la temática vinculada a las tecnologías de la información y la comunicación se restrinja a la reproducción de medidas o institutos adoptados en conven-

ciones colectivas celebradas en otros países. Múltiples aspectos podrían incorporarse, completarse o precisarse en las unidades de negociación del sistema de relaciones laborales argentino, hasta ahora prácticamente vacías de regulaciones de esta especie. Asuntos tales como: las calificaciones y clasificaciones de los trabajadores que utilizan herramientas digitales de comunicación en su labor; la determinación de los supuestos de hecho susceptibles de considerarse “exigencias extraordinarias o excepcionales” con idoneidad para justificar la conexión del trabajador con la empresa fuera del horario de trabajo; las condiciones bajo las cuales el trabajador puede conocer verosímilmente de antemano si la llamada de teléfono de un superior jerárquico fuera del horario de trabajo debe ser atendida o no; la previsión de pautas objetivas destinadas a discernir las situaciones de emergencia o excepción específicas o propias de determinadas actividades o empresas, además de las que puedan ser consideradas siniestros generales (como incendios, apagones o catástrofes naturales), que requieran la comparecencia del trabajador o, al menos, su respuesta inmediata ante llamados o mensajes recibidos en su teléfono celular o su correo electrónico en horarios extrajornada; la manera de contabilizar fehacientemente y de remunerar los tiempos de conexión del trabajador en tales circunstancias excepcionales; las consecuencias jurídicas de la aceptación del trabajador a mantenerse conectado más allá, no sólo de la jornada de trabajo, sino del tiempo límite de horas suplementarias permitidas por la ley y sin que se produzcan tales circunstancias de excepción o emergencia; o la implementación de medidas o dispositivos eficaces para impedir que el personal superior dirija llamadas telefónicas o mensajes electrónicos al trabajador durante los períodos de descanso o goce de licencia; son solo algunos ejemplos de materias, entre muchas otras, que pueden contribuir a renovar o adaptar a la realidad actual las convenciones colectivas en la Argentina.

Los cambios traídos de la mano por las innovaciones tecnológicas de última generación, omnipresentes en la cotidianidad de toda persona y en el funcionamiento de toda empresa, no pueden permanecer al margen de los convenios colectivos de trabajo en la medida de que estos instrumentos tienen entre sus principales funciones la de adaptar la generalidad de la norma heterónoma a la realidad concreta de las relaciones laborales en las distintas ramas de actividad económica y en las distintas organizaciones productivas, desde luego, sin descuidar la vigencia de los mecanismos legales de protección de los derechos del trabajador establecidos por mandato constitucional.

DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE GÉNERO

POR GRACIELA GONZÁLEZ

“Lo único que permanece es el cambio”
(máxima antigua)

Introducción

Nos encontramos ante la necesidad de analizar un concepto aceptado como es el de reconocer la igualdad entre los seres humanos, entre el hombre y la mujer así como el respeto por la diversidad, en referencia a los ciudadanos que elijen una identidad sexual que no se corresponde con la que consagra su ámbito de pertenencia por nacimiento.

Ninguna voz se alzaría para oponerse a tal premisa.

Pero lo cierto es que esta temática se centra en una realidad tangible que es la no aceptación de las diferencias que llegan a convertirse en un factor de riesgo para ciertos colectivos que son víctimas de distintos tipos de violencia sólo por el hecho de ser mujer o por la elección sexual diferente a la que por nacimiento les corresponde.

Existen innumerables leyes y disposiciones normativas, desde la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes, decretos y disposiciones de diferente jerarquía, que consagran la igualdad de género, pero debemos preguntarnos cuánto de esa declamada igualdad se plasma en la realidad de la vida de nuestro país, y tal vez sin exagerar, del mundo.

Muchas son las situaciones que nos convocan a un análisis más profundo.

Debemos ser conscientes de que existen problemas cuya solución está dada por nuestra capacidad de comprensión del tema y por la búsqueda de respuestas adecuadas.

Tener una perspectiva de género sobre el derecho requiere una preparación previa, un cambio de esquemas mentales.

También debemos aceptar que el ser humano como tal tiene absoluta libertad para formular una elección sexual y eso debe ser respetado en el marco espiritual y personal.

Debemos revisar los patrones de género que habitualmente manejamos a fin de plantearnos en qué consisten los mismos y con el objetivo de decidir si los volveríamos a elegir o por el contrario necesitamos introducir modificaciones en nuestras conductas y convicciones.

Las cuestiones de género parecen tener como premisa una relación exclusiva con las mujeres, sin advertir que debemos tomar conciencia que atañen tanto a hombres como a mujeres, o a quienes formulan una diferente elección sexual a la que por nacimiento les corresponde, porque una sociedad justa, solidaria y democrática exige el respeto irrestricto de cada uno, respecto de los derechos de todo ser humano.

En tal orden de ideas se inscribe la modificación del habla cotidiana, del idioma, para utilizar un sistema inclusivo lo que importa fijar un cambio en la manera de pensar y de ubicar el lugar asignado a la mujer, en el esquema social.

El lenguaje no es algo estático sino un instrumento que cambia con las nuevas formas de la sociedad, y debemos ser conscientes que tiene un contenido y revela un mensaje determinado que cobra relevancia por su simbolismo. Toda manifestación del lenguaje implica una referencia a conceptos más profundos, por lo que debemos estar atentos a esta manifestación, en especial cuando se trata de la educación de las nuevas generaciones.

No obstante, consideramos que carece de la entidad que se pretende adjudicar a la irrupción de un tercer género gramatical con desinencia en e, en reemplazo del uso del masculino como genérico, porque eso implica alterar la estructura de la lengua y no puede proyectarse a los distintos idiomas, con lo cual resulta una manifestación aislada, sin trascendencia universal.

El sujeto del derecho del trabajo

Tradicionalmente se consideró a la persona física que trabaja, como el sujeto del Derecho del Trabajo¹, sin distinción alguna en razón del sexo, raza, religión, postura política, etc.

Esto significa que el objeto primario del derecho protectorio laboral se centra en la regulación de la prestación intuitus personae, realizada por cuenta ajena, es decir bajo la dependencia de otra persona y a cambio de una remuneración.

El sentido final de esa prestación, es decir, de la acción de trabajar, puede ser considerada desde diversas perspectivas, ganar dinero, producir bienes o participar en la actividad productiva, permitir el desarrollo de la actividad creativa del ser humano o en todo caso, contribuir a la realización personal de quien trabaja, de allí la estrecha vinculación con la tutela de la dignidad humana.

Así Hopenhayn sostuvo que los seres humanos no trabajan solo por dinero².

Y, por su parte, Fourastié Jean señala que “ fácil resulta descubrir que trabajamos para transformar a la naturaleza pura, que satisface mal o no satisface en absoluto las necesidades humanas, en elementos artificiales que las satisfagan, trabajamos para transformar la hierba salvaje en trigo y luego en pan, las cerezas silvestres en cerezas comestibles y el mineral en acero y más tarde en automóviles”³.

Al decir de Alonso Olea, el Derecho del Trabajo tutela, “el trabajo productivo, su característica esencial reside en que la persona que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima la obtención a través de éste de los medios materiales, de los medios económicos que necesita para subsistir.”⁴.

También debemos ser concientes que la verdadera riqueza de un país está constituida por su pueblo, por la totalidad de sus habitantes. Y el propósito del desarrollo es crear un ámbito que posibilite que las personas disfruten de una vida larga, saludable y creativa.

¹ Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTSWS, Madrid, 1996 ps. 57 y ss. y p. 80.

² Hopenhayn, Martín “Repensar el trabajo, historia, profusión y perspectivas de un concepto. Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2001, p. 163.

³ Fourastié Jean ¿Por qué trabajamos? , Eudeba, Buenos Aires, 1960, pág. 21.

⁴ Alonso Olea, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª edición Edersa, Madrid, 1981. P.28

En síntesis, debemos preocuparnos por alcanzar la igualdad para los habitantes de la nación, extendiendo el concepto de igualdad, pues no cabe limitarlo al plano económico, respecto del que nadie desconoce su importancia, sino proyectarlo a los aspectos sociales, éticos y culturales de cada ciudadano.

Desde dicha perspectiva debemos plantearnos la finalidad de que el trabajo que se encomienda a un dependiente configure el trabajo decente del que nos habla la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo que nos conduce a cuestionar todo tipo de trabajo forzoso o esclavo, el trabajo de menores (niñas, niños o adolescentes) y el trabajo de objeto prohibido y a pensar concretamente en la seguridad del trabajador, en todos los ámbitos en que la misma debe ser tutelada, pues no se puede circunscribir el concepto al aspecto físico exclusivamente, que si bien es esencial no agota el concepto ni la necesidad de la garantía de una protección adecuada.

En efecto, el trabajador debe tener seguridad en temas atinentes al respeto a su dignidad, a la estabilidad en la tarea, al derecho al mantenimiento de sus características personales, a la percepción de la remuneración y al respeto de su libertad individual, incluida su manera de pensar y ejercer sus creencias religiosas, culturales y políticas, entre otros supuestos.

Se debe respetar a todos los seres humanos, con independencia de las orientaciones sexuales que manifiesten o la identidad de género que adopten.

En tal contexto, cabe destacar que en la actualidad no subsiste la obligación referida al mantenimiento del género con el que uno nace, que puede ser legalmente cambiado, así como tampoco corresponde imponer obligaciones prevalentes en razón del género. En definitiva el sexo no es identificatorio, en tanto se puede cambiar⁵.

Para eso convocamos a privilegiar el mundo de las ideas por sobre las diferencias personales.

También debemos ampliar el paradigma del cono de protección legal, porque si bien continúa siendo el trabajador el beneficiario directo del orden jurídico laboral, corresponde ampliar la perspectiva de protección e incluir además de sus necesidades personales, también las que pertenecen a su realidad familiar.

⁵ Derecho a la identidad de género ley 26743, BO.- 24/5/2012 art.2, 3, 7 y 12.

Por ende se impone profundizar en el tema referido a la compatibilización del trabajo y la vida familiar.

Pero atender a la realidad familiar implica replantearse situaciones que pueden resultar novedosas y que en definitiva no han sido tuteladas por nuestra legislación laboral.

Tenemos que ser conscientes de que existe un cambio de paradigmas, que impone un nuevo concepto de familia.

Todo esto modifica necesariamente la asignación de roles al hombre y a la mujer.

Construcciones culturales

La situación de la mujer, históricamente fue notoriamente disvaliosa.

En la antigüedad, en Roma se hablaba de la mujer como imbecilitas sexus que implicaba su pertenencia a un estadio inferior al del hombre. (Ulpiano)

Conforme la filosofía griega, los sujetos se definían según sus condiciones naturales.

Platón afirmaba que solo con un alma racional se puede acceder a la verdad, y esa característica pertenecía a los ciudadanos de sexo masculino.

Existía también un alma irascible, que era propia de los valientes, de los soldados.

Y por último un alma concupiscible: que tenía por finalidad los objetos materiales era la peor de todas, porque representaba los bajos placeres: comida, bebida, sexo...era el alma de los comerciantes, de los alfareros, de los artesanos y también de todas las mujeres.

Aristóteles hablaba de dos tipos de almas:

- 1) Emocional.
- 2) Racional.

Encontramos la jerarquía natural y la jerarquía social : por ej. La relación de amo y esclavo marcaba la jerarquía social.

En la jerarquía natural estaban el hombre –la mujer, así como el adulto– el niño.

Aristóteles decía que lo que caracterizaba a las mujeres era la dominación del alma emocional por sobre la racional. Por eso constituía un ser inferior en tanto esa emocionalidad no les permitía tomar decisiones. Al igual que los niños que tampoco estaban en condiciones de adoptar decisiones.

Si nos detenemos a observar nuestra realidad actual vemos que lo que sostenía Aristóteles constituye un mandato que aún no ha sido totalmente superado.

Ahora bien el sujeto libre de la democracia griega era de sexo masculino, blanco, adulto, libre y propietario.

En la filosofía medioeval se adaptaban las posiciones a las teorías filosóficas y se consideraba a estas configurativas de mandatos de naturaleza divina, como provenientes de Dios.

Dios hizo al hombre y con una de sus costillas creó a la mujer.

Lo cierto es que todas estas concepciones influyen en nuestro tema de la perspectiva de género.

La realidad nos demuestra que en la antigüedad solo en los conventos se hacía ciencia. En los conventos estudiaban solo los hombres. Algunas mujeres pudieron hacerlo como excepción (Sor Juana Inés de la Cruz). Algo semejante sucedió en las universidades que recién nacen en el Siglo XV. Asimismo en la Religión Judía, solo los hombres estaban autorizados al estudio de los textos sagrados (La Biblia).

La idea de la adquisición del conocimiento se asimilaba a la obtención del poder, de allí que se la consideraba exclusiva del hombre.

La nueva ciencia producida en las universidades se interpretaba como la captación del conocimiento y se la calificaba como privativa de la mente masculina.

Lo cierto es que las diferencias, primero fueron basadas en la racionalidad ,en el poder divino y posteriormente se las consideraron producto de la ciencia.

Si aceptamos que la diferencia entre hombre y mujer es así, es decir tiene un origen natural debemos necesariamente concluir que nada permite cambiar la situación.

La historia nos demuestra que fue el hombre quien tuvo a su cargo la obtención del mantenimiento necesario para la subsistencia familiar, antiguamente, a través de la caza y de la pesca y la defensa del hogar ante las condiciones adversas. La mujer permanecía en la casa y se hacía cargo de la atención de las necesidades como, la alimentación de la familia y el cuidado de los hijos.

La Revolución Francesa provocó cambios sustanciales e incorporó las ideas de: fraternidad, igualdad, y libertad.

Pero esto se entiende dirigido nuevamente a los hombres blancos, libres y adultos, que serían los que en definitiva ejercerían el derecho de voto en todas las democracias.(Androcentrico: de Andros: hombre blanco, libre).

Es en la Declaración de Independencia de EEUU cuando por primera vez se recepta en América el principio de igualdad: a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad.

No obstante en estos textos, la mujer no estaba contemplada, solo se referían material y espiritualmente a los hombres.

La mujer pese a las declaraciones formuladas no tenía derecho de voto ni el pleno ejercicio de sus derechos civiles ni económicos.

La conclusión a la que se arriba es que el sujeto no está ordenado por la voluntad de Dios ni por las leyes de la naturaleza.

Hay un orden natural mecánico, dualista.

Pero está la inteligencia que permite introducir cambios.

De allí que nos preguntemos cómo se ordenan los vínculos. ¿Qué es la familia?

Históricamente la revolución industrial transforma la estructura de la familia.

Aparece la familia nuclear: el hombre, la mujer y los hijos.

Originariamente la familia era patriarcal. Todo pertenecía al patriarca, al padre de familia.

Costó mucho hasta llegar a entender a la familia como una unidad doméstica integrada por individuos, todos esenciales.

Recordemos que en el S. XVII surge la distinción entre lo público y lo privado.

El campo de lo Público lo regulaba el derecho y era exclusivo de los hombres. Las mujeres pertenecían al campo de lo privado.

En dicho ámbito privado a través de los años, continuó la familia como medio de reproducción y de consumo.

Para las mujeres existía la capacidad de gestar, parir y atender a la lactancia, actividades que les eran propias y que las distinguían.

De allí que las labores de nutrición quedaban en manos de las mujeres.

En definitiva, existen factores históricos, culturales, sociológicos, y hasta psicológicos que inciden en la actitud discriminatoria hacia la mujer, por lo tanto la misma solo podrá combatirse con conductas integrales que incluyan diversas perspectivas, con la decisión de modificar los paradigmas existentes y con un análisis multidisciplinario que permita abarcar el tema en plenitud.

Costo de la desigualdad de géneros

Pero debemos tomar conciencia que toda desigualdad de géneros causa desequilibrios, y los desequilibrios generan conflictividad y violencia.

Esta situación atenta a la sustentabilidad del bienestar en nuestras sociedades complejas.

En el mundo del trabajo no existe igualdad entre el hombre y la mujer en materia salarial, porque en general se considera que la mujer puede prestar igual tarea, con menor remuneración. Tampoco se le reconoce el derecho a aspirar a un trabajo de igual jerarquía, en tanto los cargos de administración o gerenciales son confiados a los empleados hombres.

Un distinto tratamiento recibe la mujer en la etapa de inserción en el mundo del trabajo, en lo que concierne al tema de selección laboral, pues le cuesta notoriamente mas esfuerzo aspirar a realizar ciertas labores que tradicionalmente han sido desempeñadas por trabajadores varones, así como que cuando compite con ellos por el ingreso a un sector de trabajo, es relegada en beneficio del hombre.

La sociedad de consumo conspira contra la igualdad. La falta de valores y de criterios de espiritualidad genera desigualdad y se acepta tal desigualdad como una característica de la realidad.

La masculinidad se construye sobre el consumo. Las propagandas de TV muestran al hombre exitoso, con un coche nuevo, que viaja, que conquista mujeres hermosas...hay hombres a quienes eso nunca les va a pasar...y esto genera violencia, insatisfacción, y muchas veces esa violencia se vuelca o proyecta a sus compañeras de vida.

En tal contexto deberíamos profundizar la necesidad de fomentar el desarrollo humano que tome también en cuenta la realización personal y no solo el punto de vista de la producción.

Para ello debemos revisar los mandatos sociales, culturales, religiosos....

En el mapa laboral de los diversos ámbitos económicos se advierte una diferente distribución de tareas, según se trate de hombres o mujeres.

Lo cierto es que en la actualidad, con las mujeres más y mejor instaladas en el mercado laboral, muchos hombres aceptan invertir los roles tradicionales para quedarse a cargo del hogar y los hijos.

Psicólogos, docentes y antropólogos coinciden en que los varones hoy tienen una participación mucho más activa en la crianza de sus hijos y en la organización doméstica.

Algunas mujeres sostienen que esto es incipiente en la Argentina, dado que aún gobierna un imperativo masculino ligado a la productividad económica. Sin embargo, lentamente va acrecentándose la tendencia.

Hay que poner énfasis en que esa multiplicidad de roles no se relaciona ni con la falta de trabajo ni con un estrato social en particular, simplemente son las ganas de acompañar el crecimiento de sus hijos y ayudarlos en el día a día .

La tasa mundial de participación femenina en el ámbito laboral es notoriamente inferior a la de los hombres. En cuanto a las mujeres que dirigen empresas la OIT advierte que a nivel mundial hay cuatro veces más hombres que mujeres en esta posición.

Está probado que la participación de la mujer en la economía provoca avances, y tiene beneficios socioeconómicos que impactan directamente tanto en el aumento del PBI como en el desarrollo de los países. Una de estas iniciativas se denomina She Trades y está impulsada por el International Trade Center, (ITC) un organismo que depende de la

Organización Mundial de Comercio (OMC) y de las Naciones Unidas. El objetivo del programa que se lanzó en 2016 es incorporar un millón de mujeres al comercio mundial para 2020, mediante esta plataforma. El informe de La OIT revela también que las mujeres son minoría en los sectores de alto impacto económico como la construcción, el transporte, la industria y el comercio al por mayor.

Arantcha González directora del ITC explica que las barreras que relegan a millones de mujeres a roles económicos marginales suponen un gran costo económico en todos los niveles, desde familias hasta países enteros, porque por ejemplo la mujer cuando dispone de dinero invierte más que el hombre en la salud y educación de la familia.

Según Silvia Torres Carbonell, las mujeres en puestos de decisión agregan valor. La mujer aporta una visión estratégica, estilo de liderazgo, metodología de trabajo y motivación distintos y complementarios al hombre⁶.

En síntesis, cabe poner en evidencia que en la actualidad las empleadas ganan en promedio 27% menos que los hombres y están sujetas a tener trabajos precarios o independientes. En América Latina, aunque las mujeres son el 60% de los egresados universitarios, ocupan el 30% en carreras de ciencia, tecnología, ingeniería y matemática⁷.

En la actualidad, está en constante revisión todo lo que tenga que ver con los roles tradicionales asignados a cada sexo o género de manera esquemática⁸.

Pero este planteo de igualdad en el tratamiento de los derechos que se reclama, requiere no solo un cambio estructural, sino la concientización de las propias mujeres respecto de la visión de su lugar en la sociedad y en la familia. Ello así, en tanto la educación impartida ha dejado huellas muy profundas que llevan a la mujer a dudar de su propio espacio en la vida social y de la necesidad de participar en una lucha clara y concreta, para lograr su lugar.

⁶ Pub. en La Nación sección Comercio Exterior del jueves 8 de marzo de 2018, pág. 4.

⁷ Ignacio E. Carballo en Inclusión financiera, laboral y digital, publicado en el Diario La Nación del 10 de abril de 2018.

⁸ Un estudio realizado por America-s Kitchens: Redefining Roles and Values, mediante la consultora Edelman que entrevistó a 500 madres y 500 padres, concluyó que los roles de las mujeres y de los hombres en la cocina, están empezando a cambiar. Más del 50% de los hogares reportaron que comparten las responsabilidades en las elecciones alimentarias y en las compras, así como en las actividades sociales, en relación con la comida.

La mujer debe creer en su capacidad y adoptar la decisión de buscar los recursos que le permitan situarse en el proceso de desarrollo y participar en las decisiones políticas y económicas.

A su vez, el resto de la sociedad debe estar preparado para procesar su inclusión y permitirle ocupar los lugares y asumir las responsabilidades que le corresponde desempeñar.

Por ende, es importante conocer la posición de los hombres y mujeres que habiten el lugar geográfico de que se trate, en este caso nuestro país con sus peculiaridades y particular idiosincrasia, para propiciar y obtener los cambios sociales necesarios y eliminar todas las desigualdades de género, existentes.

Esto impone la superación de las actitudes discriminatorias que se planteen para permitir el acceso igualitario, en orden a la participación en las estructuras de toma de decisiones.

El derecho a la igualdad como norma del *jus cogens*

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentado que el principio de igualdad y no discriminación “pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”¹⁰.

No obstante, la Corte IDH ha advertido que no todo trato diferenciado es discriminatorio, pues solo lo será cuando carezca de una justificación objetiva y razonable. De allí se deriva que ciertas desigualdades de hecho

⁹ El Informe de la CIDH que se titula: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Diario Judicial, del 21-12-2011, CIDH, OEA/Ser. L/V/II. 143, Doc. 59, 3-1-2011, www.cidh.org.

¹⁰ CSJN 19-9-2000. “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba” Fallos 323: 2659. L.L. Online, AR/JUR/1393/2000.

puedan “traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia”.¹¹

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, consagra por ende la igualdad de todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo. Asimismo la indicada Declaración consagra la dignidad humana también como principio fundador del ordenamiento jurídico en que se basan todos los derechos y principios fundamentales.

Así entendido el principio de dignidad obliga a vincular los imperativos de libertad y de seguridad. El vínculo entre la libertad y la seguridad es el rasgo común de los cuatro principios fundamentales enumerados por la Declaración de Filadelfia¹²: a) el respeto por el trabajo, b) las libertades colectivas, c) la solidaridad y d) la democracia social.

Acontecimientos atinentes al reconocimiento del principio de igualdad

El 22 de enero de 1981 la Academia Francesa superó lo que se consideró 350 años de misoginia, al recibir bajo su célebre cúpula a una mujer: la escritora, Margueritte Yourcenar. El presidente de la República en ese momento, Valéry Giscard d’Estaing, asistió conjuntamente con quinientos invitados, entre los que se encontraba el maestro de la escuela del pueblo belga en el que nació la novelista, hacía 73 años, y los cuarenta colegas de la nueva Academia, todos los que protagonizaron la tradicional ceremonia. A pesar de que Margueritte Yourcenar estaba considerada como una de las grandes escritoras contemporáneas de lengua francesa, el acontecimiento cultural e *histórico* que organizaron los franceses se fundó en su dimensión feminista. La autora de manera simpática reprochó a los miembros de la *Academia*, porque, antes que a ella, no habían acogido en su cofradía señoras tan meritorias como *madame* Stael, George Sand, Colette, y tantas mujeres que afirmó «fueron reinas de los salones y, sobre todo, de las ca-

¹¹ En el caso *Artavia Murillo y otros* (“*Fecundación in vitro*”), Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 28 noviembre de 2012.

¹² Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944, disponible en <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>

llejuelas». Ese fue el preámbulo del discurso de entrada en el que elogió a su predecesor, el escritor Roger Caillois.

Por su parte el escritor liberal Jean d'Ormesson, artífice original de la entrada de Margueritte Yourcenar, respondió al discurso de esta última diciendo: «No le negaré que usted no está aquí hoy porque sea una mujer, sino porque usted es una gran escritora. Ser una mujer no basta en todos los casos para sentarse bajo la *cúpula*. Pero ser una mujer tampoco es bastante ya, para impedirle que se siente aquí».

Asimismo cabe destacar que se admitió en el ámbito del Club Universitario de Buenos Aires, CUBA, después de 100 años de existencia, que las mujeres tengan los mismos derechos que los hombres en su condición de estudiantes universitarias, para ser socias plenas de dicho Club, sin importar su estado civil ni su filiación. Hasta noviembre de 2018 solo podían acceder al club como asociadas en su calidad de esposas, hijas o madres de un socio¹³.

Fue recién en el año 2019 que una mujer recibe por primera vez el Premio Abel, creado en el año 2002, que es algo similar al Nobel de Matemáticas.

La científica Karen Uhlenbeck fue galardonada por sus avances revolucionarios en la intersección de las matemáticas y la física. Sus descubrimientos tienen aplicaciones en una gran variedad de temas, desde la teoría de las cuerdas, hasta la geometría del espacio-tiempo.

Lo cierto es que en los principios de su carrera intentó trabajar y recibió como respuesta que nadie contrataba a mujeres, porque las mujeres debían estar en casa y tener bebés¹⁴.

La matemática estadounidense recibió el Premio Abel, creado en honor de Niels Henrik Abel, después que 19 hombres lo hubieran ganado. Uhlenbeck sostuvo: “No puedo pensar en una mujer matemática para quien la vida haya sido fácil. Los esfuerzos heroicos tienden a ser la norma”¹⁵.

¹³ Publ. en el Diario La Nación del día 5 de noviembre de 2018, pág. 1.

¹⁴ Diario la Nación del 20 de marzo de 2019, Sección Sociedad, pág. 26.

¹⁵ Publicación del diario La Nación ya. cit.

Igualdad en materia de educación

Hasta no hace demasiado tiempo atrás existía una clara resistencia en materia de educación igualitaria.

Así, no se aceptaba por ejemplo que ciertos colegios pertenecientes al ámbito de la educación pública, que tradicionalmente tuvieron como destinatarios alumnos varones, adoptaran un sistema de educación mixta.

Esto aconteció y dió origen al caso “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”.¹⁶ Allí los actores, padres de alumnos del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, de notoria antigüedad y prestigio en materia educativa, dedujeron una acción de amparo tendiente a obtener que el Consejo Superior de la citada Universidad se abstenga de aprobar el proyecto de ordenanza en virtud de la cual el colegio se transformaría en un establecimiento educativo de carácter mixto. La Cámara por mayoría rechazó la acción deducida y declaró la validez de la aplicación de la ordenanza cuestionada en el instituto educativo. El caso, por supuesto, llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien confirmó la sentencia apelada, con fecha 19 de septiembre de 2000.

Sostuvo la Corte, haciendo suyo el Dictamen del Procurador General que la Constitución Nacional no otorga a los padres el derecho a que se mantenga un régimen de educación diferenciada por sexos, considerado contrario al progreso institucional de acuerdo con la promoción del proceso democrático y la igualdad de oportunidades sin discriminaciones por las autoridades competentes.

En su voto el Dr. Bossert sostuvo que la educación mixta no agota su finalidad con hacer posible el ingreso de mujeres en la unidad escolar sino que, constituye un instrumento, dentro de la pluralidad de medios destinado a promover o afianzar un cambio cultural que tiene por objeto evitar todo tipo de discriminación contra la mujer.

Fayt por otra parte dijo que respetar la autonomía personal, la promoción del proceso democrático y la igualdad de oportunidades sin discriminaciones se inscribe en lo regulado mediante el inciso 19 del art. 75 de la CN y los demás derechos que la ley federal de educación, reconoce

¹⁶ CSJN 19-9-2000. “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba” Fallos 323:2659, L.I. OnLine, Ar/jur 1393/2000.

expresamente. En esas condiciones, el cumplimiento de las obligaciones estatales respecto de la enseñanza, no puede desconocer la evolución que en más de tres siglos se ha operado, no ya con relación a la mujer –quien hoy innegablemente tiene derecho a tener derechos– sino a la organización social en sí misma.

Este fallo estableció en definitiva que la educación diferenciada vulnera normas contenidas en el bloque de constitucionalidad, y que la adopción de sistemas educativos mixtos propende a robustecer la democracia y a garantizar el derecho a la educación, sin discriminación de todos los ciudadanos, con prescindencia de sus condiciones sexuales o de su género.

Para garantizar el derecho igualitario a la educación deben realizarse estadísticas que nos den información de las necesidades existentes en dicho campo, además, capacitar a todos los operadores que tengan a su cargo actividades concernientes a la educación tanto de hombres como de mujeres, desarrollar los programas pertinentes que den contenido a dicha actividad y las políticas públicas adecuadas, con asignación de suficientes recursos que permitan una adecuada implementación de los programas educativos.

En este orden de ideas debe ponderarse el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH que se titula: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷.

En definitiva debe reconocerse a la mujer el derecho a ser educada en forma libre, sin patrones estereotipados, independiente de comportamientos y prácticas sociales y culturales basados en conceptos de inferioridad o subordinación y por el contrario a ser debidamente valorada.

Pero también se requiere una actitud positiva en orden a programar la incorporación al sistema formal de educación, ya sea en el ámbito de la educación primaria, secundaria o terciaria de módulos de educación igualitaria, que lleve a los integrantes de los distintos sexos a concientizar la necesidad de no discriminar y de brindar un trato igualitario, sin distinciones de sexo, religión, raza, ni diferenciaciones sociales ni culturales.

En el año 2018 se ha concedido el Premio Nobel de Economía a Paul Romer quien sostiene que el crecimiento económico de los países no es

¹⁷ Diario Judicial, del 21-12-2011, Informe: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres; la ruta hacia la igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales, CIDH, OEA/Ser. L/V/II. 143, Doc, 59, 3-1-2011, www.cidh.org.

fruto de la casualidad sino de decisiones explícitas en materia de capital humano e innovación tecnológica y de productos, un extremo que hasta la década del 80 no estaba claro en la teoría macroeconómica.

La postura del señalado Premio Nobel se centra en comprender los mecanismos necesarios, en orden a que la inversión en educación y salud de calidad, en innovación en nuevas tecnologías y nuevos productos, constituye un motor clave del crecimiento del producto de ingreso per cápita. La idea es que esas decisiones incrementan la productividad de la mano de obra y del capital físico de la economía.

Puesto en valor la importancia de la educación en el mundo moderno, debemos convenir que es también un factor de naturaleza esencial para la evolución de la humanidad, la formación tendiente a extremar el respeto por la igualdad y la adopción de conductas antidiscriminatorias, frente a los hombres y mujeres que integran la sociedad.

El derecho a la salud

En ésta materia se ha sancionado la Ley 26862 que regula las técnicas de fertilización humana asistida y su cobertura por parte de los agentes de salud y el Estado Nacional. Dicha norma prevé la posibilidad de someterse a estas técnicas de fecundación asistida, sin necesidad de recurrir a la justicia a fin de obtener una resolución que habilite su cobertura por parte de las obras sociales, empresas de medicina prepaga o el propio Estado Nacional. Por consiguiente, se busca el objetivo de preservar la indemnidad de los afiliados mediante la prestación del servicio de salud con la mayor diligencia y cuidado posible.

Esta norma recepta los principios sentados en las decisiones jurisprudenciales, entre otros en el caso “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el cual se declaró a Costa Rica responsable por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación consagrados en la normativa de la Convención Americana¹⁸.

¹⁸ En el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

En definitiva se tiende a garantizar a las mujeres y a toda la población la legítima expectativa de procrear, como un expreso reconocimiento al derecho de trascendencia a través de la progenie, uno de los fines esenciales del ser humano.

Protección de los derechos de la mujer

No debe olvidarse que históricamente se partió de una concepción masculina que llevaba al legislador a tratar a la mujer de forma diferente.

Por ejemplo la ley 11357 (arts. 1,3,7) norma derogada por la ley 17711 de 1968, que reconocía los derechos civiles a la mujer, mantenía la incapacidad de hecho de la mujer casada, confirmando lo prescripto por el art. 54, inc. 2 del Código Civil, en su redacción originaria.

El reconocimiento del ejercicio de derechos políticos tardó en llegar, así el voto femenino a nivel nacional se reguló en el año 1947 mediante la ley 13010 y a nivel provincial en 1927, en la Provincia de San Juan.

Por su parte el DL 2739/1956 en su art. 8 inc. a) permitía la remuneración desigual del trabajo en función del sexo, perjudicando a la mujer, al igual que la ley 12637 (1946) que regulaba al Personal Bancario.

Asimismo, el decreto reglamentario de la ley 9688 del 22 de noviembre de 1933 disponía que las sumas indemnizatorias por accidentes y enfermedades profesionales que se paguen a los causahabientes en caso de que el heredero del accidentado sea de sexo femenino (hijas, nietas o hermanas mujeres del causante), se concretará cuando contraigan matrimonio. (Art. 105).

En E.E.U.U. se adoptó mediante la Civil Rights Act (1964) el voto femenino y algunas disposiciones tendientes a combatir la discriminación en el empleo.

También los cambios incorporados son consecuencia del valor que se confiere al ius cogens o imperatividad normativa de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional y el reconocimiento que les asignan la mayoría de las constituciones actuales.

Pero es últimamente cuando se consagran derechos individuales y sociales a fin de procurar el desarrollo de los individuos, en un contexto de libertad personal

En el marco de las Naciones Unidas ONU funciona una organización dedicada a la protección de la igualdad de género y al empoderamiento de las mujeres llamada "ONU Mujeres", que tiene como objetivo "la igualdad de género (que) debe convertirse en una realidad tangible". Esta organización comenzó sus labores el 24 de febrero de 2011, bajo la dirección ejecutiva de Michelle Bachelet. En octubre de 2011 publicó un dictamen, donde sostuvo que "El camino hacia una democracia sustantiva requiere la participación política de las mujeres en las Américas."¹⁹

Así, se sostiene que la participación de las mujeres en los asuntos públicos y la igualdad en el acceso a los cargos públicos reconocen como fundamentos en el Sistema Interamericano, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, y las distintas convenciones internacionales, como la Cedaw, la Convención de Belém do Pará, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Asimismo la garantía de participación política plena de la mujer, fuera de toda discriminación reconoce fundamento en los Objetivos del Desarrollo del Milenio, La Conferencia de Beijing, la Conferencia de El Cairo y el Consenso de Quito.

En materia de derechos políticos la Corte IDH ha sostenido que la obligación de respetarlos "no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales"; por lo tanto: "es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación". Además, citando el Art. 6° de la Carta Democrática Interamericana, ha señalado que los Estados pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad. El citado tribunal también ha sostenido que aquellos tienen la obligación de combatir las prácticas discriminatorias.

¹⁹ 3 Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC -04/84 de 19 de enero de 1984, párr. 55. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 101. Véase también la sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 46. Véase también la *Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC -04/84, párr. 56.

Objetivos del milenio en materia de desarrollo

Cabe tomar en consideración, en la materia, los resultados obtenidos a partir de la implementación de los Objetivos del Desarrollo del Milenio.

Esto así, pues a comienzos del nuevo milenio, los líderes mundiales se reunieron en las Naciones Unidas para dar forma a un proyecto con el fin de combatir la pobreza en sus múltiples dimensiones.²⁰ Esa visión, que fue traducida en ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), continuó siendo el marco de desarrollo predominante para el mundo en el curso de los últimos 15 años.²¹

En efecto, la Declaración de los objetivos del milenio, de septiembre del año 2000, suscripta por 189 países dispone en el párrafo 20 el compromiso de los distintos países a promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo, verdaderamente sostenible.

Al concluir el período de los ODM, se convino que la comunidad mundial, según el informe presentado en el año 2015, tiene motivos justificados para celebrar los resultados obtenidos gracias a los esfuerzos concertados mundiales, regionales, nacionales y locales, los ODM han salvado millones de vidas y mejorado las condiciones de muchos habitantes.

En este último documento se concluyó que: “La actitud mundial tras los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) ha generado el movimiento contra la pobreza más exitoso de la historia. El compromiso trascendental que asumieron los líderes del mundo en el año 2000 de “no escatimar esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema”, fue plasmado en un marco de trabajo inspirador de los ocho objetivos citados,

²⁰ Objetivos del Desarrollo del Milenio (OMJD) Millennium Development Goals (MDG) que impone promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer cuya meta es eliminar las desigualdades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria.

²¹ Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre.

Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal.

Objetivo 3: Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer.

Objetivo 4: Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años.

Objetivo 5: Mejorar la salud materna.

Objetivo 6: Combatir el VIH /SIDA, el paludismo y otras enfermedades.

Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.

Objetivo 8: Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

y después en pasos prácticos de amplio espectro que han permitido a personas de todo el mundo mejorar sus vidas y sus perspectivas de futuro. Los ODM ayudaron a que más de mil millones de personas escaparan de la pobreza extrema, a combatir el hambre, a facilitar que las niñas asistieran a la escuela, y a proteger nuestro planeta. Generaron nuevas e innovadoras colaboraciones, impulsaron la opinión pública y mostraron el inmenso valor de establecer objetivos ambiciosos. Al ubicar a las personas y sus necesidades inmediatas en un primer plano, los ODM reconfiguraron la toma de decisiones tanto en países desarrollados como en países en desarrollo.

Asimismo la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, celebrada en Quito en 2007, tomó en consideración como objetivo esencial la contribución de la mujer a la economía y la protección social, en relación con el trabajo no remunerado.

El Consenso de Quito permitió a los participantes comprometerse con las medidas de corresponsabilidad para la vida familiar y laboral, aplicables tanto a las mujeres como a los hombres y el reconocimiento del trabajo no remunerado y su aporte al bienestar familiar y al desarrollo económico de los países.(Cepal 2007).

A pesar de los notables logros, somos profundamente conscientes de que las desigualdades subsisten y que el progreso ha sido desequilibrado. La pobreza continúa concentrada predominantemente en algunas regiones del mundo. En 2011, existían aproximadamente, 55 mil millones de personas extremadamente pobres en el mundo. Aún hoy demasiadas mujeres todavía mueren durante el embarazo o debido a complicaciones del parto o aborto. El progreso tiende a pasar por alto a las mujeres y a aquellos que se encuentran en los escalones económicos más bajos, o que están en desventaja debido a su edad, discapacidad o etnia. La desigualdad entre las zonas rurales y urbanas sigue siendo pronunciada.

Las experiencias y las pruebas de los esfuerzos para alcanzar los objetivos descritos han demostrado que sabemos qué hacer. Pero para lograr mayores progresos necesitaremos una voluntad política inquebrantable y un esfuerzo colectivo a largo plazo. Tenemos que enfrentar las raíces de las diferencias y hacer más por integrar las dimensiones económicas, sociales y ambientales del desarrollo sostenible.

La emergente Agenda para el Desarrollo después de 2015, que incluyó un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible, tiende a receptar propuestas para construir un mundo más próspero, sostenible y equitativo.

Al reflexionar sobre los ODM, y con vistas a los próximos quince años, no existen dudas de que podemos cumplir con nuestra responsabilidad compartida para tratar de poner fin a la pobreza, sin excluir a nadie, y crear un mundo digno para todos. Tales objetivos se centran en la obtención del trabajo decente que garantice una tarea que asegure las condiciones de libertad, equidad y seguridad que reafirme el derecho a una vida digna; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de toda forma de discriminación en materia de empleo, ocupación y remuneración.

Se propende a que toda persona que quiera trabajar pueda efectivamente encontrar un empleo que le asegure un aceptable nivel de vida. Que cada trabajo posibilite que los individuos sean tratados de manera justa y equitativa, sin distinciones de ninguna especie ni conductas discriminatorias en función de la edad, el sexo, la nacionalidad, las creencias religiosas, las posiciones políticas, etc.

El tema del género. Rol de la mujer

Entre 1991 y 2015 el porcentaje de mujeres con empleos vulnerables como parte del total de mujeres empleadas se ha reducido en 13 puntos porcentuales. En contraste, el empleo vulnerable entre los hombres cayó en 9 puntos porcentuales.

En el curso de los últimos 20 años las mujeres han ganado terreno en la representación parlamentaria en casi el 90% de los 174 países de los que se dispone de datos.

La proporción promedio de mujeres en el parlamento casi se ha duplicado en el mismo período; sin embargo, todavía solo uno de cada cinco miembros es mujer.

Desde 1990, la tasa de mortalidad materna ha disminuido en un 45% a nivel mundial y la mayor parte de esta reducción ocurrió a partir del año 2000.

En Asia meridional, la tasa de mortalidad materna disminuyó en un 64% entre 1990 y 2013, y en África subsahariana cayó en un 49%.

Más del 71% de los nacimientos en todo el mundo fueron atendidos en 2014 por personal de salud capacitado, lo que significa un aumento a partir de 1990 del 59%.

En África septentrional, la proporción de mujeres embarazadas que ha recibido cuatro o más visitas prenatales se incrementó del 50% al 89%, entre 1990 y 2014.

La prevalencia de anticonceptivos entre las mujeres de 15 a 49 años, casadas o que viven en pareja, se incrementó del 55% a nivel mundial en 1990, al 64% en 2015²². Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ejecutó un informe ya citado sobre “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, ya citado, donde expresó que “la discriminación contra las mujeres en la región aún se encuentra engranada en desigualdades e inequidades estructurales entre hombres y mujeres”²³.

Uno de los aspectos evaluados, como señalara precedentemente, fue la constatación de desigualdad en materia educativa y también en orden a la persistencia en la desigualdad salarial con la agudización de las dificultades económicas para la mujer. Se destaca que la CIDH constata desigualdad salarial en la Argentina, en la brecha de ingresos entre varones y mujeres, y afirma que dicha inequidad persiste y en algunos casos se ha incrementado, comprobándose en nuestro país que las mujeres configuran el grupo de ingresos salariales más bajos. Lo que se agudiza frente al incremento del número de mujeres profesionales que egresan de la educación superior y su baja inserción en el mercado laboral.

También en concordancia con lo analizado precedentemente puede mencionarse el 144 Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebrado del 19 al 30 de marzo de 2012, oportunidad en que se ha observado con preocupación los informes recibidos en cuanto a las formas de discriminación, violencia y exclusión en América de los derechos de las Mujeres. Es así que la Comisión recuer-

²² Ban Ki-moon. Secretario General de las Naciones Unidas Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe de 2015.

²³ Diario Judicial, del 21-12-2011, Informe: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres; la ruta hacia la igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales, CIDH, OEA/Ser. L/V/II. 143, Doc, 59, 3-1-2011, www.cidh.org.

da la obligación de los Estados de garantizar que toda legislación, política pública y programa destinado a abordar los derechos de las mujeres considere sus necesidades específicas en el marco de la concepción que el mundo tiene a su respecto, sin distinción por materia de etnia, raza, sexo y situación de pobreza.

Lo cierto es que nuestra realidad actual, es decir la situación de la Argentina demuestra que, las mujeres ocupan solo un porcentaje reducido por ejemplo, de los cargos judiciales y de las bancas legislativas.

Según relevamientos realizados²⁴, los peores casos se encuentran en el Fuero Penal con 20% de puestos ocupados por personas del sexo femenino y en el Senado de Catamarca, donde solamente hay hombres.²⁵

De acuerdo con un estudio de la Universidad Austral, las legislaturas de los 24 distritos del país tienen en promedio una participación femenina del 32,42%, con algunas excepciones como el Senado de Santa Fe, donde el cupo femenino apenas llega al 5% y el de Catamarca, ya señalado. En esta última Provincia, desde 1997 existe la Ley de Cupos por la cual el 30% de los cargos públicos electivos y los cargos partidarios deben ser ocupados por mujeres. A partir de 2019 entrará a regir la ley de paridad de género aprobada en esa provincia en 2018, y el porcentaje deberá alcanzar el 50%²⁶.

Lo cierto es que en la Justicia el 67 % de los magistrados designados en las últimas dos décadas son hombres. El Fuero más desigual de la Justicia Nacional es el Penal, donde el 72% de los jueces son hombres. Aunque esa situación se replica en los principales tribunales penales del país. El único Fuero con mayoría de Juezas es el laboral. En dicho Fuero el 57 % de los magistrados designados a partir del año 2000 fueron mujeres y la tendencia aumentó a partir del año 2016, donde la cifra se eleva al 72%.²⁷

En el mundo empresarial por ejemplo solo el 20% de los puestos en firmas tecnológicas en nuestro país, son ocupados por mujeres²⁸.

²⁴ La Nación Data y la Universidad Austral.

²⁵ Diario La Nación Miércoles 26 de diciembre de 2018, pág. 1.

²⁶ Diario La Nación, del 26 de diciembre de 2018, pág. 6.

²⁷ Diario La Nación, 26 de diciembre de 2018 pág. 6.

²⁸ Diario La Nación, del 21 de febrero de 2018 Economía, pág. 7.

Origen de las diferencias que se mantienen pese a la normativa que consagra el derecho a la igualdad

Una de las razones que pueden analizarse en la persistencia de conductas discriminatorias es la ausencia de voluntad política en aquellos que tienen la facultad de receptar los paradigmas que la realidad impone y proponer las modificaciones que se necesitan. También la educación, que se mantiene con costumbres y tradiciones esencialmente misóginas, que consagran la superioridad del sexo masculino frente a la inferioridad de los roles femeninos, profundamente arraigadas en la sociedad. Así como los estereotipos sexuales amén de los mandatos religiosos, en especial en algunas religiones que sacralizan al hombre frente a la mujer.

Para combatir estos extremos en los aspectos públicos pueden destacarse las medidas de discriminación positiva, como las que consagran los cupos necesarios en las listas de los partidos políticos, que no son deseables por que importan una imposición numérica, pero que conducen a mantener y preservar cierta igualdad de oportunidades.

Según la Corte IDH, los Estados no sólo deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* sino que deben adoptar medidas positivas, para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

Tales compromisos se derivan de la obligación general de respetar los derechos humanos sin discriminación.

Como se sabe, las acciones afirmativas, también llamadas acciones positivas, pretenden corregir desigualdades que afectan a las personas por su situación o pertenencia al grupo. Se trata de políticas de diferenciación para la igualdad, que buscan eliminar

las desigualdades de hecho, así como las consecuencias de la discriminación, estableciendo tratos favorables o privilegiados a ciertos colectivos.

Así, la ley 14848 de la Provincia de Buenos Aires estableció que las listas de candidatos a senadores y diputados provinciales, concejales y consejeros escolares deben incluir un 50% de personas de cada género, en forma alternada y secuencial por binomios (varón-mujer o a la inversa).

Esto dio como resultado que en el año 1995 el 8% de la Cámara baja bonaerense eran mujeres, mientras que en el año 2017 el 45% de los diputados elegidos por la segunda sección fueron mujeres, el 44% en la tercera

sección, el 45% en la sexta y el 50% en la octava. Aumentándose también notoriamente el número entre los Senadores elegidos.

Frente a esta ley cabe señalar la reglamentación que se hiciera a través de la Resolución 114 de la Junta Electoral Provincial que habilitó a los partidos a no respetar la obligatoriedad de intercalar mujeres y varones si deben integrar dos o más listas que hubieran competido en las PASO.

Tenemos asimismo como ejemplo la ley 24012 que consagra el cupo femenino del 30% para los cargos políticos electivos en jurisdicción nacional.

Actualmente cabe mencionar la Ley 27412 modificatoria de las leyes 19.945, 26.571 y 23.298. sancionada el 22/11/2017 y promulgada: 14/12/2017, Boletín Oficial del 15/12/2017²⁹ que regula la Paridad de género en ámbitos de representación política y que dispone que: Las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

Por su parte el Decreto N°171 del 7 de marzo de 2019, Reglamentario de dicha Ley³⁰, dispone que: El principio de paridad de género consagrado por la Ley N° 27.412 se entiende como la conformación de listas integradas por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna y consecutiva, desde la primera o el primer titular hasta la última o último suplente, de modo tal que no haya **dos** (2) personas continuas del mismo género en una misma lista.

Estas disposiciones normativas consagran la absoluta igualdad de la mujer y el varón, para ser electos en el ámbito político.

También con sentido semejante encontramos la ley 25674, que regula la participación proporcional femenina en cada unidad de negociación colectiva de la actividad sindical, así como la integración de los órganos directivos de las asociaciones sindicales.

Finalmente, conviene recordar que el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad también incluye el acceso a los puestos de decisión a los que se llega por designación y nombramiento.

²⁹ Cita Online: AR/LEGI/9GGI.

³⁰ Publicado en el Boletín Oficial del 8 de marzo de 2019.

Lo cierto es que la necesidad de consagrar el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades requiere de acciones positivas, también identificadas como acciones de discriminación positiva.

Nos enfrentamos a la obligación de respetar y garantizar el principio de igualdad no solo por parte de los órganos del Estado sino que también deben protegerse los derechos de todo ciudadano, frente a las conductas de los particulares. Es ésta una obligación de raigambre constitucional (arts. 16 y 75 inc. 22 y 23 de la C.N.) que asimismo tutelan las normas internacionales que en la actualidad integran el bloque constitucional³¹.

La Corte ha receptado en sus decisiones la Teoría del *Drittwirkung* o de los efectos horizontales de los derechos humanos, que aplicada en el contrato de trabajo se interpreta como el deber del empleador de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores en su totalidad, obligación que subyace en la responsabilidad tanto de los poderes públicos, así como de los particulares³².

Lo cierto es que ante la existencia de un acto discriminatorio que se considera acreditado, el Estado por medio de sus tres poderes, tiene la obligación de dismantelar dicha práctica y procurar la respuesta adecuada tendiente no solo a la reparación de la situación de desigualdad, sino a realizar un acto que resulte también correctivo y pueda ser beneficioso en el futuro, no solo para la víctima de la discriminación sino para la ciudadanía en su totalidad.

Esta postura implica necesariamente que para el ejercicio de una protección adecuada se adopten conductas positivas (medidas de acción afirmativas) tendientes a cambiar la situación de determinado grupo de personas a fin de desalentar o desactivar toda conducta discriminatoria.

Estas acciones³³ tienen por finalidad revertir toda acto de segregación por razón de género, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio por parte de los estados de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de particulares, que bajo su tolerancia o aquiescencia, creen,

³¹ Esto ya fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación originariamente en el caso *Kot* y posteriormente en “*Alvarez Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/ acción de amparo*” Fallos 337:611 ya cit.

³² Fallos 332: 2633; 333: 2306; 337:611.

³³ Tal como pusiera de resalto la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias³⁴. En este punto tiene especial gravitación la reforma constitucional de 1994 ya mencionada que, con el reconocimiento de las acciones afirmativas (arts. 75, inc. 23 y 37 de la CN) viene a confirmar que la concepción de la igualdad como no sometimiento, que complementa, necesariamente, la de no discriminación³⁵.

Tales obligaciones sin duda pueden y deben ser materia de políticas públicas adecuadas o de decisiones judiciales, cuando se presenta el caso concreto.

En efecto, estas acciones positivas han sido receptadas por nuestros tribunales. Así, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala V, de la Ciudad de Salta ha sostenido que, corresponde tomar medidas apropiadas para lograr la modificación de los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios [...] a fin de garantizar el goce pleno del derecho de igualdad laboral de las mujeres y con tal fundamento resolvió que las empresas demandadas en el caso analizado debían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes de colectivo³⁶.

También la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo concluyó en forma concordante con lo precedentemente expuesto, en el caso “Borda, Erica c/ Estado Nacional(Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) s/ Acción de Amparo”³⁷, entre otros, en el que se dispuso: ordenar el cese inmediato de la conducta discriminatoria y disponer acciones positivas fijando a tal fin un cupo del 30% ,con el fin de dejar atrás la inicua e intolerable desigualdad producida por la discriminación de género llevada a cabo por las demandadas. A tal fin, las empresas accionadas deberán contratar mujeres hasta alcanzar el mencionado cupo de la planta de choferes existente a la fecha del pronunciamiento. Se dispuso asimismo que esta medida provisoria regirá hasta que las autoridades ejecutivas y legislativas establezcan una reglamentación específica para compensar las desigualdades detectadas en el acceso de las mujeres a la conducción de colectivos de transporte público de pasajeros. También respecto a la

³⁴ Doctrina de los Fallos 333:2306, consid. 4°.

³⁵ Sobre el planteo y desarrollo de los principios de no discriminación y de igualdad como no sometimiento, ver Saba, Roberto, “Mas allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?”, editorial Siglo veintiuno. 2016.

³⁶ Fallo Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ Amparo, SC S932XLVI.

³⁷ CNAT, Sentencia Definitiva N° 113078, del 11 de octubre de 2018 del Registro de la Sala II.

obligación impuesta por el judicante de grado en el sentido de que las demandadas presenten por escrito un protocolo de buenas prácticas en la selección de personal, resolvió, que dicho protocolo deberá contemplar la cuestión de género y que en el mismo deberán enunciarse un conjunto de principios básicos en materia de acceso y contratación para el puesto de chofer de colectivo, que incluya cláusulas que garanticen el principio de igualdad y prohibición de discriminación que a tales fines deberán 1) equilibrar la participación de las mujeres en el proceso de reclutamiento, selección y contratación del personal, 2) Utilizar en el proceso de selección y contratación procedimientos y políticas de carácter objetivo, basadas en principios de mérito y capacidad, 3) establecer que ante igualdad de condiciones en el momento de acceso al empleo, se propicie la contratación de la persona que pertenezca a género subrepresentado, 4) fijar criterios para que las ofertas de empleo estén redactadas de modo que no contengan mención alguna que induzca a pensar que están dirigidas única y exclusivamente a los varones y 5) garantizar la promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso. También dejó establecido que en la redacción del Protocolo de Buenas Prácticas para la selección de personal deberán participar los representantes de los trabajadores. Por último instó a los Poderes Ejecutivo y legislativo a que adopten en el ámbito de sus respectivas competencias las medidas apropiadas para revertir la discriminación por género a partir de la realización de campañas de información y capacitación laboral y programas específicos a tales efectos.

Normativa internacional y nacional que tutela el derecho a la igualdad

Dentro del esquema del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, creado en 1948 , en Bogotá, se adoptó asimismo la carta de la OEA donde se encuentra la Comisión Interamericana de Mujeres que fue el primer organismo intergubernamental del mundo, creado a fin de garantizar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer. A tal efecto ofrece apoyo a los movimientos nacionales que intentan defender los derechos de la mujer en los distintos ámbitos que pueden ser gubernamentales, organización no gubernamentales y organismos populares.

Como es un organismo creado dentro de la OEA, apoya a todo movimiento que tenga por fin la protección de los derechos de la mujer en toda América.

Por *Resolución 217 A (III) un 10/12/1948*) se aprobó en nuestro país la Declaración Universal de los Derechos Humanos decisión que constituyó un hito histórico en el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos de todos los habitantes del mundo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, inciso 2) establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Encontramos también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁸ que establece en su art. VII que “Toda mujer en estado de gravidez y en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica 1969³⁹: que entró en vigor en nuestro país en 1978 y que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La misma regula en el art.19 la protección de los niños que en su condición de menores requieren por parte de la familia, de la Sociedad y del Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 24, inc. d) fija la obligación de los Estados de asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres.

Podemos asimismo citar entre otros : Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 conocida como Cedaw. Dicha Convención, que fue ratificada por nuestro país, mediante la ley 23179, y que marcó un hito en el tema que nos convoca, en su art. 11 punto 2, dispone que a los fines de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados parte tomarán medidas adecuadas para a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales...d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

³⁸ En: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

³⁹ En: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Estas normas han abordado no solo el tema concerniente a la discriminación sino que han adoptado medidas dirigidas a tutelar los derechos de las familias. Así la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres de 1979 incorpora el concepto de “responsabilidades familiares” y prioriza la participación en materia laboral y en la vida pública de la mujer, previa conciliación con las responsabilidades familiares.

La Recomendación General N° 19 del Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité CEDAW, 1992⁴⁰, establece que la violencia basada en el género está comprendida en la definición de discriminación de la Convención.

Asimismo en ese sentido se inscribe la Recomendación General Cedaw N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, del 26 de julio de 2017.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador 1988⁴¹;

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belem do Pará 1994.⁴²Vigente desde el 5 de marzo de 1995;

El Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres ⁴³;

La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer 1948⁴⁴;

La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer 1948⁴⁵;

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias Ambito de Aplicación 1989⁴⁶;

⁴⁰ En: http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

⁴¹ En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

⁴² En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

⁴³ En: https://www.oas.org/XXXIVGA/spanish/reference_docs/Estatuto_CIM.pdf

Reglamento: [http://www.oas.org/es/CIM/docs/CIM-Regs\[SP\].pdf](http://www.oas.org/es/CIM/docs/CIM-Regs[SP].pdf)

⁴⁴ En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-45.html>

⁴⁵ En https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Interamericana_sobre_Concesion_Derechos_Politicos_a_la_Mujer.pdf

⁴⁶ En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su art. 10 inc. 2) dispone que, se debe conceder especial protección a las madres, durante un período de tiempo razonable, antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

La Argentina ha participado en la elaboración y posterior ratificación de convenios y tratados internacionales tendientes a tutelar la igualdad y equidad de género que han cobrado suma importancia entre los que podemos incluir los ya mencionados como, la Convención CEDAW sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ratificada por 32 países de América Latina y el Caribe, la Convención de Belem do Pará, para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer aprobada por la ley 24632, del año 1996, El programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, la Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, el Protocolo de Palermo sobre la Trata de Personas, etc.

Con posterioridad a la CEDAW se realizó en el año 1980, la Conferencia Mundial de Copenhague. En 1985 en Nairobi, tuvo lugar la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. En 1995 tuvo lugar en Beijing la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer donde se adoptó La Declaración y Plataforma de Acción.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su informe de 1995 sobre Desarrollo Humano, planteó la necesaria revolución hacia la igualdad en la condición de los sexos. Por su parte el indicado Programa, en el año 1999 planteó la necesidad de los cuidados en la economía mundial, poniendo énfasis en que una de las tareas indispensables del desarrollo humano es la de asegurar la oferta de servicios de atención y cuidado en la familia, la comunidad, el Estado y el mercado, en donde se reconozca la distribución equitativa e igualitaria entre hombres y mujeres, para entender la carga y los gastos de la atención y el cuidado necesarios.

En América Latina cabe destacar la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, que tuvo lugar en Quito en el año 2007, donde se analizó la importancia de la incorporación de las mujeres a la economía.

Legislación nacional

Nuestra Constitución Nacional establece en su Art. 16; “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en sus empleos sin otra condición que la idoneidad”.

En nuestro país la mujer fue la destinataria de una de las primeras normas dictadas en materia laboral, así en 1907 se sancionó la ley 5291 regulatoria de la jornada de trabajo de mujeres y niños, la cual intentaba proteger los derechos atinentes a las mujeres según las ideas de la época.

Recién en 1926 se sanciona la ley 11.357 que da derechos civiles a la mujer y la coloca en una situación jurídica similar a la del hombre.

No obstante mantiene la incapacidad de hecho dispuesta por el Código Civil.

En 1934 se sancionó la ley 11.933 mediante la cual se estableció el derecho al goce de licencia obligatoria por razón de maternidad, desde los 30 días anteriores al nacimiento y hasta los 45 días posteriores.

El 9 de setiembre de 1947 que la Cámara de Diputados sanciona la ley 13.010.

Dicha norma jurídica reconocía en su Art. 1- que: Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y están sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos.

Art. 2- Las mujeres extranjeras residentes en el país tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o les imponen las leyes a los varones extranjeros en casos que estos tuvieran tales derechos políticos.

Art. 3- Para la mujer regirá la misma ley electoral que para el hombre, debiéndose dar su libreta cívica correspondiente como un documento de identidad indispensable para todos los actos civiles y electorales.

Art. 4- El Poder Ejecutivo dentro de los dieciocho meses de la promulgación de la presente ley, procederá a empadronar, confeccionar e imprimir el padrón electoral femenino de la nación, en la misma forma en que se ha hecho el padrón de varones. El poder ejecutivo podrá ampliar este plazo.

Art. 5- No se aplicarán a las mujeres las disposiciones ni sanciones de carácter militar contenidas en la ley 11.386 la mujer que no cumpla con la disposición de enrolarse en los plazos establecidos, estará sujeta a una multa de cincuenta pesos de moneda nacional o la pena de quince días de arresto en su domicilio sin perjuicio de su inscripción en el respectivo registro atinente a las mujeres.

En 1934 se sancionó la ley 11.933 mediante la cual se estableció el derecho al goce de licencia obligatoria por razón de maternidad, desde los 30 días anteriores al nacimiento y hasta los 45 días posteriores.

En 1968 la ley 17.711 reforma el Código Civil introduciendo cambios que protegen los derechos de la mujer, haciendo obligatorio su consentimiento para gravar, hipotecar o vender bienes de la sociedad conyugal, de los que antes el esposo disponía libremente afectando su seguridad económica y patrimonial.

En 1974 la ley 20.744 que regula el contrato individual del trabajo, se refiere a la prohibición de discriminar entre otras causas por razones de sexo e impone la obligación de igual remuneración por igual tarea. El art. 17 consagra el principio de no discriminación y trato igualitario para la mujer trabajadora. La protege asimismo en sus títulos VII y VIII tutelando sus derechos respecto de la maternidad, del embarazo y del matrimonio .

También se expresa que no se podrán establecer diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina, por un trabajo de igual valor, aclarando además que esta garantía debe extenderse a las convenciones colectivas de trabajo. (Art. 17 ley 21.297).

Es así que la mujer ha recibido protección legal a través de las disposiciones constitucionales y las normas de la ley de contrato de trabajo.

En 1985 se sanciona la ley de patria potestad y las mujeres, que siempre habían tenido a su cargo la educación y el cuidado de sus hijos, pueden acceder al igual que el padre al ejercicio de ese derecho que no es nada más ni nada menos, que el conjunto de facultades y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y los bienes de sus hijos, derecho que hasta entonces se encontraba en cabeza del padre y solo en su ausencia o por haberlo perdido por su mal ejercicio por resolución judicial, podía ser ejercido por la madre.

En 1987 la ley de reforma al matrimonio civil reconoce el derecho a fijar el domicilio conyugal por mutuo acuerdo, facultad antes exclusiva

del esposo, también el uso optativo del apellido del esposo alcanzándose recién en ese momento, podríamos decir, la igualdad en algunos aspectos con el hombre.

En 1991 se sanciona la ley de cupo n° 24.012 que estipula un mínimo de 30% de mujeres en las listas de candidatos para cuerpos políticos colegiados a nivel nacional.

La Reforma Constitucional de 1994 ha significado un importante avance cualitativo en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, ya que ha asignado nivel constitucional a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer constituyendo la mayor jerarquía en la pirámide legal.

En efecto, el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional dispone que todos los tratados de derechos humanos allí incorporados tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el texto constitucional, dejando abierta la posibilidad de que se incorporen otros instrumentos de derechos humanos, mediante la aprobación por mayorías especiales en el Congreso Nacional.

Asimismo ha consagrado otros avances: La garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos mediante la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios a través de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral. (Artículo 37).

De esta manera, la Asamblea Constituyente reflejó en el texto constitucional la experiencia acumulada por las mujeres en el seguimiento e implementación de la Ley de Cupos (Ley N° 24012)

Debemos poner de resalto la facultad del Congreso Nacional de promover medidas de Acción Positiva en relación a las mujeres que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales (Art. 75 inc 23).

También el art. 75 al referirse a las atribuciones del Congreso establece que corresponde a éste, sancionar entre otras leyes, aquellas de organización y de base de la educación, que aseguren la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

En su inciso 22 otorga a los tratados jerarquía superior a las leyes enumerando entre éstos, La Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Sobre la Mujer. Estos tratados tienen jerarquía constitucional y son considerados complementarios de los derechos y garantías que nuestra Constitución reconoce. Además en su inciso 23 atribuye al Congreso la facultad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos entre otros, de los niños y las mujeres.

El Congreso también tiene a su cargo dictar un régimen de seguridad que proteja de manera integral al niño en situación de desamparo desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental y a la madre durante el embarazo y el periodo de lactancia.

Otras normas referidas al tema son las siguientes:

Ley N° 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable. Vigente desde el 21 de octubre de 2002. Decreto reglamentario 1282/2003.

Ley 25.674. Participación Femenina en las Unidades de Negociación Colectiva de las Condiciones Laborales (Cupo Sindical Femenino). Vigente desde el 28 de noviembre de 2002 y el Decreto 514/2003 Reglamentario de dicha ley, vigente desde el 7 de marzo de 2003.

Ley 26171. Aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999. Vigente desde el 6 de diciembre de 2006.

Ley 26.485. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Vigente desde el 1 de abril de 2009 y su Decreto Reglamentario 1011/2010, vigente desde el 19 de julio de 2010.

Ley 26743. Establecimiento del derecho a la identidad de género de las personas. Vigente desde el 24 de mayo de 2012

En definitiva, se tutela el derecho de la mujer a trabajar, impidiendo que se la discrimine por razones de matrimonio o maternidad. En tal línea de ideas se prevén medidas que impidan el despido por embarazo, por maternidad, y tutelen el otorgamiento de licencia por maternidad, la protección de la salud de la mujer y sus hijos, y por último el suministro de servicios sociales destinados al cuidado de niños/as.

También la reunión del G-20 que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires⁴⁷, incluyó en su agenda temas como condiciones para mejorar el empleo, disminuir la pobreza y alcanzar la paridad en materia de género.

Inclusión laboral, digital y financiera de las mujeres fueron los tres ejes de trabajo del grupo Women 20 (W20) que se plantearon en Alemania en la reunión celebrada en el año 2017 y que fueron puestos en la agenda por la agrupación que reúne a las mujeres representantes de la sociedad civil, los negocios, los emprendimientos etc, en la reunión llevada a cabo en Buenos Aires.

Se plantearon de qué manera los temas del W 20 son claves para el G 20 y se concluyó que no hay forma de llegar a un desarrollo económico sostenible, sin incluir a hombres y mujeres por igual.

Para lograr tales resultados se reclama el rol de los gobiernos de la sociedad civil y del sector privado, para ayudar a cerrar la brecha de participación femenina en el mercado del trabajo.

En cuanto a la inclusión digital se ponderó que en la actualidad, si 600 millones de mujeres y niñas alrededor del mundo se sumaran al mundo digital y también tuvieran acceso al mercado laboral, entonces se podrían añadir unos U\$S 18.000 millones al PBI global⁴⁸.

Comisión de la condición jurídica y social de la mujer de las Naciones Unidas

En el marco de las Naciones Unidas (ONU) encontramos la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), que constituye una comisión orgánica del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y es un

⁴⁷ Noviembre de 2018.

⁴⁸ “Cumbre de mujeres para debatir las políticas de equidad en el mundo laboral. Pub. del Diario La Nación del 3 de octubre de 2018, pág. 22.

órgano mundial de formulación de políticas dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

La Comisión se estableció en virtud de la resolución 11(II) del Consejo Económico y Social, de 21 de junio de 1946, con el mandato de preparar recomendaciones sobre la promoción de los derechos de las mujeres en los ámbitos político, económico, civil, social y educativo.

Asimismo, la Comisión se encarga de supervisar a las partes, examinar y evaluar los progresos alcanzados y las dificultades en la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2000, a todos los niveles, así como de prestar apoyo para la incorporación de la perspectiva de género en los temas sometidos a análisis.

La Comisión contribuye además al seguimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible a fin de acelerar la consecución de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas.

Cada año, en la Sede de las Naciones Unidas de Nueva York se reúnen representantes de los Estados Miembros, entidades de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, a fin de celebrar el período de sesiones anual de la Comisión. Este período de sesiones, que generalmente se desarrolla durante diez días en marzo, ofrece una oportunidad para examinar los progresos en la consecución de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, determinar los retos, establecer estándares y normas internacionales, y formular políticas para promover la igualdad de género y tutelar la situación de las mujeres en todo el mundo. Asimismo, el período de sesiones es una importante oportunidad para que responsables políticos, defensores de los derechos de las mujeres, investigadoras y activistas intercambien opiniones y conciben estrategias, se movilicen y planifiquen nuevas iniciativas y medidas en favor de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

El sexagésimo primer (61er) período de sesiones (2017) de la Comisión se celebró del 13 al 24 de marzo de 2017. La Comisión debatió, como tema prioritario, “*El empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo*”. Además, examinó el progreso en la aplicación de las conclusiones convenidas en el 58º período de sesiones (2014) respecto

de “*Desafíos y logros en la aplicación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para las mujeres y las niñas*”. La Comisión debatió el tema de “*El empoderamiento de la mujer indígena*” como una nueva cuestión, tendencia, esfera prioritaria o nuevo enfoque. Los diez días del período de sesiones incluyeron reuniones ministeriales con mesas redondas y otros diálogos interactivos de alto nivel, un debate general, y otros debates interactivos y paneles de expertas. Además se organizaron múltiples actos paralelos para llamar la atención sobre aspectos cruciales para la igualdad de género⁴⁹.

En la sesión de la Comisión se dejó en claro que los resultados obtenidos son producto de la negociación entre todos los Estados Miembros y que se ocupan de recomendaciones orientadas a la acción de medidas destinadas a subsanar las deficiencias y los problemas pendientes y a acelerar la aplicación, que han de adoptar los gobiernos, los órganos intergubernamentales, mecanismos y entidades correspondientes

En efecto, en dichas sesiones se establecieron los pasos y medidas necesarios para superar las persistentes desigualdades, discriminación y barreras a las que las mujeres se enfrentan en el actual mundo del trabajo; así como las medidas necesarias para garantizar que las mujeres aprovechen por completo las nuevas oportunidades que surgen, conforme se modifica la realidad.

La parte introductoria (párrafos 1 a 39) expone los compromisos existentes sobre la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Reafirma que la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y otros documentos finales, han sentado una sólida base para el desarrollo sostenible y que su aplicación plena, efectiva y acelerada contribuirá decisivamente para el Desarrollo Sostenible y al empoderamiento económico de la mujer. Reconoce que la igualdad de derechos económicos, el empoderamiento y participación plena y en condiciones de igualdad en la economía y la independencia de la mujer son fundamentales para la consecución de la Agenda 2030.

Asimismo, analiza los vínculos entre las diversas dimensiones de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas, así como el modo en que esos vínculos influyen en el empoderamiento económico de la mujer .

⁴⁹ Puede obtenerse más información en: <http://www.unwomen.org/es/csw/csw61-2017>.

La tercera sección insta a implantar políticas económicas y sociales para el empoderamiento económico de las mujeres. Califica como esencial proteger el derecho de las mujeres a trabajar y los derechos en el trabajo. La sección incluye propuestas de políticas macroeconómicas, laborales y sociales con perspectiva de género que promuevan el crecimiento inclusivo, así como medidas para asegurar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente de las mujeres. Hace hincapié en los sistemas de protección social inclusivos y con perspectiva de género, incluidos los niveles mínimos. La sección aborda la situación de distintos grupos de mujeres y niñas, y enumera medidas para reducir y redistribuir la parte desproporcionada que soportan las mujeres y las niñas en cuanto a la prestación de cuidados y el trabajo doméstico no remunerados. Asimismo, persigue mejores estadísticas de género y datos sobre los sectores formal e informal de la economía, y también insta a aumentar significativamente la inversión para subsanar el déficit de recursos.

La cuarta sección aborda el crecimiento de la informalidad del trabajo y la movilidad de las mujeres trabajadoras. Las medidas tienen como objetivo la transición al empleo formal de las mujeres empleadas en la economía informal y en trabajos menos cualificados. La sección aborda la necesidad de establecer políticas y leyes nacionales en materia de migración con perspectiva de género y de eliminar todas las formas de trata y tráfico de personas.

La quinta sección tiene por objetivo gestionar el cambio tecnológico y digital para el empoderamiento económico de las mujeres. En esta sección se busca el acceso de las mujeres al desarrollo de aptitudes y al trabajo decente en sectores nuevos y emergentes, y la mejora de la participación de las mujeres en estos campos como usuarias, creadoras de contenido, empleadas, empresarias, innovadoras y líderes. Asimismo, prevé la adopción de medidas que permitan a las mujeres aprovechar la ciencia y la tecnología en iniciativas empresariales y para su empoderamiento económico.

La sexta sección aborda la voz colectiva, el liderazgo y la participación en la adopción de decisiones de las mujeres. Incluye medidas específicas para garantizar la participación plena, efectiva y en condiciones de igualdad de las mujeres y su acceso a puestos de liderazgo y alto nivel, tanto en el sector público como en el privado, y el derecho de las mujeres a la libertad de asociación, reunión pacífica y negociación colectiva. Las medidas abordan el papel de la colaboración tripartita, de los sindicatos, de las

organizaciones de la sociedad civil y de los medios de comunicación, así como sus contribuciones al empoderamiento económico de la mujer.

La última sección insta al fortalecimiento de la función del sector privado en el empoderamiento económico de las mujeres. Incluye medidas para promover un sector privado socialmente responsable y que rinde cuentas, así como entornos laborales y prácticas institucionales que valoren a todos los trabajadores y les ofrezcan las mismas oportunidades de alcanzar su pleno potencial. La sección busca la facilitación del espíritu emprendedor de las mujeres y la promoción y protección del derecho de las mujeres a trabajar y sus derechos en el trabajo en cadenas de valor mundiales.

Los párrafos de conclusión (del 41 al 45) subrayan el papel de otros agentes en la consecución del empoderamiento económico de la mujer en el mundo del trabajo. La función de los mecanismos nacionales para la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas y de la propia Comisión.

La Comisión exhorta a las entidades del sistema de las Naciones Unidas a que apoyen a los Estados, y a ONU-Mujeres a fin de que sigan desempeñando un papel central en la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, en la prestación de apoyo a los Estados Miembros, en la coordinación del sistema de las Naciones Unidas, y en la movilización de la sociedad civil, el sector privado, las organizaciones de empleadores y sindicatos y otras partes interesadas pertinentes.

De cara al futuro, se exhorta a los gobiernos y demás partes interesadas a que pongan en práctica las medidas incluidas en las conclusiones convenidas para lograr la igualdad de género, el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas y el pleno cumplimiento de sus derechos humanos. Se deja constancia que ONU-Mujeres está a disposición de todas las partes interesadas en contribuir a estos esfuerzos.

La ley 26485 de protección integral a las mujeres contra actos de violencia. Decreto reglamentario 1011/2010

Esta norma recepta el concepto de género, prevé la aplicación de su normativa en todo el territorio de nuestro país, y compromete la actuación de políticas públicas a implementarse por los tres Poderes del Estado para

lograr los objetivos que se propone que son precisamente la protección integral y evitar la discriminación contra las personas de sexo femenino.

Asimismo consagra que toda discriminación es una forma de violencia y define los distintos tipos de violencia incorporando conceptos novedosos como la violencia mediática y la violencia obstétrica. Se ocupa de las mujeres en cualquier condición social, política o económica, incluidas las mujeres privadas de la libertad y facilita el acceso a la justicia en todo el territorio nacional de manera gratuita, y dispone la uniformidad y obligatoriedad de los sistemas procesales aplicables en la defensa de los derechos.

La Ley 26485⁵⁰ tiende a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en aquellos espacios donde éstas desarrollen sus relaciones interpersonales, y resulta de su contexto que, el Estado se compromete a garantizar la protección de las mujeres con un sentido integral.

Como sostiene Patricia Haydée Pirolo “Mediante el término Integral tenemos una referencia al enfoque de amplio espectro; considerada la violencia como fenómeno complejo. Ello supone y exige abordajes de políticas, estrategias y acciones integrales abarcando un plexo de perspectivas. Multidisciplinar, interdisciplinar y transdisciplinar, son los modos de profundizar el trabajo en estas problemáticas como la violencia⁵¹.

La ley protege a la mujer de la violencia física, psicológica, sexual, económica, patrimonial, simbólica y contra la libertad reproductiva, obstétrica, mediática, etc. y en sus distintos ámbitos, doméstico, institucional, laboral, social, etc.

Debemos en tal contexto analizar cómo se visualizan los temas de género en la contratación laboral, frente al diverso tratamiento que se ha advertido en la incorporación de la mujer al mundo del trabajo.

Se planteó si la ley de protección de la mujer debía tener un acápite especial para la mujer trabajadora, y se optó por no hacer distinción en el mundo laboral, entre el hombre y la mujer.

No obstante, amén de la normativa que es profusa, se requiere para superar la discriminación y violencia contra la mujer la garantía de un acceso

⁵⁰ B.O. 1/4/09.

⁵¹ Pirolo, Patricia Heydée en el Trabajo de Derecho del Trabajo Comentado, dirigido por M. A. Pirolo, pág. 1088, La Ley, edición 2017.

irrestricto a los recursos judiciales, y allí cobra operatividad la creación de organismos nacionales o internacionales donde se puede plantear la temática, que representen la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados e imparciales para las mujeres víctimas de violencia.

Configura entonces una obligación principal que se organice el sistema judicial a fin de asegurar un adecuado sistema de justicia, para cuya organización deben comprometerse todos los sectores del poder público. Resulta esencial que se actúe en cada caso con la debida diligencia y que se facilite el acceso a la justicia propiciando el conocimiento por las mujeres del derecho que les asiste.

A tal efecto deberá velarse en cada poder judicial para capacitar y sensibilizar a sus miembros sobre temas de derechos humanos que tienen como destinatarias a las mujeres, atendiendo especialmente el tema de violencia, discriminación y la no revictimización.

En principio, la tutela de la igualdad presupone que todas las personas deben ser tratadas por el Estado con idéntico respeto y consideración, lo que importa aceptar que cada persona tiene derecho a perseguir con autonomía sus planes de vida y buscar su realización existencial,⁵² mientras eso no implique una violación de los derechos de terceros. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce desde tiempo atrás la protección jurídica que corresponde a los distintos proyectos de vida (Loayza Tamayo *c/* Perú.) donde consagra el estricto respeto que merece el aspecto existencial de la dignidad de la persona humana.

El Decreto Reglamentario 1011/2010 determina el concepto de discriminación contra las mujeres, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer y de los derechos humanos que les asisten en ámbitos económicos, políticos, sociales, culturales, civiles o de cualquier otra naturaleza, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Asegura la libertad de las mujeres de acceder a la justicia para el reconocimiento de sus derechos y tutela el procedimiento a seguir con tal objeto.

⁵² Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Publicado en: Revista Jurídica La Ley (1999-F).- Buenos Aires: La Ley.- p. 663.

Traduce en definitiva en su normativa lo que se entiende por relación desigual de poder, que se encuentra configurada por prácticas socioculturales históricas, basadas en la idea de inferioridad de la mujer o por el contrario de la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres que imponen un límite al reconocimiento o goce de los derechos de la mujer en cualquier ámbito en que desarrolle sus relaciones interpersonales. (Art. 4).

Variaciones en la contratación laboral de la mujer. Su participación en el mundo del trabajo. Derechos individuales y responsabilidades sociales

Es obvio que la actividad económica se resiente cuando un país aplica una legislación que impide que personas productivas participen plenamente en el mercado del trabajo.

Las mujeres frente a las nuevas necesidades económicas y familiares se propusieron incorporarse al proceso de desarrollo, luchando contra la discriminación que a su respecto existía.

Pese a que vivimos en el Siglo XXI existen países y distintas regiones que segregan a las mujeres y a varias minorías. Sus dirigentes parecen no haber comprendido aún que la discriminación es nefasta para el conjunto de la sociedad y que incluso debilita el desarrollo económico de la comunidad.

No puede desconocerse que esas discriminaciones tienen un costo económico.

En 2013 un estudio del Banco Mundial reveló que la escasa participación femenina en la actividad económica provoca una pérdida de ingreso del 27% en Medio Oriente y el norte de Africa. Se asevera asimismo que si el trabajo y los emprendimientos económicos femeninos estuvieran equiparados con los de los hombres, se podría incrementar un, 19% en Asia del Sur y un 14% en America Latina⁵³.

⁵³ Fuente diario La Nación, "Una lección que varios países ignoran: en el siglo XXI discriminar cuesta caro". Publicado el domingo 13 de abril de 2014.

En 1995 el Informe sobre Desarrollo Humano, dedicado a la condición de la mujer, concluyó que “solo es posible hablar de verdadero desarrollo cuando todos los seres humanos, mujeres y hombres, tienen la posibilidad de disfrutar de los mismos derechos y opciones”⁵⁴.

Mucho se ha recorrido en el camino de la lucha contra la discriminación por razón del sexo, pero todavía existen distintas situaciones que relegan a la mujer y le impiden el reconocimiento de los derechos que le corresponden.

Es así que en la actualidad, el colectivo femenino se plantea luchar contra la subordinación que el modelo social le impone respecto de las obligaciones familiares y persigue incrementar su autonomía económica, propiciando un claro reconocimiento a la igualdad de los derechos que considera le asiste.

La organización internacional del trabajo (OIT)

La OIT promueve la igualdad de género como elemento en la meta del trabajo decente a escala mundial y la disminución de la pobreza, como instrumento para favorecer una globalización más incluyente.

En el año 1965 la OIT aprobó la Recomendación N° 123 sobre empleo de las mujeres con responsabilidades familiares.

Por su parte el Convenio OIT N° 183 tiende a preservar la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres trabajadores. Se propone la protección del embarazo a través de la licencia por maternidad, protección del empleo de la madre, prestaciones pecuniarias y médicas, protección de la salud respecto de un trabajo que pueda perjudicar la salud de la madre o del bebé y prioridad de la lactancia. Tales disposiciones se encuentran complementadas mediante la recomendación N° 191.

El Convenio OIT N° 156, que se aprobó en el año 1981 y fue ratificado por nuestro país en el año 1988, trata de la igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras, sin distinción de sexo. Reconoce los problemas que se les plantean a los trabajadores con responsabilidades familiares

⁵⁴ Ver Theaux, Julio A. El Desarrollo humano y la equidad de género, RDLSS- marzo de 2012, pág.1 471, Abeledo Perrot Buenos Aires.

y considera como tal a los “trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos/as a su cargo y con otros miembros de la familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella”.

Se fija en el Convenio que, las responsabilidades familiares no deben ser objeto ni materia de discriminación, debe permitirse al trabajador/a el libre acceso a la formación, para posibilitar su integración en el mundo laboral y su permanencia como integrante de la fuerza laboral. Deben tomarse en consideración las necesidades de este grupo de trabajadores, privilegiando la asistencia a la infancia y a los miembros de la familia que la requieran.

También se considera que la mayor complejidad de las responsabilidades a cargo de la mujer trabajadora, exige la introducción de ciertos cambios en el papel tradicional del hombre. En síntesis, promueve beneficios referidos tanto a los hombres como a las mujeres.

La Recomendación N° 165, prevé la ampliación de los servicios a la infancia y de ayuda familiar, basados en estadísticas y encuestas sobre las necesidades y preferencias de los trabajadores con responsabilidades familiares. Propende a establecer planes y facilitar la organización de servicios tendientes a satisfacer gratuitamente o a un costo razonable, las necesidades de los trabajadores y de las personas a su cargo.

Los estados y la comunidad social deben ponderar la importancia del aporte que ha realizado la mujer al mercado laboral, con el consiguiente conflicto de roles entre su tarea familiar y su responsabilidad frente al trabajo, lo que determina en definitiva que la mujer adquiera una mayor carga total de trabajo, extremo que necesariamente incide en el lugar que ocupa el hombre, en el vínculo familiar.

De allí que una de las responsabilidades del poder político frente a tal situación que constituye un elemento indispensable para el desarrollo humano, es la de asegurar opciones para atender los cuidados necesarios a fin de equilibrar adecuadamente los derechos individuales y las responsabilidades sociales, tanto de hombres como de mujeres.

Entre las normas convencionales de la OIT⁵⁵ encontramos asimismo el Convenio N°100 sobre igualdad de remuneraciones por trabajo de

⁵⁵ www.oit.org

igual valor y el Convenio N°111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación, asimismo podemos citar el Convenio N°183 sobre la protección de la maternidad. Estas normas se complementan asimismo con las Recomendaciones N°191 y N°165, respectivamente.

Según la OIT "la agenda de trabajo decente se organiza en torno a cuatro objetivos estratégicos que se complementan: empleo de calidad, seguridad social, derechos laborales y mejor representación de todas las personas que trabajan"⁵⁶.

La Guía Europea de Perspectiva de Género propone: "recurrir a todas las políticas y medidas generales con el fin específico de lograr la igualdad, teniendo en cuenta activa y abiertamente, desde la fase de planificación, sus efectos en situaciones respectivas de unas y otros cuando se apliquen, supervisen y evalúen..."

En el contexto de la OIT opera la Oficina de Actividades para los Empleadores (ACTEMP) que tiene como objetivo atender las necesidades de sus miembros, imponerlos sobre sus obligaciones legales y asistirlos en su cumplimiento.

Asimismo la oficina de Actividades con los Trabajadores de la OIT trabaja especialmente poniendo énfasis en la necesidad de que los sindicatos preserven la igualdad de tratamiento de los distintos sexos.

Segun un estudio internacional del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD que evalúa el progreso económico y social mundial, en las tres dimensiones básicas salud, educación e ingreso, la Argentina fue uno de los 16 países sobre un total de 148, donde los valores del Índice de Desarrollo Humano IDH para las mujeres son iguales o superiores a los de los hombres, porque tienen una mayor esperanza de vida y un mayor nivel educativo, pero un ingreso per cápita, sustancialmente menor.

Según el Índice de Desarrollo Humano del 2014 los cinco primeros países en el tema (desarrollo humano) fueron Noruega, Australia, Suiza, Holanda y los Estados Unidos⁵⁷.

⁵⁶ Informe de la OIT y PNUD, pág. 23.

⁵⁷ Fuente el diario La Nación del día viernes 25 de julio de 2014, pág. 24.

Otras regulaciones tendientes a proteger a la mujer. Historia del proceso de reconocimiento de la igualdad

Entre otras conquistas obtenidas por las mujeres aunque resistida por algunos sectores del colectivo femenino, podemos citar la Ley de cupo sindical femenino N° 25674 del año 2002, reglamentada por el Decreto 514/03, tendiente a posibilitar nuevos espacios de participación femenina, permitiéndole a las mujeres intervenir en la negociación colectiva. Dicha norma prevé que las asociaciones sindicales deberán procurar la representación femenina en los cargos electivos y representativos en un 30%, porcentaje que el decreto reglamentario fijó que debe proyectarse sobre el total de los afiliados y no sobre el total de trabajadores de la actividad. También dispone que en el supuesto de que la proporción de mujeres trabajadoras sobre el total sectorial fuere menor, el cupo deberá ser proporcional a esa cantidad.

Por último regula la participación de la mujer en las comisiones paritarias.

Hay que tener cuidado con la consagración de una tasa de participación para desprenderse en profundidad de los estereotipos que conducen a las diferencias que se plasman en la realidad.

Históricamente, ya en el año 1984 los gremios más progresistas del sindicalismo argentino crearon la Mesa de Mujeres Sindicalistas que tenía por finalidad la protección de la mujer frente a los temas de discriminación en razón del sexo, en el marco laboral y social, así como facilitar la participación en materia sindical. En 1987 surgió el Departamento de Capacitación y desarrollo de la Mujer en la Confederación General del Trabajo (CGT), entidad de tercer grado que nuclea a los Sindicatos de los distintos gremios que reconocía como antecedente el Departamento de la Mujer creado en dicha institución, en el año 1973.

Posteriormente en el año 1992, se creó el Instituto de la Mujer. Dicho organismo tenía por objeto promover estudios para desarrollar la modificación de la legislación vigente, procurar la participación de la mujer trabajadora en la actividad sindical y su intervención en congresos nacionales e internacionales que traten entre otros temas, la problemática de la mujer con una finalidad de integración y superación en los problemas de género.

En definitiva, el objetivo se centraba en impulsar una política social y laboral tendiente a integrar a la mujer en el mundo sindical, en iguales condiciones que el trabajador varón.

El Instituto fue reconocido en 1995 como miembro del Foro de Mujeres del Mercosur y en 1998, pasó a integrar la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, integrada por la CGT, la CTA, las Cámaras Empresarias y el Gobierno Nacional, cuyos objetivos fueron actualizados a través del Acta Acuerdo celebrada el 16 de marzo de 2009, entre las partes integrantes de la Comisión.

El tripartismo en dicho instituto tiene como objetivo la aplicación de la función reguladora del Estado, la atención de las necesidades del nivel productivo del mercado y la adopción de soluciones que tiendan a privilegiar las necesidades y aspiraciones personales y familiares de los trabajadores.

Dicha entidad realizó una campaña nacional “Por la Igualdad contra la Discriminación” y centró su accionar en 1) La igualdad de trato y oportunidades, 2) Responsabilidad familiar compartida, 3) Discriminación, 4) Responsabilidad Social Empresaria, 5) Generación de Trabajo y Empleo con igualdad entre varones y mujeres, 6) Las transnacionales y su rol en la Argentina y en el Mercosur.

Los resultados obtenidos revelan que recién en agosto de 2000 por primera vez se incorpora una mujer a la Comisión Directiva de la Confederación General del Trabajo (CGT).

En el seno de la CTA central de trabajadores alternativa del año 1991, se creó la Secretaría de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el 2006 y se fijó un cupo mínimo en los cargos directivos de la institución del 20%.

En el marco de los Convenios colectivos, encontramos algunos como el de la Unión de Personal Civil de la Nación que establece sistemas para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores de distintos géneros, ya se trate de la selección de personal, la carrera administrativa o el acceso a la capacitación. También tiene normas tendientes a la protección de la maternidad, del período de lactancia, de la tutela de la adopción y tenencia, guarderías infantiles o jardines maternas y extiende la licencia por paternidad, otorgando el derecho de licencias simultáneas para los cónyuges.

En el año 1998 se celebró el Pacto Federal del Trabajo, que fue aprobado por el Decreto 254/97 y posteriormente ratificado mediante la ley 25212. En dicha oportunidad se adoptó el Plan para la Igualdad de Oportunidades entre varones y mujeres en el mundo laboral.

La maternidad: su protección

La Ley de Contrato de Trabajo tutela el derecho de la trabajadora poniendo énfasis en la protección de la maternidad y le otorga ciertos beneficios a la mujer en su condición de tal.

Esto nos lleva a concluir que la cuestión de género estaba íntimamente ligada a dicho reconocimiento habiendo conducido su valoración a que el legislador al momento de su dictado, efectúe una clara diferenciación respecto de los derechos que le asigna a cada integrante de la pareja, por su condición de mujer o varón.

Estamos como ya se ha puesto de resalto en el presente trabajo, ante un cambio sustancial en el rol de los integrantes del grupo familiar, con prescindencia de la cuestión de género, así como ante la existencia de familias nucleares, homoparentales, monoparentales, ensambladas, matrimonios igualitarios, uniones convivenciales etc., cambio que exige un nuevo análisis.

Ninguna discusión admite hoy la conclusión referida a que en el campo de los derechos humanos debemos reconocer la inclusión del respeto a la protección de la persona humana y a los derechos del niño, de interés superior, así como el reconocimiento de la responsabilidad parental de los trabajadores, con prescindencia del género, para la atención y cuidado de su descendencia.

De hecho debemos analizar las diversas necesidades que se presentan en la maternidad cuando esta es por causa natural (parto normal o por cesarea; hijo normal o con problemas de salud), por adopción, o por medios científicos y frente a las distintas etapas que la misma plantea, ya sea licencia prenatal, posnatal, adopción y guardas preadoptivas, etc.

El cuidado de los menores a cargo impone deberes de protección que influyen necesariamente en los progenitores que trabajan y en los derechos que cabe reconocerles en el ámbito laboral.

Existen necesidades naturales previstas en nuestra legislación referidas al cuidado de la prole, como el instituto de la lactancia, la licencia para atención de hijo enfermo, la tutela del parto mediante la licencia pre y post parto, el derecho a hacer uso del periodo de excedencia, etc.

Esto debe también preverse en los supuestos de adopción.

Cuando las responsabilidades parentales son compartidas por la pareja, de igual o distinto sexo, los derechos deben reconocerse al progenitor gestante y regularse derechos para el no gestante.

Por lo tanto, la protección que hasta hoy rigió para la mujer debe extenderse.

Debe generalizarse el reconocimiento de los derechos de los niños a todos los nacidos en nuestro territorio, ya sea por medios naturales o científicos, dentro o fuera del matrimonio, y a los niños que integran una familia por adopción.

En la actualidad el panorama del principio de no discriminación se proyecta ya no solo al lugar que la mujer ocupa en la sociedad y en la familia, sino que cabe extender los derechos a todo integrante de una familia cualquiera sea su género, en una actitud tendiente a proteger la dignidad de los seres humanos y los derechos que asisten a los niños, niñas y adolescentes.

Debemos también propender a tutelar la adopción, y reconocer la protección que merecen los adoptantes, así como atender a la protección del progenitor no gestante.

El principio que debe consagrarse es el de la igualdad entre el hombre y la mujer. La prohibición de las discriminaciones es el núcleo del derecho contemporáneo de familia. Igualdad del hombre y de la mujer, igualdad de los niños, igualdad de las familias: tales son los tres elementos del tríptico igualitario contemporáneo⁵⁸.

Sostiene Hughes Fulchiron⁵⁹ que en las relaciones entre el hombre y la mujer el principio de igualdad se impone poco a poco y apela a una identidad de derechos y deberes para ambos.

Régimen del nombre. Elección del apellido

Uno de los deberes y derechos reconocidos a los ciudadanos y que consagra la aplicación práctica del principio de igualdad es el referido a la elección del nombre que tutela el Código Civil y Comercial de la Nación, otorgando al hijo matrimonial la facultad de llevar el primer apellido de

⁵⁸ L.L. Hugues Fulchiron "Del derecho de la familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo", publ. En L.L. del 16 de abril de 2014, T. 2014-B

⁵⁹ Op. Citada.

alguno de los cónyuges, y en caso de no haber acuerdo se determinará mediante un sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro progenitor. (art. 64). El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial llevará el apellido del progenitor que lo inscriba, de lo contrario, cuando la filiación se realiza por ambos progenitores, se aplicará a su respecto las reglas y principios generales.

También se faculta a cualquiera de los cónyuges, sin distinción de sexo, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, a utilizar el apellido del otro con la preposición “de” o sin ella. (Art. 67).

Discriminación por elección sexual. Derecho al cambio de identidad sexual

Históricamente el ser humano fue perseguido, criminalizado o tratado como enfermo, cuando su preferencia sexual no coincidía con el sexo, según su nacimiento.

Aún hoy en el Siglo XXI, estamos frente a cambios profundos de los distintos paradigmas, pero la natural resistencia del ser humano al cambio nos lleva a ignorar las modificaciones y al mantenimiento de los esquemas tradicionales.

Es importante poner de resalto que el 40% de los países reconocidos por la ONU no solo criminalizan la homosexualidad, sino que endurecen las leyes que la penalizan.

Recién El 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró a la homosexualidad de la lista de las enfermedades mentales. Ese gesto puso punto final a una larga tradición de tratar como una enfermedad psiquiátrica a esa preferencia sexual⁶⁰.

Lo cierto es que pasaron muchos años y se debieron vivir muchas vicisitudes hasta que la elección del sexo o la preferencia sexual fuera considerado un aspecto directamente vinculado con el ejercicio del principio de libertad del ser humano, como un derecho inalienable, que debe ser respetado y que se encuentra estrictamente vinculado con la dignidad.

⁶⁰ Fuente el diario La Nación, “Una lección que varios países ignoran: en el siglo XXI discriminar cuesta caro”. Publicado el domingo 13 de abril de 2014.

En la actualidad en nuestro país, toda persona podrá reclamar el reconocimiento de su identidad de género⁶¹.

Se confiere a todo individuo el derecho a su libre desarrollo conforme a su identidad de género que debe ser tratada de acuerdo con la elección efectuada, y tiene derecho a ser identificada de tal modo en los instrumentos que acreditan su identidad, los que receptorán el o los nombres de pila, imagen y sexo.

La norma en análisis privilegia la vivencia interna e individual de cada persona para sentir el género, aún cuando el mismo no se corresponda con el sexo al momento del nacimiento. Establece que la vivencia involucra también la modificación de la apariencia a través de distintos medios y toma en consideración expresiones sociales referidas al género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

En definitiva, consagra el derecho de toda persona, mayor de edad, a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando los mismos no coincidan con la identidad autopercebida.

La ley 26743 del 2012, de identidad de género (reglamentada por el Decreto 1007/12) tutela el derecho a optar por la preferencia sexual y tiene la finalidad de garantizar a toda persona mayor de edad, y a aquellos menores a quienes para su tutela se les exige la comparecencia de los representantes legales y la asistencia del abogado del niño, prevista en el art. 27 de la ley 26061, el respeto por la igualdad de las personas, estrechamente vinculado, reiteramos, con la dignidad humana. Se prevé que ninguna norma legal, reglamentación o procedimiento podrá limitar restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas mas favorables al acceso a tal derecho, legalmente reconocido. (Art. 13).

La norma respeta la vivencia o percepción interna e individual de género, se corresponda o no con el sexo asignado al momento del nacimiento y tutela el derecho a la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que tal decisión resulte libremente escogida. No obstante, también reconoce la libertad de expresión en lo atinente a la vestimenta, modo de hablar y modales adoptados por la persona.

⁶¹ La ley 26743.

A tal fin se autoriza, para la protección del derecho al libre desarrollo personal y al goce de la salud integral, a los mayores de edad el acceso a intervenciones quirúrgicas y tratamientos integrales hormonales, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa alguna, exigiéndose únicamente, el consentimiento informado del interesado. Este procedimiento requiere, en el caso de los menores de edad, la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, con el fin de velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña, de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Para el ejercicio de tal derecho faculta a la persona a obtener la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen en los documentos de identidad, a tal fin garantiza el derecho a la confidencialidad, en tanto nadie podrá acceder al acta de nacimiento originaria, salvo que se cuente con autorización del titular de la misma o con orden judicial escrita y fundada. En tal perspectiva de protección tampoco se autoriza la publicación de la rectificación, todo ello en concordancia con lo dispuesto por la ley 25326 de Protección de Datos Personales.

También se impone la obligación de proporcionar a los que opten por una nueva identidad, un trato digno, y consagra el derecho a que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad, nombre que deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos, como privados y en cada caso en que la persona deba ser nombrada en público. Se tutela asimismo el mantenimiento del uso del nombre de pila, en aquellos supuestos o trámites en que se requiera registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad.

Tales modificaciones deberán ser informadas al Registro Civil de la jurisdicción donde se encuentra asentada el acta de nacimiento, para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento nacional de identidad que reflejen la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila, sin que consten en los mismos referencia alguna a la ley aplicada. Se mantienen todos los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, incluida la adopción.

El Registro Nacional de las Personas informará el cambio de documento nacional de identidad al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría del Registro Electoral y a los restantes organismos que reglamentariamente corresponda.

En tal contexto la Dirección del Registro Civil de Mendoza dispuso a través de la Resolución 420/2018 que conforme a lo solicitado por un ciudadano cuya identidad se preserva y en respeto a la identidad de género autopercibida por dicha persona, en la Partida de nacimiento y en su DNI en el ítem sexo, se asiente una línea.

De esta manera se reconoce por primera vez el derecho a pertenecer a un “sexo indefinido”⁶².

La unión convivencial

En la actualidad el Código Civil y Comercial de la Nación regula las uniones convivenciales, que son aquellas basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo. (Art. 509).

A los fines probatorios se prevé la inscripción de la existencia de la unión convivencial y de los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, así como de su extinción ante el Registro Civil, lo que debe ser solicitado por ambos integrantes. (Art. 512).

Los pactos de los convivientes podrán versar sobre la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común, en caso de ruptura y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de extinción de la convivencia, y podrán ser modificados y rescindidos por acuerdos de ambas partes. (Arts. 514 y 516).

Lo importante es que el presente instituto está previsto para proteger a sus integrantes, cualquiera sea su sexo, y reconocer los derechos que les asistan en caso de necesidad, cuando alguno sufra un desequilibrio económico que signifique un empeoramiento de su situación económica, consagrando el derecho a la percepción de una compensación. (Art. 524).

⁶² Publ. en el Diario La Nación del 3 de noviembre de 2018, pág. 34. Suplemento Sociedad.

Ley 26618 y las modificaciones introducidas en el matrimonio civil

Las modificaciones normativas introducidas por la citada legislación responden a realidades culturales y familiares, en tanto el derecho recepta y consagra lo que la realidad plantea.

Se advierte en la sociedad un cambio estructural en la conformación de la familia y en los roles asignados tradicionalmente a cada género.

Así encontramos familias nucleares, monoparentales, ensambladas, homoparentales, en uniones convivenciales, matrimonios igualitarios amén de uniones convivenciales.

La familia configura una unidad básica de la sociedad que cobra vital importancia para el desarrollo y crecimiento del ser humano.

La función encargada del sostenimiento moral y material del infante, así como la que le brinda sustento económico para que tal tarea pueda desarrollarse pueden ser cumplidas en la actualidad por personas unidas en un vínculo familiar, cualquiera sea su orientación sexual.

Cabe señalar que la ley 26618 consagra identidad de tratamiento con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo, consolidando en su articulado un único trato idéntico y no diferenciado para todo matrimonio.

Asimismo, en su art. 21 que sustituía el art. 360 del código Civil consagraba la distinción entre hermanos bilaterales y unilaterales. Siendo los primeros los que proceden de los mismos padres y los segundos los que proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro. Esta disposición ha sido actualmente receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 534.

Con la sanción de la ley que regula el matrimonio entre personas de igual sexo se produce un profundo replanteo del derecho privado argentino.

Esta modificación consagra el reconocimiento de las parejas del mismo sexo en su calidad de familias.

Se modifica el concepto de matrimonio, y se presenta una diversa realidad, el matrimonio ya no puede ser abordado desde la perspectiva de género, cambiando esencialmente el bien jurídico protegido que pasa a ser la familia.

Se modifican también los fines de la institución familia, cambian las disposiciones que regulan el uso del apellido que ya hemos analizado y se altera el régimen de los bienes gananciales.

La realidad descripta genera un replanteo en el tratamiento del instituto de la familia, para evitar diferente regulación respecto de aquellas que estén constituídas por personas del mismo sexo, en comparación de aquellas otras integradas por personas de distinto sexo.

Lo cierto es que nuestras leyes laborales otorgan derechos a la familia tal como la concibiera el legislador en los siglos pasados sin atender a las diferencias que se plasman en la nueva institución familiar, entendida ésta por los matrimonios conformados por integrantes del mismo sexo, o en el supuesto de familias ensambladas o de las personas que se encuentran vinculadas en aparente matrimonio.

En efecto, se impone la aplicación de un criterio más amplio que contemple aquellos factores que no han sido ponderados al sancionarse las leyes vigentes, a fin de consagrar como bien jurídico protegido, a la familia.

La cuestión planteada nos conduce a analizar los elementos normativos en juego a las luz de las disposiciones de jerarquía superior que se proyectan en su aplicación a la familia, no solo desde la perspectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, sino más específicamente, en concordancia con el principio de protección integral de la familia y en todo supuesto del interés superior del niño.

En tal contexto cabe poner de resalto que, se han modificado los requisitos para celebrar un matrimonio, en tanto que antiguamente se exigía además la diversidad de sexos, hoy solo se requiere el pleno y libre consentimiento, expresado personalmente por ambos contrayentes y la intervención de la autoridad competente para celebrarlo. (arts. 402 y 406 Código Civil y Comercial de la Nación)

Así como se ha superado con el correr de los años el principio de indisolubilidad que caracterizaba al matrimonio civil según la ley, a raíz de la sanción de la ley de divorcio vincular, hoy la única característica que se mantiene, es la monogamia, en tanto el matrimonio representa, al menos en nuestro país, la unión legal de dos personas.

Dice la segunda parte del art. 42 de la ley 26618 “Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo así como un matrimonio constituido por dos personas de

distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones”. Dicha norma consagra en su primera parte que “todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico, se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo”.

Esto se mantiene en el Código Civil y Comercial de la Nación que en su art. 402 dispone que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

Los reconocimientos abordados tienen como fuente el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que cada Estado “se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos...los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color o sexo”. También consagran el respeto irrestricto a los derechos de todos los individuos sin actitudes discriminatorias, la Convención Americana de los Derechos Humanos (art. 17), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13).

La importancia de la familia

El hombre es un ser social por naturaleza. Cuando nace necesita la provisión de cuidados especiales para su desarrollo y crecimiento, cuidados que son brindados generalmente por la madre, el padre, la persona que lo tiene a cargo o en definitiva por la familia.

Así, desde una perspectiva antropológica la labilidad que caracteriza al ser humano en el momento de su nacimiento requiere de una atención especial referida a su cuidado y alimentación, que le permita atravesar la infancia y las distintas etapas de crecimiento, con la necesidad de satisfacción, no solo de aspectos materiales sino también psicológicos.

Las funciones parentales, tienen a su cargo asimismo transmitir los valores morales y culturales vigentes en la sociedad de que se trate.

En la actualidad, dichas funciones son desempeñadas por los titulares de la familia, con prescindencia de su orientación sexual, en tanto se ha superado el paradigma de que esa tarea de la primera infancia está primordialmente confiada a la madre.

Nos preguntamos, ¿qué es la familia?

Debemos tomar conciencia: se han modificado los modelos únicos en los que hemos sido educados.

También cabe destacar que, el individuo requiere para su formación y capacitación su inserción en un núcleo social que empieza en la escuela, continúa en su interacción con otros seres humanos en sus diversas condiciones y alcanza su concreción con la adquisición de una habilidad, que le permita su desempeño laboral.

Asimismo determinados ambientes en los que invierte el tiempo del ocio, también colaboran con permitirle al ser humano su completo desarrollo en el terreno material, moral, espiritual, social y cultural.

Esta realidad requiere la provisión de medios económicos que permitan el mantenimiento de la persona y su núcleo familiar, los que se obtienen por medio del trabajo.

En la actualidad, en la mayoría de los países, las funciones económicas se efectúan a través de agrupamientos humanos que tienen como finalidad la producción de bienes y servicios a una escala de ciudad, región, nación o mundo, constituyendo un grupo social que se denomina empresa⁶³.

Esto es así, en tanto es el trabajo el que permitirá la obtención del sustento del trabajador y su grupo familiar.

El trabajo es lo que provee los medios necesarios para fundar y mantener una familia y permitir que pueda proyectarse en el futuro.

Por consiguiente, el nuevo desafío radica en incorporar a la legislación laboral la normativa adecuada que permita tutelar el derecho del niño pues es su interés superior el que obra como obligación fundamental de la sociedad para con sus integrantes, tendiendo a su atención y cuidado, su crecimiento y desarrollo en el seno familiar.

⁶³ Vázquez Vialard, Antonio, "La empresa como comunidad de personas: su aporte al derecho del trabajo" L.T. T XXVII pág. 385.

Los integrantes del grupo familiar asumen hoy la responsabilidad por la crianza de los hijos que son el objeto principal de protección y esta realidad debe ser receptada en el mundo jurídico.

Debe reconocerse a ambos componentes de la pareja la igualdad de derechos y deberes, en su calidad de progenitores (cualquiera sea su género) de tal modo de facilitar el desarrollo y crecimiento de los menores a su cargo, en un ámbito adecuado.

Debemos poner énfasis en que la situación de la familia y su protección legal está presente en todas las contingencias que vive el ser humano, en el nacimiento, muerte, vejez, invalidez, desempleo, jubilación, etc.

En este nuevo contexto, debe analizarse si la protección que la norma que regula el contrato de trabajo reconoce en beneficio de la mujer, debe ser extendida de acuerdo a las necesidades que plantea la nueva concepción familiar, indistintamente a los integrantes de la familia, si atendemos al cambio de roles que tanto para la mujer como para el hombre representan el ejercicio de la maternidad y paternidad responsables.

Vamos seguidamente al análisis de las diversas familias.

La inserción de las familias homoparentales en las escuelas por ejemplo es algo nuevo en la sociedad argentina, que está aprendiendo a convivir en diversidad.

En los institutos escolares ya no se festeja el día del padre o de la madre, sino el día de la familia, por las diversas posibilidades que encierra el término, que resulta abarcativo de las distintas realidades.

De acuerdo con el Censo de 2010 hay aproximadamente en nuestro país 5.000 familias monoparentales, de las cuales el 97 % son comaternales.

Según un estudio realizado por la Universidad Católica Argentina (UCA) los hogares monoparentales representan el 23,7% y la mayoría se encuentra a cargo de mujeres. Solo el 6,2 % tienen jefatura masculina⁶⁴.

En cuanto a la procreación, debemos ser realistas y atender a lo que sucede en la sociedad donde muchas mujeres optan por métodos científicos y recurren a la inseminación artificial en algunos supuestos con donante,

⁶⁴ Informe publicado en el Diario La Nación del 13 de abril de 2019, Sección Sábado, pág. 1. del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA.

mientras que los hombres, mayoritariamente, se vuelcan a la adopción. Lo cierto es que existen hijos de familias monoparentales, inscriptos como hijo de uno de los componentes de dicha familia o pueden ser inscriptos a nombre de sus dos progenitores.

Se han ampliado los métodos de transmisión de la vida, agregándose a los medios naturales, otras metodologías permitidas por nuestra legislación a los que las parejas o los individuos que se encuentran imposibilitados de procrear, pueden recurrir.

Nuestra Constitución Nacional en el art. 14 bis contiene en el tercer párrafo la tutela de los derechos concernientes a la familia, disposición mediante la cual se prevé su protección integral.

Todos los planteos que se formulan en el presente trabajo parten de la imperiosa necesidad de respetar los derechos de las personas, sin actitudes discriminatorias y adaptándonos a los cambios que se presentan en la realidad.

Debemos recordar que antiguamente recibían un diferente tratamiento los hijos extramatrimoniales frente a los matrimoniales.

El derecho debió superar estas concepciones y terminología para igualar a todos los hijos, con prescindencia de su condición de nacimiento, y priorizando, definitivamente, el reconocimiento de sus derechos.

Hoy el concepto de familia se ha ampliado notoriamente. El Tribunal Internacional de Derechos Humanos la considera el núcleo central en el que se desarrolla el ser humano y que debe ser caracterizado con un criterio amplio, omnicompreensivo de todo tipo de organización familiar.

En tal orden de ideas, el Estado debe priorizar la protección de la familia, el reconocimiento del derecho de todos sus integrantes, amén de permitir a los mismos, generar los necesarios recursos para su mantenimiento, mediante el trabajo.

Esto ya ha sido abordado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño donde se consagra a la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias que les permita asumir en el futuro, plenamente sus responsabilidades, dentro de la comunidad.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) dispone que “ Se debe conceder a la familia que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (art. 10 inc.1) y el art. 7 impone que “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial a) ii) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias”.

También el Protocolo Adicional al Pacto de San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador, ratificado por Argentina, regula el tema en forma similar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16 inc. 1 tutela el derecho de casarse y fundar una familia y en el inciso 3) señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En síntesis, el Estado debe tutelar como bien esencial los derechos de la familia, y permitir y facilitar el trabajo como forma de mantener y procurar la subsistencia de la misma.

La protección de la institución de la familia conduce a preservar sus derechos y a no admitir causas de discriminación por temas precisamente atinentes a cuestiones que afecten los principios de igualdad y libertad.

Ello siempre teniendo en consideración como espíritu rector, la protección que merece el niño, principio que en nuestro país reconoce raigambre constitucional⁶⁵.

Así el art. 3 inc.1) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberá tenerse una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño.”

El lugar que reconoce Europa al concepto de familia parte del Consejo de Europa cuyo instrumento principal es la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, que protege al individuo y a la vida privada familiar. Sus disposiciones han influido

⁶⁵ Art. 75, inc. 23 Constitución Nacional.

notablemente en las decisiones jurisprudenciales de la Corte Europea de Derecho Humanos CEDH, de Estrasburgo⁶⁶.

Importante trascendencia cobran asimismo en el ámbito de la Unión Europea el Tratado de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta última afirma que “La protección de la familia está asegurada en el plano jurídico, económico y social”.

También el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea: prescribe: “La Unión está fundada sobre valores de respeto de la dignidad humana, de la libertad, de la democracia, de la igualdad, del estado de derecho, así como el respeto de los derechos del hombre, comprendidos los derechos de las personas que pertenecen a las minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre las mujeres y los hombres” Esto consta en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Preámbulo del Tratado de Londres de 1949⁶⁷.

Hughes Fulchiron sostiene ante el interrogante de si existe un modelo de familia europea que la respuesta sería negativa, pues lo que existe “son relaciones familiares concebidas como relaciones interindividuales en el sentido de que ellas son construidas a partir de los derechos y libertades del individuo. Se trata de relaciones interindividuales modeladas por los principios y valores comunes⁶⁸.

El derecho europeo reconoce y protege una multitud de formas de “vida familiar” Así la CEDH ha dicho que si bien la familia fundada sobre el vínculo matrimonial constituye un objetivo legítimo, otras formas de vida en familia deben asimismo ser reconocidas y protegidas⁶⁹.

Hugues Fulchiron considera que no existe un modelo sino distintos modelos de familia a las que denomina: familias legítimas, familias naturales, familias unidas, familias desunidas, familias recompuestas, familias monoparentales, familias homoparentales⁷⁰.

⁶⁶ L.L.Hugues Fulchiron, “Del derecho de la familia, a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo”. Miércoles 16 de abril de 2014, L.L. 2014- B.

⁶⁷ Hughes Fulchiron. *Op. cit.*

⁶⁸ Hughes Fulchiron. *Op. cit.*

⁶⁹ CEDH sentencia del 13 de junio de 1979 in re “Marckx c/ Bélgica” N° 51.

⁷⁰ Hughes Fulchiron. *Op. cit.*

De hecho la familia y su derecho están profundamente anclados en una cultura, una historia, una visión del mundo propias de cada comunidad⁷¹. Por eso el Tribunal (la CEDH) los considera propios de cada Estado miembro.

Pese al respeto por el derecho de las personas, el mundo europeo presenta diferencias notables frente al tema que nos ocupa.

Así existen países que como dice Hugues han abierto la puerta al matrimonio entre las personas del mismo sexo (Países Bajos, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Inglaterra y Gales,) otros que han inscripto el carácter heterosexual del matrimonio en sus Constituciones (Polonia y Hungría), aquellos que no admiten la celebración de una unión semejante en su territorio, pero aceptan reconocer los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero (Francia antes de la ley del 17 de mayo de 2013), o aquellos que los recalifican como uniones civiles registradas (Alemania y Austria) .

Lo cierto es que en las relaciones entre el hombre y la mujer el principio de igualdad se impone poco a poco y apela a una identidad de derechos y deberes para ambos.

La prohibición de las discriminaciones es el núcleo del derecho contemporáneo de familia. Igualdad del hombre y de la mujer, igualdad de los niños, igualdad de las familias: tales son los tres elementos del tríptico igualitario contemporáneo.

Cambios de paradigmas en el concepto de familia. Responsabilidad familiar compartida

De la organización familiar existente en siglos anteriores, se ha pasado hoy a enfrentar diferentes modificaciones.

En los matrimonios heterosexuales historicamente la mujer-madre era la encargada del cuidado de la casa, de la realización de las tareas del hogar y especialmente de la atención y educación de los hijos. Al hombre le estaban reservadas las actividades económicas y políticas y la inserción en los medios productivos, así como la obtención de la manutención necesaria, para el sostenimiento de la familia.

⁷¹ Sentencia del CEDH del 13 de junio, pág. 2.

Cuando la mujer empezó a tener trabajo en relación de dependencia, y se incorporó al mercado laboral, las obligaciones familiares sufrieron un cambio radical.

No obstante, dicha incorporación de la mujer al mercado de trabajo trajo como consecuencia inmediata su desjerarquización, a nivel de cargos que se le ofrecieron; su discriminación en el tema de la percepción de remuneraciones, que fueron notoriamente inferiores a las reconocidas al trabajador varón y la falta de consideración, frente a la igualdad de oportunidades ante las posibilidades de capacitación y crecimiento laboral.

También las crisis económicas han favorecido el ingreso de la mujer al mercado de trabajo, por tener en ciertas situaciones preparación suficiente lo que posibilitó la incorporación de personas calificadas, con bajos niveles salariales. En algunas de estas situaciones fue el hombre el que ha debido quedar a cargo del hogar, por su imposibilidad de conseguir trabajo o a veces por el desempeño de labores en calidad de trabajador autónomo o independiente.

Decimos esto porque estadísticamente en épocas de crisis, se ha incrementado la tasa de actividad laboral de la mujer frente a la disminución de la contratación de la población masculina, extremo que se advierte, especialmente, en el mercado laboral informal.

Esta realidad altera y profundiza la necesidad de protección del trabajador si se quieren respetar sus derechos individuales y su proyección necesaria como integrante del núcleo familiar

También éstas modificaciones han provocado, como consecuencia, cambios esenciales que, aunque lentamente, se van introduciendo en la educación.

Se observan cambios culturales que han influido en la posición que ocupa el hombre y la mujer en la vida familiar

Hoy se parte en algunos hogares del respeto al principio de la igualdad entre el hombre y la mujer y los progenitores o quienes cumplen sus funciones se preocupan de impartir líneas de educación que permitan al varón aprender las tareas domésticas, y colaborar con el cuidado de la casa, el aseo del hogar y la preparación de la comida familiar, en un pie de igualdad con las hijas mujeres.

Lo cierto es que las nuevas generaciones han cambiado la percepción en cuanto a los roles y actividades que corresponden a cada género, aceptando y propiciando un cambio que recepta la igualdad entre el hombre y la mujer.

En la actualidad no es solo la madre la que estará al cuidado de las tareas domésticas y de aquellas vinculadas con la atención filial, sino que se modifica el rol del hombre, quien toma a su cargo obligaciones varias, por referirnos entre otras a las tareas vinculadas con la atención del hogar y el cuidado de los hijos o de familiares a cargo.

Las mujeres, en especial entre los jóvenes no solo comparten con los hombres una actividad remunerada sino que se advierte, aunque no podría generalizarse, un cambio en la distribución de los roles frente a las labores domésticas. Hoy el primero que vuelve al hogar, se ocupa de la alimentación de la pareja.

Así se percibe un fortalecimiento del criterio de responsabilidad familiar compartida por lo que es nuestra obligación aportar mecanismos y normas que favorezcan y propicien tales conductas.

En la actualidad, está en constante revisión todo lo que tenga que ver con los roles tradicionales asignados a cada sexo o género de manera esquemática y rígida y eso es muy saludable. Un estudio realizado por America-s Kitchens: Redefining Roles and Values, mediante la consultora Edelman que entrevistó a 500 madres y 500 padres, concluyó que los roles de las mujeres y de los hombres en la cocina, están empezando a cambiar. Mas del 50% de los hogares reportaron que comparten las responsabilidades en las elecciones alimentarias y compras, así como las actividades sociales en relación con la comida.

La tendencia internacional marca que son ellas las que ocupan un lugar cada vez mas importante en el mercado laboral⁷².

Cabe poner de resalto quer la sanción de la ley 26618 se inscribe en los principios consagrados por la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobado por la Conferencia Mundial de derechos Humanos de 1993, Punto 18, así como por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

⁷² Diario La Nación Suplemento Sábado. Pub. El 16 de noviembre de 2013, pág. 1. Bajo el titulo “Vínculos“donde se plantea que “ con las mujeres más y mejor instaladas en el mercado laboral, muchos hombres aceptan invertir los roles tradicionales para quedar a cargo del hogar y los hijos”.

y Culturales que en su art. 10 inc. 1 establece que, se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la mas amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Asimismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir el Pacto de San José de Costa Rica regula a la familia y su protección por el Estado, en el art. 17.

Lo cierto es que con prescindencia de quienes sean sus integrantes, debe reconocerse la totalidad de los derechos a las diferentes familias.

Encontramos en este nuevo panorama, desempeñando un papel esencial al Estado y su obligación de velar por el bienestar de la población y en especial por el cuidado de los niños, cuya protección empieza con la atención infantil, la obligatoriedad de la educación primaria y la necesidad de propender a la educación secundaria, amén de aumentar la facilidad para ingresar en los establecimientos de educación terciaria, basados en la gratuidad de la educación en los distintos niveles, principio protectorio que culmina y se complementa con la prohibición de trabajar, para los menores de 16 años.

Debe promoverse el diálogo para la consecución de tales propósitos, diálogo tendiente a vincular el accionar del Estado a través de las políticas públicas, con las organizaciones empresariales y sindicales.

Desde marzo de 2014 ante un nacimiento en Tierra del Fuego, en una familia de trabajadores que prestan servicios en la Administración Pública, los padres se encuentran autorizados, a compartir el beneficio laboral de la licencia con las madres.

La ley prevé que los hombres, ante la llegada de un hijo, puedan tomarse 15 días de licencia y que en caso de nacimientos múltiples se pueden agregar 10 días por cada hijo. Para la madre la ley contempla una licencia de 180 días, pero prevé que ella puede ceder o compartir con su pareja el uso de esos días⁷³. Así en la publicación analizada, se describe el caso de una pareja, que tuvo mellizos ante cuyos nacimientos la madre resignó un mes de licencia por maternidad y permitió al padre prolongar en igual lapso la adjudicada a él.

⁷³ Fuente suplemento Sábado publicado por el diario La Nacion el día 16 de noviembre de 2013 en la página 1, bajo el título Vínculos se plantea que “Con las mujeres más y mejor instaladas en el mercado laboral, muchos hombres aceptan invertir los roles tradicionales para quedar a cargo del hogar y los hijos”.

También en la Universidad Nacional de Córdoba rige una medida similar que permite a los padres compartir la licencia con las madres⁷⁴.

Las compañías que actúan en el mercado están también revisando sus políticas de licencias mas allá de las leyes o los proyectos de licencia de 15 días a los hombres por paternidad, por ej. Natura cosméticos hace ya dos años que amplió a 40 días la licencia remunerada por paternidad, un beneficio que se extiende también para casos de adopción y se lo reconoce a parejas del mismo sexo. Microsoft anunció que otorgará 20 semanas de licencia por maternidad a las mujeres y seis semanas a los padres. Beneficios remunerados al 100% y otorgará cuatro semanas de licencia anuales para los empleados que necesiten tiempo para cuidar a familiares enfermos⁷⁵.

En la actualidad, los países nórdicos lideran las políticas de coparentalidad.

Por ejemplo Suecia en 1974 fue el primero en adoptar una política de licencias diferente a fin de favorecer la coparentalidad, y lo hizo mediante el reemplazo de las licencias por maternidad, por otra de familia. Así el modelo funcionó con el sistema que se conoce como opción de derecho compartido, en el cual ambos integrantes de la pareja tienen la libertad de disponer cómo distribuyen los distintos períodos de licencia. La idea es que las licencias puedan distribuirse entre padres y madres, o entre los integrantes de cada familia, de acuerdo a las necesidades.

El lugar de trabajo

Un espacio que despierta la curiosidad de los hijos es el ambiente en el que los padres desarrollan su trabajo. ¿Dónde están durante tantas horas al día, qué hacen en ese sitio, quiénes son los compañeros, cuyos nombres en ciertas ocasiones escuchan mencionar? ¿En qué consiste la actividad que desarrolla uno o ambos miembros de la familia?

Estos interrogantes ocupan un lugar de interés en la mentalidad de un menor.

El niño sabe que sus padres conocen su colegio, a sus maestros y directores, sabe a quien individualizan cuando se habla del profesor de música

⁷⁴ Diario La Nación del 16 de noviembre de 2013, Suplemento Sábado, pág. 1.

⁷⁵ Pub. en La Nación sección Empleos pág. 9 del domingo 11 de marzo de 2018.

o de la maestra de gimnasia. Pero en general no se sienten en igualdad de condiciones cuando los progenitores mencionan al jefe, al dueño de la empresa o a la secretaria del gerente.

Tampoco entienden a qué se refieren concretamente, cuando los padres mencionan a la máquina cortadora, los tornos, la fresadora, las fotocopadoras, la oficina, la sala de reuniones, el escritorio o el despacho que utilizan en su diaria labor.

En tal contexto, constituye una importante experiencia para un menor, asistir al lugar de trabajo de un padre. Es algo así como una visita inolvidable, que tendrán presente en el futuro.

Antiguamente no se concebía que los padres pudieran invitar a sus hijos a su ámbito laboral. Hoy esa perspectiva ha cambiado.

En el pasado, cuando los chicos gozaban de vacaciones, se quedaban en sus hogares u organizaban programas con el otro componente de la familia, que generalmente era la madre.

Con la incorporación de la mujer al mundo laboral, ante familias en que ambos integrantes trabajan, esta situación se ve necesariamente modificada.

Muchas son las empresas que aceptan durante el período de vacaciones de los chicos, o en otras oportunidades, que los padres concurren aunque sea ocasionalmente a su trabajo, acompañados por sus hijos.

De allí que ha surgido lo que en algunas empresas se denomina family day, (día de la familia) como un proyecto de integración y comunicación entre el trabajo y la familia⁷⁶.

Para los niños el mundo laboral es un territorio plagado de ilusiones y fantasías, cuando son pequeños o de algún sentimiento de resentimiento cuando piensan en el ámbito que les ha quitado durante tantas horas esenciales de su vida, la presencia de sus padres.

Por consiguiente, la posibilidad de conocer ese lugar, la gente que lo habita y comparte con los trabajadores tantas experiencias laborales, a sus jefes, amigos y compañeros de labores permite a los hijos tomar conocimiento directo y desmitificar el trabajo de los padres, y la actividad que realizan fuera del hogar.

⁷⁶ Así lo sostiene Patricia Debeljuh directora del Centro de Conciliación Familia y Empresa del IAE Business School- de la Universidad Austral.

Si queremos asimismo privilegiar la filosofía del trabajo, como elemento que dignifica a todo ser humano, y permitir la identificación con la tarea o profesión del mayor, debemos esforzarnos para pergeñar la mayor coordinación posible entre ambos mundos, el del trabajo y el de la familia.

Mucho se ha hablado de que existen tareas que permiten que los hijos visiten a sus padres, en el trabajo, pues pueden sentarse en un escritorio, jugar con la computadora o la calculadora y destruir papeles en una máquina, pero si bien existen fábricas en las que resultaría peligrosa una visita de tales características, en estos últimos supuestos, excepto cuando sean sumamente gravosas por el tipo de material utilizado, no hay organización empresarial que no admita una visita guiada, debidamente programada y un tiempo aceptable para menores de edad.

Esta propuesta arroja según la experiencia comprobada, un beneficio importante, tanto para los trabajadores, que sienten orgullo por la labor realizada, amén del sentido de pertenencia, como para los menores, quienes en el corto y largo plazo pueden valorar adecuadamente la experiencia vivida. En síntesis, desde nuestra perspectiva, la posibilidad de visita al ámbito laboral arroja múltiples beneficios para todos los actores involucrados.

También debe ponderarse una nueva realidad, que está cobrando importancia en el mundo del trabajo y es que el lugar del mismo se ha trasladado al domicilio del trabajador, mediante el teletrabajo.

Según nuestra experiencia⁷⁷ el home office se viene desarrollando hace años en la Argentina pero a nivel corporativo la práctica se intensificó a partir del año 2009.

La gente joven que quiere realizar sus labores, en un clima de mayor flexibilidad, elige el teletrabajo.

En el gobierno se estima que los teletrabajadores superan los dos millones de personas, entre autónomos y trabajadores en relación de dependencia.

Desde la perspectiva de la empresa, se interpreta que esta forma de trabajo mejora el clima laboral, y requiere una menor infraestructura edilicia, amén de una reducción de costos.

Microsoft, es una de las compañías que implementa el home office, en el staff de Argentina y Uruguay.

⁷⁷ Diario Perfil, del 4 de agosto de 2014, pág. 3.

Esta metodología de trabajo aporta también soluciones reales a trabajadores con discapacidad en la movilidad o de carácter visual, y les permite incorporar su fuerza de trabajo a la actividad productiva.

También debe ponderarse, frente a la gran migración de talentos en las distintas empresas, que a éstas les preocupa el tema de la fidelización de empleados jóvenes y capacitados, por lo que necesitan mecanismos adecuados para su retención.

Uno de estos temas se vincula con el entorno de trabajo, el ambiente que se comparte, la flexibilidad en las obligaciones laborales, la disponibilidad horaria etc. pues ya no se limitan los beneficios a la obtención de mejores salarios exclusivamente, los trabajadores ponderan otros elementos como el buen trato, el respeto por las necesidades personales, y la valoración del resultado del trabajo, con independencia del lugar donde el mismo se realice.

También están en permanente cambio las características del ambiente del trabajo y las condiciones en que debe brindarse el mismo.

En la actualidad, se privilegia la forma de efectuar las tareas a fin de optimizar el resultado a obtener, permitiendo ciertas licencias en la manera de cumplir la labor.

Por ejemplo la empresa Google, a fin de privilegiar los objetivos perseguidos facilita horarios flexibles para los trabajadores, quienes disfrutan de un ambiente orientado a reducir el estrés. Hay salas de cine, meditación, lectura, juegos y hasta lugares para dormir la siesta. Un gimnasio con paleta, bicicletas que se comparten, un sector para mascotas y otro para cultivar verduras orgánicas que proveen a los comedores, habilitados en cada piso para alimentarse (gratis), a cualquier hora. Estas facilidades han sido instrumentadas en Google de México, en Lomas de Chapultepec⁷⁸.

Somos conscientes que los modelos ponderados y las finalidades expuestas, no resultan un proyecto tangible en nuestra realidad económica actual, pero eso no significa que deban ignorarse, porque implican una posibilidad futura de mejoramiento de la manera como se cumple la prestación laboral y debe tomarse como objetivos para un futuro sustentable, que dependerá de nosotros lograrlo.

⁷⁸ Diario La Nación. Domingo 1 de julio de 2018 . Celina Chatruc, en El tiempo circular de Ciudad de México, suplemento Ideas.

Cambios en la perspectiva de responsabilidad familiar

El trabajo y el tiempo

Las responsabilidades familiares han evolucionado, y hoy se imponen las mismas a ambos progenitores y se proyectan respecto de los hijos y de otros familiares a cargo,⁷⁹ como adultos mayores o personas discapacitadas.

En tal contexto cabe analizar el Convenio de la OIT N° 156 sobre Responsabilidades Familiares ya citado, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1981 ratificado por nuestro país por ley 23451, del 14 de abril de 1987, ratificación que fue registrada el 17 de marzo de 1988.

Hoy admitimos que debemos procurar el reconocimiento de asistencia a la infancia y de asistencia familiar y “de la necesidad de que hombres y mujeres puedan participar en forma más equitativa y armónica, tanto del trabajo remunerado como de las tareas del hogar”. (Conforme el citado convenio)

Además debemos recurrir a la responsabilidad de los demás actores sociales, como el Estado, las empresas, los sindicatos y las organizaciones sociales⁸⁰.

Las perspectivas que se plantean parten de la necesidad de superar la división del trabajo atendiendo a los diferentes géneros, debiendo modificarse la asignación rígida de los distintos roles y propendiendo a dejar de lado las diferencias que trajeron la desigualdad tanto en las posibilidades de trabajo, reconocidas a hombres y mujeres como en las remuneraciones asignadas a cada uno.

Es necesario flexibilizar las técnicas de trabajo, respetar las necesidades desde el marco de la jornada laboral, otorgando cierta elasticidad horaria, incorporar el teletrabajo a fin de conciliar la vida laboral y familiar, a efectos de permitir un desarrollo integral y creativo en beneficio del trabajador y en definitiva de la empresa.

El tiempo del trabajo resulta un tema esencial para quien cumple tareas

⁷⁹ Art. 10 del Convenio N° 156 sobre Responsabilidades Familiares, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1981 ratificado por nuestro país por ley 23451, del 14 de abril de 1987, ratificación que fue registrada el 17 de marzo de 1988.

⁸⁰ “Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación con correspondabilidad social” presentado por la OIT y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

en calidad de dependiente, y su distribución es lo que permite concretar mecanismos que faciliten la conciliación entre ámbitos fundamentales, como son el trabajo y la familia.

Debe buscarse el desarrollo integral del ser humano, con incorporación de conceptos inclusivos referidos a las distintas facetas de la vida y al diferente rol que cada uno deba desempeñar, atendiendo a las necesidades concretas del trabajador teniendo en cuenta el buen funcionamiento del mercado de trabajo.

Propender a lograr la igualdad entre hombres y mujeres requiere también que ambos tengan posibilidades de compartir en un pie de equidad el trabajo doméstico, además del trabajo productivo.

El mejoramiento entre la interacción de la vida familiar y laboral debe hacerse, mediante la inclusión de la problemática en los objetivos de políticas públicas, teniendo como finalidad la protección del trabajo decente en el marco de la tutela de los derechos humanos.

Esta temática ha sido abordada también por los organismos internacionales, así en el art. 3 punto 1 del Convenio sobre trabajo nocturno de 1990 que actualiza el anterior sobre trabajo nocturno de mujeres, se tutela a los trabajadores en general, sin distinción de sexo, y se tiende a reglar el trabajo nocturno previendo la protección de la salud, como también la necesidad de ayudar a cumplir al trabajador con sus responsabilidades familiares. Asimismo, se establece especialmente en la norma, que tales medidas deberán tomarse en el ámbito de la seguridad y de la protección de la maternidad, en favor de todos los dependientes que realizan un trabajo nocturno.

Pautas de conciliación. Estado, sector sindical, actividad empresarial

Cabe analizar seguidamente la necesidad que el Estado asuma los cambios existentes en la realidad y regule las particularidades receptando las necesidades que los mismos plantean.

Los Estados a través de las políticas públicas tienen a su cargo la obligación de tutelar los derechos de toda la ciudadanía. En tal contexto debe destacarse el diálogo necesario entre los distintos actores sociales, tendiente a dilucidar la problemática a resolver y a poner en evidencia las caracte-

rísticas de cada sector a tomar en consideración, a fin de lograr el bienestar general.

El Siglo XXI presenta también como desafío la importancia de convocar al ámbito empresario a adoptar cambios en la perspectiva de análisis de las nuevas necesidades familiares y su incidencia en el desarrollo del bienestar social de los trabajadores.

Es necesario desarrollar en las empresas la conciencia de una activa participación de las mismas, en las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar de sus trabajadores, para lograr el desarrollo de cada dependiente y su importante aporte en el desempeño laboral presupuestado que redundará, necesariamente –tal como estamos convencidos– en la mejora en el cumplimiento del trabajo.

El ser humano debe ser visto en su integralidad, tomándose en cuenta las distintas facetas que deben atenderse en su vida de relación y los diversos intereses que tiene, entre otros aquellos vinculados con su familia y su labor. Se debe ponderar que una de las principales motivaciones del individuo es mejorar su calidad de vida y tal objetivo se encuentra claramente relacionado con su inserción en el mundo del trabajo y el espacio que el mismo brinde a la consideración de sus temas familiares, de allí la importancia del horario de trabajo.

Debe valorarse que la aplicación de las políticas conciliatorias propuestas, genera ventajas cuantitativas, comparativamente frente a la decisión de no implementarlas. Por lo tanto su aplicación no solo resulta beneficiosa para el trabajador sino también para la empresa, en tanto mejora el rendimiento del dependiente en su desempeño laboral, puesto que desarrolla la atención del trabajador y consigue la fidelización hacia los objetivos del principal.

Se ha arribado a la conclusión que el trabajo se enriquece, cuando cada persona brinda lo mejor de sí. Para ello es necesario implementar metodologías que importen una conducta de respeto hacia las necesidades esenciales del trabajador y una organización de un horario laboral adecuado, que maximice la labor.

Esto requiere necesariamente la existencia de un sistema de comunicación fluido que permita conocer el estado personal de los dependientes y una organización que facilite la implementación de las iniciativas y la concreción de los beneficios requeridos.

El ausentismo también se combate con el respeto a las necesidades del trabajador en función de su núcleo familiar y de sus requerimientos personales. La posibilidad de que se admita al dependiente faltar con justa causa, mejora el vínculo laboral y permite considerar que existe respeto por la dignidad de la persona. Esto lleva necesariamente a tener comprensión frente a las necesidades que plantea el trabajador, y que resulten justificativas de su ausencia en el lugar del trabajo.

Es importante trabajar para un cambio sustancial, cultural, social que privilegie la conciliación entre la vida familiar y los intereses laborales, que despierte asimismo la atención de la actividad sindical, sobre este tema, a fin de que se aporten soluciones concretas a la problemática planteada.

En tal contexto se están analizando y adoptando diversas modalidades de trabajo, para concretar lo que se denomina Work Life Balance (Balance entre la vida personal y profesional).

De allí que los beneficios mejor receptados por la mujer que trabaja, cuando se convierte en madre, son los vinculados al cuidado de los hijos y a la adopción de sistemas de labor, como el teletrabajo.

Hay empresas que han comprobado que el regreso gradual de la madre a su puesto de trabajo, luego de cumplida la licencia por maternidad, mejora la producción de la empresa. Por ej. Roche, miembro del Club Ifrei (Family Responsible Employer Index) permite el ingreso gradual, esto es una reincorporación paulatina, con utilización de horarios flexibles.

Desde hace cinco años en la autopartista alemana Bosch, las mujeres que están en período de lactancia trabajan cinco horas, o adoptan un sistema que les permite trabajar tres días completos en la oficina y dos desde la casa, durante seis meses y después se vuelve a analizar el tema.

También Microsoft ha adoptado sistemas flexibles para el caso de la mujer trabajadora. Cada empleada junto con su manager puede diseñar su agenda de trabajo, y adoptar por ejemplo el teletrabajo, armar un horario de verano, tener entrada y salida flexible etc. Microsoft, cuando las mujeres deben viajar, y tienen hijos menores de un año dispuso que solo deben permanecer dos noches pernoctadas por viaje.

Otro tema de importancia es el atinente a las guarderías. Roche tiene un servicio de guardería jardín, para menores de cinco años y en las épocas de vacaciones de verano e invierno, ofrece colonia de vacaciones para los hijos de los trabajadores de hasta 12 años. GKS empresa dedicada a la indus-

tria de laboratorio tiene su propio jardín maternal. Algunas firmas apelan a una guardería externa, contratando servicios de guardería o le asignan una suma fija a la trabajadora, para que decida donde mandar a su hijo.

Una iniciativa muy común en Europa, es la de las oficinas maternas. Se trata de una oficina dividida en dos por una pared vidriada. De un lado trabaja la mamá o el papá y del otro el espacio es ambientado como una salita infantil, con juegos, camita, libros, pantalla para ver dibujitos y una asistente. Cuando el chico lo necesita el padre o la madre abre la puerta y lo atiende.

Unilever incluyó este año el Job Share, que permite que dos personas compartan la responsabilidad de una sola posición de tiempo completo, metodología que obviamente debe ser aceptada por los dos empleados que desarrollan su actividad en tales condiciones.

También las empresas organizan charlas y exposiciones sobre distintos temas. Así Roche brindó actividades sobre Sexualidad en hijos adolescentes y Alimentación sana para niños pequeños entre otros temas. Por su parte Accenture organiza disertaciones basadas en las experiencias de otras madres de la compañía que han podido compatibilizar la carrera profesional y su vida familiar.

Como adelantáramos, también debería intervenir en estas propuestas de cambio, el sector sindical profundamente consubstanciado con las necesidades de los trabajadores, pues debemos poner énfasis en que en los temas analizados resulta esencial el aporte de la negociación colectiva.

Esto así pues en esta propuesta tiene una especial importancia la actividad que desarrollen los trabajadores en el ámbito sindical en pro de la tutela de ésta problemática. De hecho resulta fundamental que los sindicatos atiendan la necesidad de detectar prácticas discriminatorias hacia todos aquellos que deban combinar responsabilidades familiares y laborales y propicien reconocimientos que reafirmen los derechos de los trabajadores, analizados desde la perspectiva precedentemente expuesta

El desarrollo productivo debe centrarse en la protección, la evaluación de las necesidades y la obtención de la felicidad de los ciudadanos de un país.

Nuestro desafío. Reformas legislativas

En síntesis consideramos que hoy se debe ampliar el espectro de protección social, mediante la implementación de una infraestructura legal que atienda por igual las necesidades de todos los habitantes del país, ya se trate de hombres o mujeres, y que preserve sus necesidades familiares, ya se vincule a la integración de una familia nuclear, homoparental, homosexual o ensamblada.

No existe norma en nuestro derecho positivo que regule y proteja la conciliación entre el trabajo y la familia.

El ejercicio de las responsabilidades familiares, genera un marco en el que pueden producirse actos de discriminación, de allí que la regulación de la compatibilidad entre los diferentes roles que se plantean en ambos ámbitos (trabajo y familia), es necesaria y sumamente importante para permitir que la familia ocupe el lugar que le corresponde y que le asigna la sociedad.

Tal como se plantea en el presente trabajo la protección debe extenderse a la mujer y tutelar también al varón, en su condición de responsable, de la conciliación familiar

Es decir, las licencias y permisos que reconocen como causa la compatibilidad familiar deben ser extendidas al trabajador por su condición de tal, sin distinción de sexo ni diferenciación de carácter personal o social.

Estamos propiciando la preservación de un derecho humano inalienable como es el derecho que asiste a todo ser humano a trabajar y a obtener el sustento que le permita desarrollarse y crecer adecuadamente en su vida, atendiendo a sus condiciones personales y familiares.

La inequidad de género es una problemática muy importante cuyo abordaje requiere de medidas integrales.

Es imperativo instalar el tema, imponerlo en los programas de educación y tratar de que se recepte mediante políticas públicas específicas, con propuestas de cambio, acordes a la complejidad del fenómeno.

También serían positivos los cambios normativos necesarios para concretar la aspiración global del trabajo prestado en condiciones de libertad, seguridad, igualdad y defensa de la dignidad tendientes a la consagración del concepto de trabajo decente, como objetivo esencial⁸¹.

⁸¹ Agenda Hemisférica de Trabajo Decente para las Américas 2006/2015: http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/memorias_dg/informe_dg_xvi-2006.pdf

En definitiva, perseguimos aportar un trabajo que conduzca a profundizar en las necesidades que plantea el diferente tratamiento que recibe la persona humana por razón del género, en la conciencia social y política en orden a la obtención de la igualdad de trato, del respeto absoluto a su dignidad y de una propuesta legislativa que la tutele.

No se discute que el derecho a trabajar, y ejercer cualquier actividad lícita es un derecho inalienable del ser humano, directamente ligado con el principio de dignidad y que se encuentra tutelado por la Constitución Nacional.

Este reconocimiento se inscribe en la perspectiva que impone vivir en la región mas desigual del planeta, como lo sostienen la Organización Internacional del Trabajo y El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en la publicación sobre Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social, ya citado.

En síntesis, deben consensuarse entre los actores sociales normas que tutelen los derechos de igual tratamiento que asisten al ser humano con fundamento en la diversidad de género, en el cambio de género, en los derechos inherentes a la maternidad y a la paternidad, los que asisten a los matrimonios igualitarios, privilegiando siempre la protección de los menores y en especial, su atención y cuidado.

Asimismo no solo debe centrarse el interés en el abordaje de las necesidades laborales, sino que también deben considerarse las extra laborales, como forma de atender los planteos que formulan las necesidades sociales, que se advierten en el ámbito del mundo del trabajo y la consecuente conciliación entre el trabajo y la familia.

Debemos necesariamente abocarnos a la posibilidad de proponer la confección de un diagnóstico ajustado de la realidad que ponga en valor las características de los actores sociales involucrados, en el marco de las diferencias sociales, de estereotipos de género, de necesidades familiares etc. En tal contexto cabe evaluar las necesidades cualitativas que conduzcan a elaborar respuestas adecuadas en atención a las diferencias de género, a la discriminación que las mismas generan y a la necesidad de crear condiciones de tratamiento iguales, en situaciones semejantes, en el mundo del trabajo.

En la actualidad, no alcanza con limitarnos a asegurar identidad de oportunidades en el empleo, sino que debe garantizarse el derecho a la formación y capacitación, con absoluta igualdad de trato entre hombres y

mujeres, así como la igualdad en los criterios de selección y de reconocimiento de los derechos laborales, con prescindencia del género.

De nuestro accionar y de la decisión de todos nosotros depende la concreción de las modificaciones necesarias para poner en el centro del interés social, cultural y político a la persona humana, en su calidad de trabajador, sin distinción por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, etc.

En definitiva de lo que se trata en el presente trabajo es de analizar no solo los cambios que se han dado en la sociedad sino de profundizar en la realidad y sus necesidades que hoy no se ocultan, sino que se muestran y visualizan, y que plantean situaciones que requieren que nos aboquemos a la posibilidad de introducir cambios en las normas que regulan las instituciones laborales.

Este análisis y las propuestas que de él surjan, deben partir de un profundo respeto por la diversidad.

También del compromiso de plantear las características que presentan las instituciones sometidas a análisis y la imperiosa necesidad de tutelar, adecuadamente, lo que hemos denominado derechos familiares de los trabajadores.

La concreción jurídica de la preservación irrestricta de tales principios, hace a la conciencia universal y a la vida en democracia, y permite que se sustenten las necesidades del hombre y de los grupos humanos, propendiendo a una convivencia social, sana e igualitaria.

Como consagra el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su Resolución del 10 de diciembre de 1948, la dignidad es el fundamento común de todos los derechos humanos.

Hay que ponderar que las bases de la legislación laboral fueron promulgadas, cuando el mundo tenía algo así como mil millones de habitantes, hoy tiene más de siete mil millones, aproximadamente.

Se requiere educación, trabajo, respeto por la libertad e igualdad de las personas y básicamente solidaridad para que todas estas metas se puedan concretar.

El desafío consiste en encontrar mecanismos que permitan diseñar un modelo social y legal que se adapte a las nuevas necesidades y que tenga

ínsito el respeto por la libertad que debe garantizarse a las personas que trabajan.

En primer lugar es el Estado quien, atendiendo a los reclamos y necesidades sociales, debe proveer la distribución del trabajo a fin de facilitar la conciliación, imprescindible, entre el mundo personal y laboral.

La C.N. en su art. 75 inc. 23 impone al Congreso de la Nación el deber de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños”.

Los sindicatos por su parte, así como los trabajadores y trabajadoras en general, deberían ser los promotores de los reconocimientos pretendidos, en tanto su función es tutelar y perseguir el reconocimiento de sus derechos. En principio proponer un nuevo orden normativo con sustento en propuestas legales concretas y en la concientización para receptar en la negociación colectiva, una ampliación de la protección legal para aquellos supuestos en que se requiere el respeto irrenunciable a la dignidad humana, en procura de consagrar derechos que le asisten al trabajador, con amplia recepción de sus necesidades personales y familiares.

También los empleadores deberán sensibilizarse frente a las necesidades planteadas y adoptar conductas activas tendientes a la solución de los problemas descriptos.

Los cambios económicos y estructurales que se presentan en la sociedad, donde la mujer debe asumir un rol activo frente a la necesidad que plantea el mantenimiento de la familia, y en mérito a que el hombre adopta una actitud responsable ante el cuidado de los hijos y las tareas cotidianas, nos obligan a que concluyamos que el derecho no ha sabido ponderar esos cambios y regularlos adecuadamente.

Frente a estas modificaciones de la realidad la mujer reclama un tratamiento igualitario al hombre en materia laboral, en tanto persigue que no se la discrimine por razón de sexo, al incorporarse al mercado de trabajo, pretendiendo que las condiciones laborales sean idénticas en materia de salarios, horarios y responsabilidades conferidas y en esa postura debemos plantearnos que asiste al hombre también el derecho a un cambio normativo que le brinde protección frente a las diversas vicisitudes de la vida tales como matrimonio, paternidad, adopción, atención de un familiar enfermo, etc.

También debemos analizar las necesidades que se plantean frente a las distintas familias existentes en la actualidad, familias ensambladas, familias con integrantes de igual sexo, aquellas que son monoparentales u homoparentales, etc.

Los cambios legislativos que puedan implimentarse constituyen nuestro desafío.

LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA LABORAL

POR OSVALDO A. MADDALONI

1. Antecedentes de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica

Es muy ilustrativo analizar como surge la doctrina de lo que hoy se ha dado en llamar inoponibilidad de la persona jurídica, y que originalmente se conociera en la jurisprudencia de Estados Unidos como “*disregard of legal entity*”, lo que significa ignorar la entidad legal de una sociedad para hacer posible ir contra sus socios o controlantes.

El fenomenal desarrollo corporativo producido en los Estados Unidos a principios del siglo XIX dio como resultado la creación de innumerables sociedades comerciales a las cuales se las reconoció jurisprudencialmente como un ser artificial, intangible y que existe solo en consideración legal. Así, se definía a una corporación como una entidad artificial creada por el derecho (casos *Darmouth College vs. Woodward* (1819) y *South Carolina vs. Mac Donald Porter* (1914)).

Pero los mismos tribunales que reconocieron la existencia de las corporaciones, más allá de las personas físicas que las integraban, aceptaron que los jueces pudieran levantar el velo de la persona jurídica para poder examinar las auténticas fuerzas que se ocultan tras dicho velo, en aquellos casos en que se abusa de la personalidad jurídica para fines ajenos o contrarios a la vida de la sociedad. Esta jurisprudencia ha sido denominada “*disregard of legal entity*”, “*to pierce the veil*” (perforar el velo) o “*to*

look the man behind the mask” (mirar el hombre detrás de la máscara), uno de cuyos primeros casos fue un antiguo fallo del Juez Marshall en “Bank of de United States vs. Deveux (1809).

En el derecho inglés la “*disregard doctrine*” no se desarrolló con la misma libertad que en EEUU debido principalmente a que en sus orígenes la base de la teoría en el derecho americano era la regla de equidad (*equity*) a las que se contraponían en Inglaterra las peculiaridades del “*common law*” (derecho consuetudinario). Recién en la *Companies Act* de 1929 (art.28) se admite que se adopten medidas que recaigan directamente sobre el socio de la persona jurídica.

En lo que respecta a Alemania, en 1956 apareció un estudio del profesor Rolf Serick¹ bajo el título *Apariencia y realidad en las sociedades comerciales: el abuso del derecho por medio de la persona jurídica*. En este libro Serick sistematiza toda la jurisprudencia norteamericana sobre el tema, destacando que en Alemania faltaban investigaciones sistemáticas con carácter general sobre cuándo podía levantarse el velo de la personalidad jurídica.

La teoría se extendió a Francia donde Carbonnier (citado por Masnatta²) sostiene que, si bien en la lógica de la realidad la persona moral debería ser totalmente separada de las personas físicas que la componen, la lógica ha debido ceder ante las necesidades prácticas y el derecho, apartando el velo de la pretendida realidad jurídica, para hacer reaparecer las realidades humanas. El medio técnico utilizado por el derecho francés para poner de relieve la persistencia de las personas físicas tras las personas morales, es la teoría del abuso del derecho. Ésta limita así la teoría de la personalidad jurídica.

1.1. Antecedentes legislativos nacionales

Los primeros antecedentes legislativos existentes en nuestro país sobre esta materia son de carácter impositivo. Pueden citarse como ejemplos el dto. 6755/43 que contempló el principio de realidad económica y societaria para evitar que a través de la constitución de sociedades se evadiera el

¹ Serick Rolf, *Apariencia y realidad de las sociedades comerciales*” Ed. Ariel, Barcelona 1958 p.56.

² Masnatta Héctor, *La teoría de la penetración en la persona colectiva*. En estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille. Depalma, Bs. As. 1968 p.524.

pago del impuesto a la transmisión de bienes. Por su parte la ley 11683, introdujo a través de sus artículos 11 y 12, el criterio de realidad económica en materia fiscal.

En otro orden, y por razones de Estado, se dictó entre nosotros –al igual que había ocurrido en Francia con motivo de la guerra de 1914– el decreto 11599 del 25-4-46 (luego que el gobierno argentino le declarase la guerra al Eje), por el cual se crea un régimen al que deben someterse los bienes pertenecientes a los gobiernos de Alemania y Japón, las personas o entidades comerciales y los créditos, títulos y valores o cualquier otro bien situado en la República Argentina y pertenecientes a súbditos o entidades japonesas o alemanas domiciliadas en Japón o Alemania o a sus representantes, sucursales, filiales o agentes de otros países. En particular el artículo 3 del citado decreto determina tener en cuenta “el origen del capital, la verdadera participación que en el capital tengan las personas que dirijan las empresas; la relación que una empresa tenga con otras de propiedad enemiga sea en cuanto a su dirección, a la participación, como al personal directivo; la atribución de ganancias o retribuciones a personas o entidades domiciliadas en países enemigos...”.

En materia laboral, el principio de la penetración se estableció a través de la ley 16593 cuyo artículo 2 dice: “El contrato por el cual una sociedad se obligue a la prestación de servicios o tareas típicas de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo y cada uno de sus integrantes trabajador dependiente del tercero a quien hubiera efectivamente prestado los mismos”. El artículo citado, con ligeras variantes, quedó plasmado en el artículo 102 de la LCT.

Otro antecedente lo encontramos en el artículo 31 de la LCT que hace solidariamente responsables, en caso de maniobras fraudulentas o conducción temeraria, a las empresas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, ya sea porque estén bajo la misma dirección, control o administración.

1.2. Antecedentes jurisprudenciales

La teoría del “*disregard*” se encuentra reflejada en nuestra jurisprudencia en fallos que abarcan las más variadas materias.

Uno de los antecedentes más antiguos es un fallo en materia de intervención de una sociedad anónima como medida precautoria solicitada en un juicio de divorcio, invocándose que su patrimonio pertenecía a uno de los cónyuges en su mayoría (CCiv.2^a. Cap. 21-10-48 en LL T 52 p-742. Sala C 17-6-66 ED 16-58).

Pueden mencionarse además los fallos “Patrocinio Faustino c/Gobierno Nacional” dictado por la Sala A de la CNAC el 31-3-66 (ED16-512) y “Gómez Gerardo c/Comisión Administradora de Emisiones Comerciales y LS 82 TV Canal 7” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 28-2-69 (ED 29-186).

El primer caso se trataba de una demanda por daños y perjuicios a raíz de un accidente ferroviario. El actor demandó al Estado Nacional quien opuso excepción de falta de acción por considerar que la demanda debió haberse entablado contra la Empresa de Ferrocarriles del Estado Argentino (EFEA), responsable del daño. Finalmente, la actora endereza la demanda contra EFEA y ésta opone excepción de prescripción. Dado que el plazo prescriptivo se hallaba cumplido, debía resolverse si la demanda que se entendió dirigida contra el gobierno nacional había sido capaz de interrumpir el curso de la prescripción respecto de EFEA. La Cámara resolvió, por aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, que “la existencia de una persona jurídica distinta no destruye el hecho esencial que EFEA no es sino una rama del Estado, de la Administración pública. Respecto del Estado, y a los fines perseguidos en este pleito, no puede considerársela como un tercero”.

De manera similar se resolvió el mencionado caso “Gómez”.

Pero el hito en esta materia fue el denominado caso “Parke Davis y Cía. SA” (LL 151-353). En este fallo, del 31 de Julio de 1973, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –integrada entre otros por el Dr. Massatta– rechazó la pretensión de Parke Davis Argentina de computar como gasto en e balance impositivo las regalías abonadas a Parke Davis Detroit, reduciendo así la base imponible para el pago del impuesto a las ganancias. La cuestión para resolver era si los importes que pretendían deducirse para el pago de los impuestos reclamados podían descontarse como gastos de experimentación y acreditarse a favor de la empresa extranjera no obstante ser ella la propietaria del 95,95% de las acciones que constituían el capital de la sociedad local. Al rechazar la petición la Corte tuvo en cuenta que

lo que interesa es la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a la realidad económica. Levantando el velo societario la Corte concluyó que existía una relación orgánica de dependencia con la sociedad foránea que si bien no suprimía la personalidad jurídica de la sociedad dependiente tampoco anulaba su capacidad jurídica tributaria.

Otros casos emblemáticos de la Corte en igual sentido fueron “Cía. Swift de La Plata” (4-9-73) y “Mellor Goodwin” (18-10-73).

En materia laboral la teoría del “disregard” se aplicó, tal como lo indica Foglia³, en dos sentidos diferentes. Uno para desestimar a las sociedades constituidas para encubrir un fraude o una relación laboral fraudulenta y otra, para atravesar el velo corporativo y responsabilizar a los socios y controlantes de la misma.

Con relación al primer supuesto, uno de los primeros fallos en los que se desestimó la personalidad jurídica de una sociedad fue de la Sala I de la CNAT en los autos “Mecánica Italiana s/ tercera en autos Muscolino Eduardo y otro c/ La Pavoni SRL del 27-7-967 (LL 133-731). Poco tiempo después la Sala IV de la CNAT (10-1167) se expidió en los autos “Rubalcaba Miguel c/ La Ley SA” resolviendo que la “Sociedad Rubalcaba” no era tal sino un nombre de fantasía destinado a encubrir la verdadera naturaleza de la vinculación entre las partes.

Con relación a la extensión de responsabilidad a los socios basada en el abuso de la personalidad jurídica, pueden citarse dos interesantes casos de la Sala II de la CNAT. Son ellos “Aybar Rubén c/ Pizzería Viturro SRL y otros” del 9-5-73 (DT 1974-67) y “Rodríguez Emilio c/ Lago del Bosque SRL y otro”. En ambos casos se levantó el velo societario y se responsabilizó de manera personal a los socios de las empresas demandadas.

Como puede apreciarse, entre el primero y el último de los fallos comentados, transcurren 6 años. Cabe destacar que en ese lapso solo aparecen seis casos relevantes sobre el tema que nos ocupa. Ello es así porque recién a *posteriori* de la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales en 1983 aparece plasmada legislativamente la inoponibilidad de la persona jurídica (art.54 ley 19550 modificado por la ley 22903).

³ Foglia Ricardo, La extensión de la condena a los socios, administradores y cedentes de acciones de sociedades comerciales con dependientes “en negro”. Rev. T y SS 1999-631.

Debían pasar todavía más de 10 años desde esta reforma legal para que la jurisprudencia de la Cámara laboral consagrara finalmente la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica en el supuesto de trabajo registrado de modo deficiente o no registrado. Me refiero a los fallos de la Sala III de la CNAT “Delgadillo Linares c/ Shatell SA y otros s/despido (TySS 99-667) del 11-4-1997 y “Duquelsy Silvia c/ Fuar SA y otro (TySS 99-675) del 19-2-1998.

En el primer caso se hizo lugar a la demanda contra un socio (el actor acreditó que percibía parte de su remuneración sin registrar) por considerar que éste había violado la ley, el orden público laboral, la buena fe y la afectación de derechos de terceros.

En cuanto al caso “Duquelsy” se hizo lugar a la extensión de responsabilidad contra la presidenta de la sociedad demandada por cuanto la relación laboral de la actora no fue debidamente registrada.

2. Introducción del tema en el Código Civil y Comercial de la Nación

En materia laboral, la desestimación de la personalidad societaria fundada en los artículos 54,59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) –lo que permite responsabilizar solidariamente a socios, controlantes y directivos por fraudes laborales– tiene hoy una firme acogida en nuestra jurisprudencia laboral⁴.

Sin embargo –hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)– el tema se hallaba muy controvertido cuando se trataba de hacer extensiva la responsabilidad en las personas jurídicas privadas (asociaciones civiles, fundaciones, mutuales y cooperativas)⁵. Ello me llevó a escribir –hace algunos años– un artículo en el que me preguntaba si era po-

⁴ CNAT Sala I “Malisardi c/Kornzaft” 1-7-2009 ; Sala III “Ojeda c/Kartonsec” 30-12-2011; Sala IV “Nardi c/Tres Neuronas SRL y ot” 31-10-2011; Sala VI “Moreno c/ Primer Corte SRL” 26-11-2003; Sala VII Álvarez c/ Emprendimientos 2001 SRL” 8-7-2005; Sala IX “Barlaro, M.G.M c/Slug SRL 29-4-2011.

⁵ A favor: sala IX “Silbervarg Mario c/ Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos” 12-8-2008; Sala VII “Poledo Ricardo c/ Fundación Samuel Germán y otros s/despido” 31-3-2008. En contra Sala III “Toledo Juan c/ Asociación Atlético Argentinos Junior y otros s/despido 26-12-2006; Sala IV “Ipes Hugo c/ Asociación Civil Nuevas Olimpíadas Especiales Argentinas y otros s/despido” 30-10-2007.

sible responsabilizar solidaria e ilimitadamente a los directivos de personas jurídicas que no revisten el carácter de sociedades comerciales⁶.

Con la reforma, la teoría de la “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” llegó al Código Civil y Comercial de la Nación, que la trata en sus artículos 144 (equivalente –aunque con diferencias– al artículo 54 de la LSC), y 159 y 160 (equivalentes al artículo 59 de la LSC).

La introducción de la mencionada teoría (que como quedara dicho, también es conocida como “disregard”, levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica) en nuestra legislación civil, favorece al trabajador en lo que concierne a la responsabilidad de los sujetos obligados frente a su crédito, cuando el contrato de trabajo no se encuentre registrado o lo estuviera de modo deficiente.

En tanto los artículos 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales (hoy denominada en el artículo 150 inc. c) del CCC como “ley general de sociedades”) se encuentran vigentes, subsisten actualmente dos regímenes referidos a la Inoponibilidad de la personalidad jurídica, uno referido a las sociedades comerciales, regido por los mencionados artículos, y otro relativo a las personas jurídicas privadas regulado por los ya mencionados artículos 144, 159 y 160 del CCCN.

Por tanto, el propósito de este trabajo será analizar los artículos 144, 159 y 160 del CCCN a la luz de los artículos citados de la Ley de Sociedades Comerciales y en particular de la abundante jurisprudencia que los mismos han producido desde el año 1997 a raíz del citado fallo “Delgadillo Linares c/ Shatell SA y otro”⁷.

3. Personas jurídicas a las que se aplica el artículo 144 del CCCN

El título II del Código Civil y Comercial se denomina “Persona jurídica”. El artículo 143 establece el principio general que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros quienes no responden

⁶ Maddaloni Osvaldo A. “¿Son responsables solidaria e ilimitadamente –por incumplimientos laborales– los directivos de personas jurídicas que no revisten el carácter de sociedades comerciales (asociaciones civiles, fundaciones, mutuales y cooperativas)?” rev. Derecho Laboral y Seguridad Social, Abeledo Perrot, N° 16 Agosto 2009 p. 1419.

⁷ CNAT Sala III “Delgadillo Linares Adela c/ Shatell SA y otros” 11-4-1997.

por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevean “en este Título y lo que disponga la ley especial”.

El artículo siguiente, que ya mencionara, y lleva el Número 144, tiene como título “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Antes de analizar el mismo es importante establecer a quienes comprende. El artículo 148 determina que son personas jurídicas privadas: a) asociaciones civiles; b) simples asociaciones; c) las fundaciones; d) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; h) toda otra persona contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Por cierto que también menciona en primer lugar a las sociedades, pero tal como lo establece el artículo 150 del CCCN estas se rigen por la ley especial, que en este caso es la de sociedades.

4. Análisis del artículo 144 del Código Civil y Comercial

El artículo en comentario es una adaptación –por cierto muy mejorada– del último párrafo del artículo 54 de la LSC, tomando en cuenta además el proyecto de reforma a la Ley de Sociedades del año 2003.

El dato más importante es que se admite como principio general la Inoponibilidad de la personalidad jurídica lo que implica, como bien señala Martorell⁸, dejar de lado la restrictividad interpretativa que, como quedara dicho, llevaba al rechazo de las pretensiones cuando la demandada era una persona jurídica no comercial.

Comentando la norma, señala Covi⁹ que la reforma ha consagrado, dentro del Código, la relatividad de la persona jurídica cuando es usada para fines contrarios a la ley, al orden público, a la buena fe, o es utilizada para frustrar derechos de terceros y ha sentado que, en esos supuestos, los jueces pueden imputar ese accionar desviado, de manera solidaria a quie-

⁸ Martorell Ernesto E. “La Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad” LL 26-11-14 F p.993 y ss.

⁹ Covi Daniel, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Dir. Ricardo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016 p.584.

nes actuaron como socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos.

El texto del art. 144 CCCN es el siguiente: ***“Inoponibilidad de la personalidad jurídica.*** *La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.*

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

Por su parte el artículo 54 párrafo 3° de la LSC establece: ***“Inoponibilidad de la personalidad jurídica”.***

“La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Señala Rubín¹⁰ que la norma presenta las siguientes particularidades:

- a) Al igual que el artículo 54 párrafo 3° de la LSC esta normativa no hace más que establecer un régimen especial de responsabilidad de los integrantes y de los controlantes de una persona jurídica por los daños ocasionados a través de esa entidad a los terceros.
- b) La noción de *“consecución de fines ajenos a la persona jurídica”* sigue la línea del Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades y reemplaza los términos *“consecución de fines extrasocietarios”* del artículo 54 párrafo 3° de la LSC- que fueron objeto de múltiples posturas y discusiones entre los comercialistas en cuanto a su alcance¹¹.

¹⁰ Rubín Miguel E. “Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada “desestimación de la personalidad jurídica” y su incorporación al Código Civil y Comercial” en ED 263-665(2015).

¹¹ Respecto de las diversas posturas puede consultarse mi trabajo: “Aspectos laborales en la extensión de responsabilidad a los socios, controlantes y directivos de sociedades comerciales” en T y SS 11-2002 p.897 y ss.

Por otra parte la eliminación de “*finés extrasocietarios*” se basa en que el artículo en cuestión trasciende a las sociedades comerciales. Lo expuesto hace que la terminología del artículo 144 del CCC sea mucho más precisa.

- c) En la frase “*constituya un recurso para violar la ley*” fue eliminado el vocablo “mero” como propuso el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales. De esta forma la norma ha ganado en amplitud y se evita el reparo que se le había hecho, basado en el término “mero”.

Precisamente con fundamento en el vocablo “mero” ha sostenido Ferrer¹² una postura restringida, ya que afirma que “mero”, según el diccionario de la Real Academia significa “puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa”. Por tanto de ello se deduce que para que una actuación de la sociedad constituya un “mero recurso” para violar la ley y demás, no tiene que tener otro ingrediente en su actuación y finalidad. En consecuencia aquellas sociedades que cumplen normalmente su objeto social, y violan en algunos aspectos de su actividad la ley, no se encuentran alcanzadas por la norma del artículo 54 toda vez que el acto de la violación de la ley o del orden público, o de los derechos de terceros, no sería un “mero recurso”, sino una circunstancia particular accesoria a su actividad societaria, o un accidente, reprochables por cierto, en la vida de la sociedad pero no sancionables de la manera prevista en el artículo 54 tercer párrafo de la LSC.

A este respecto, sostiene Calcaterra¹³ que la eliminación del adjetivo “mero” hace mucho más amplia la norma del art.144 del CCC y elimina el carácter restrictivo que ha caracterizado históricamente la aplicación de la doctrina de la Inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Comparte esta opinión Ricardo Nissen, quien recuerda que la interpretación restrictiva fue la que se intentó hacer prevalecer cuando la justicia laboral –con todo fundamento– extendió a los integrantes, con fundamento en el art.54 párr.3° de la ley 19550, la condena dic-

¹² Ferrer Germán L. “La responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en relación al empleo “en negro”, Doctrina Laboral, Septiembre 1999.

¹³ Calcaterra. “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas a partir de la puesta en vigencia de la ley 26994 en Doctrina Societaria y Concursal N°328, mayo de 2015 p.230.

tada contra la sociedad por tener dentro de su personal empleados no registrados¹⁴.

- d) Destaca Rubín¹⁵ que otra particularidad del artículo 144 es que después de “*para frustrar derechos*” se agregó “*de cualquier persona*”, diferenciándose tanto del texto del art.54 de la LSC según la ley 22.903 (que alude a los “*derechos de terceros*”) como del Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades (que mencionaba a los derechos de “*socios o de terceros*”). Ello abre el espectro de la legitimación activa.
- e) Luego de “*se imputará*” se eliminó el “*directamente*” y, diferenciándose de los dos modelos anteriores, se agregó “*a quienes a título de socios, asociados, miembros*”.
- f) Siguiendo el Proyecto de Reformas de la Ley de Sociedades, donde dice “*controlantes*” se añadió “*directos o indirectos*”. Sostiene Rubín¹⁶ que la aclaración es bienvenida, aunque la jurisprudencia y la doctrina, a partir de lo dispuesto por el art.33 de la LSC, la consideraban implícita.
- g) El resto del párrafo (“*quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”), en lugar de eliminarlo, como proponía el Proyecto de Reformas de la Ley de Sociedades, se mantuvo.
- h) Finalmente, el segundo párrafo del artículo sobre los terceros de buena fe ha sido tomado del Proyecto de Reformas de la Ley de Sociedades, que encuentra antecedentes en las leyes sobre sociedades de República Dominicana y Uruguay.

Señala Nissen¹⁷ que esta solución es correcta ya que se privilegian los intereses de los terceros de buena fe sobre las irregularidades incurridas por la sociedad en lo que respecta a su funcionamiento.

¹⁴ Nissen Ricardo “Incidencias del Código Civil y Comercial” en Der. Societario, Dir. Alberto Bueres, Hammurabi 2016 p.53.

¹⁵ Rubín, Miguel E. ob. cit.

¹⁶ Rubín Miguel E. ob. cit.

¹⁷ Nissen Ricardo, ob. cit. p 54.

4.1. ¿La norma del artículo 144 del CCC puede servir de pauta interpretativa del artículo 54 párrafo 3° de la LSC?

Quedó claro que la norma del artículo 144 del CCC no es aplicable a las sociedades comerciales, las que se rigen por el artículo 54 de la LSC. No obstante la pregunta del acápite resulta relevante a la luz de las diferencias entre estas dos normas con una clara amplitud a favor del artículo 144 del CCC.

En opinión de Nissen¹⁸ la norma del artículo 144 del CCC servirá como pauta interpretativa del art.54 de la LSC, siendo obvio que las sociedades no deben ser merecedoras de un trato más beneficioso respecto de las demás personas jurídicas reguladas en nuestro ordenamiento positivo, cuando se trata de sancionar una conducta que viola la ley o desnaturaliza la causa tenida en cuenta al momento de constituir la entidad; opinión que comparto.

4.2. ¿Puede ser aplicable la doctrina de la Inoponibilidad de la personalidad jurídica prevista en el artículo 144 del CCC a las personas jurídicas públicas?

Sostiene Nissen¹⁹ que, en principio, todo parecería indicar que la aplicación del derecho público a las relaciones emanadas de las personas jurídicas previstas en el art. 146 del CCC es la conclusión que se impone y que ello descartaría la aplicación de la aludida doctrina, aunque existen algunos supuestos en los cuales la teoría de la Inoponibilidad podría ser aplicada al Estado y demás sujetos mencionados en el inciso a) de la referida norma, y ello se presenta cuando la participación estatal convierta al Estado en controlante de la empresa privada o directamente sea titular del total de capital social, imputando al mismo las obligaciones de la sociedad controlada.

Sin embargo aún en estos supuestos la solución no es sencilla ya que el artículo 1765 del CCCN establece que la responsabilidad del Estado “*se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”. Por otra parte el artículo 1766 cierra aún más las posibilidades en tanto dispone: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de*

¹⁸ Nissen Ricardo ob. cit. p 54.

¹⁹ Nissen Ricardo ob. cit. p 55.

una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

Por ello sostiene Martorell²⁰ que analizadas las normas precedentes con el propio art.2 del CCCN se cierra toda posibilidad de cabildeos doctrinarios en cuanto al ámbito de aplicación del art. 144 el cual se encuentra reservado exclusivamente a las personas jurídicas de carácter privado.

Sin embargo agrega que existiría una posibilidad, ya que un trabajador dependiente de un ente de capital mixto o bien controlado por el Estado podría plantear la inconstitucionalidad de los artículos 2, 1765 y 1766 del CCCN por afectar el derecho de igualdad ante la ley. Ello sin perjuicio de responsabilizar al funcionario por las normas del derecho administrativo o si correspondiera del derecho penal.

5. Inoponibilidad y fraude

En primer lugar cabe recordar que tanto el artículo 144 del CCCN como el 3er. párrafo del art. 54 de la LSC responsabilizan –refiriéndose a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, violación de la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona– a aquellos socios o controlantes “que la hicieron posible”. Por tanto podría darse que un socio minoritario, ajeno a la administración de la empresa, no pueda ser imputado personalmente ante una falta de registración del contrato laboral o su registración defectuosa²¹.

Señala Pirolo²² que el artículo 33 de la LCT, en su redacción original, constituyó la recepción normativa –en nuestro ámbito– de la teoría de la penetración, al establecer la responsabilidad entre todas las empresas integrantes de un grupo económico, permanente o transitorio, o bien cuando hubiere control o administración de unas u otra, frente a las obligaciones

²⁰ Martorell Ernesto Y Delellis Marisa, “Estudios de Derecho Laboral Societario: La responsabilidad de administradores y “controlantes” de personas jurídicas ante sus dependientes frente a los nuevos paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación” Diario El Derecho, 19-8-2015 p.7.

²¹ Fallo “Rosetti Miguel c/Serviake SA y otro” 9-12-2002 CNAT Sala II.

²² Pirolo Miguel A. “Síntesis de la teoría de la penetración en la personalidad jurídica en la doctrina y la jurisprudencia. Su aplicación en el Derecho del Trabajo. En DT XLV-A p.488.

contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, aunque tuviesen personalidad jurídica propia. Como se ve la norma estaba destinada lisa y llanamente a prevenir el fraude porque admitía la solidaridad en todos los casos, en cambio la reforma (ley 21297) impone una condición: que hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria por lo que, se ha sostenido que el fraude es uno de los presupuestos de aplicación de la solidaridad que consagra la norma. Pese a la reforma apuntada, Pirolo²³ sostiene que la modificación legislativa no ha podido tener por efecto limitar la aplicabilidad de la teoría de la desestimación ya que esta abarca un número de posibilidades más amplio. Entiende que, por lo tanto, la ausencia de maniobras fraudulentas si bien impedirá la aplicación del art.31 de la LCT no será óbice para que se establezca la responsabilidad solidaria de personas jurídicas que integran un mismo grupo económico cuando sea dable penetrar el velo de su personalidad.

Por su parte Cañal²⁴ sostiene que si bien en los casos Delgadillo Linares o Villafañe se tuvo en cuenta el fraude en sentido general y en los casos Luzardo y Ebner con relación a los socios, no es el fraude un requisito inexorable ya que si bien éste es el medio de violación de la ley, el orden público, la buena fe o la frustración de derechos de terceros, puede no serlo cuando se trata de los fines extrasocietarios que si bien pueden significar un ilícito también pueden no implicarlo.

6. Inoponibilidad e insolvencia

¿Es requisito indispensable para aplicar la teoría de la desestimación que la sociedad sea insolvente?

Sostiene Cañal²⁵ que la insolvencia de la sociedad no es necesaria para responsabilizar al socio. Su primer argumento en tal sentido se basa en el tercer párrafo del art.54 de la LSC donde en el caso que el socio o controlante se haya aprovechado de la sociedad, no se indica que ésta deba encontrarse en una situación particular, excepto la de haber sido víctima de un mal uso. El segundo argumento está basado en la intencionalidad

²³ Pirolo Miguel, ob. cit. p 488.

²⁴ Cañal Diana, "Responsabilidad ilimitada y solidaria de directores y socios de sociedades comerciales" Quorum, Bs. As. 2001 p. 52.

²⁵ Cañal Diana, ob. cit p 53.

del socio o controlante, por lo tanto debe ser parte de la reparación a la que se obligue a la persona de existencia ideal. Entiende Cañal que de este modo la responsabilidad es solidaria no porque la sociedad sea insolvente y no pueda pagar, sino porque está obligada a responder y, por su parte, el socio o controlante comparten la misma obligación, aunque por una razón diferente: ellos tuvieron la intención de negociar en términos contrarios al objeto social o la ley en general.

Agrega Cañal²⁶ que esta conclusión es particularmente aplicable cuando en la propia interposición de la demanda se reclama contra la sociedad y contra algunos de los socios en particular. En cambio sostiene que la insolvencia sí aparece como un requisito necesario cuando en la etapa de ejecución de la sentencia la realización del crédito resulta imposible y se torna necesaria la extensión de la condena a los socios u otras sociedades

Coincidiendo con este criterio dice Álvarez²⁷, en referencia al art.54 de la LSC, que la norma es precisa y enfática y no permite interpretar que opera una suerte de beneficio de excusión pretoriano. Por tanto no es necesario agotar la posibilidad de cobrar el crédito contra el ente societario para poder ir contra los socios.

Por su parte Le Pera²⁸ si bien sostiene con criterio general que solo corresponde o no darle a los acreedores otro deudor en el caso de insolvencia de la sociedad, en materia laboral –atendiendo a la tensión entre seguridad jurídica y eficacia de la protección legal– puede aceptarse que la necesidad de hacer inmediatamente eficaz la tutela legal habilita a declarar la extensión de responsabilidad aun sin un acreditado estado de insolvencia, pero para ello deben existir elementos que justifiquen esta necesidad.

Sostiene Vázquez Vialard²⁹ que es requisito indispensable que la sociedad bajo la cual se escuda el empleador real sea insolvente. De lo contrario, no hay razón para aplicar el remedio (no habría utilización abusiva de aquella). Es más, entiende que en tal caso podría constituirse un abuso de la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad.

²⁶ Cañal Diana, ob. cit p. 52.

²⁷ Alvarez Eduardo, “El artículo 54 de la ley 19550, la responsabilidad solidaria de los socios y un debate inexplicable, En Rev. De Derecho Privado y Comunitario T2000 N°1Ed. Rubinzal Culzoni p. 251.

²⁸ Le Pera Sergio, Doctrina del abuso de la personalidad jurídica. Rev DT 1974 p. 529.

²⁹ Vázquez Vialard Antonio, “La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo. Rev. T y SS 1973/74 p. 620.

No obstante lo expresado, afirma este autor que por razones de economía procesal y a fin de evitar un nuevo juicio, el socio controlante de una sociedad solvente puede ser demandado subsidiariamente junto con ésta, para el caso que se acredite la insolvencia del ente, y cita al respecto dos fallos donde se ha aplicado este criterio³⁰.

En este punto es interesante recordar el fallo “Daverede Ana María c/ Mediconex SA y otros” del 29-5-2007 de la Corte Suprema de Justicia. En este caso la Sala VI de la CNAT, por mayoría, había confirmado la condena solidaria del presidente y de un director suplente de la sociedad con base en la regla del art. 54 de la LSC. Cuando el caso llega en queja a la Corte Suprema, ésta opta por no intervenir de acuerdo a la facultad que le confiere el art. 280 del CPCCN. Sin embargo el Dr. Lorenzetti votó en disidencia parcial sosteniendo en el tema que nos ocupa que la aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica requiere la insolvencia de la sociedad pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado, no se advierten razones que justifiquen su aplicación.

Cabe señalar que en este mismo voto Lorenzetti afirma que la teoría de la desestimación debe emplearse en forma restrictiva.

7. Responsabilidad de los administradores de personas jurídicas

En este tema los artículos 159 y 160 del CCCN reproducen –en términos generales– lo establecido por el artículo 59 de la LSC, disponiendo que “*Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia*” (art.159 primer párrafo). Por su parte el artículo 160 dice que “*Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*”. Esta norma tiene su antecedente directo en lo establecido por el art. 59 de la LSC y por el derogado art.43 del CC reformado por la ley 17711.

³⁰ Sala I CNAT 30-12-98 “Brandan Juan c/ Tarot Club SA y otro y Sala VIII “Aguirre Simeón c/ Sardelik Antonio” DT 1989-B-1360.

Como bien señala Nissen³¹ el art. 160 omitió incluir el dolo, sin embargo teniendo en cuenta que los administradores responden por culpa, entendida como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar, comprendiendo expresamente (art. 1124CCCN) la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte y la profesión, mal puede excluirse el dolo, cuando este implica la intención de dañar a sabiendas. Por cierto que la responsabilidad de los administradores no libera a la persona jurídica de su responsabilidad propia frente a sus miembros o terceros afectados. Ello surge del art.1763 del CCCN que prescribe “La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

Destaca Nissen que ello no impide las posteriores acciones de responsabilidad que la persona de existencia ideal pueda entablar contra quienes fueron responsables de tal conducta, siendo de lamentar que el CCCN no haya incorporado un mecanismo especial para el ejercicio de las acciones de responsabilidad aplicable a todas las personas jurídicas de carácter privado, como lo hacen los arts.274 a 279 de la ahora denominada Ley General de Sociedades³².

Es importante destacar que de acuerdo al art.1739 del CCCN los daños causados no son solamente los directos sino también los indirectos, actuales o futuros, ciertos o subsistentes. En lo que interesa a este artículo analizaremos los aspectos laborales de la responsabilidad, pero cabe acotar que la imputación puede ser por temas civiles, ambientales, tributarios, aduaneros, etc.

Por otra parte como bien lo señala Covi³³ el Código dispone que el administrador responde no solo por los actos realizados en ejercicio del cargo sino también por los efectuados en ocasión de sus funciones. En este último punto, es aplicable la doctrina gestada en torno al art.43 del Código derogado: quienes dirigen las personas jurídicas responden no solo por los actos de dirección, sino también por aquellos causados “en ocasión” de sus funciones. Se considera que la responsabilidad se extiende a aquellos eventos dañosos que indirectamente se vinculan a la actividad, pero que sin ella no se hubieran producido, ya que la limitación de responsabilidad a los supuestos de daños cometidos en el ejercicio de las funciones importaría

³¹ Nissen Ricardo, ob. cit. p 77.

³² Nissen Ricardo, ob. cit. p 77.

³³ Covi Daniel, ob. cit p.625.

hacer valer frente a terceros damnificados cuestiones que hacen a la organización interna de la persona jurídica.

7.1 ¿Cuándo la ley responsabiliza a los administradores, a quienes se refiere exactamente?

Cuando los artículos en comentario mencionan a los administradores debe entenderse que se refieren tanto al presidente como a los demás integrantes del consejo de administración. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de los administradores se basa en los principios generales del derecho común, por tanto debe probarse por quien invoca el daño no solamente que el administrador incumplió sus obligaciones legales o estatutarias sino que, además, dicho incumplimiento generó un perjuicio y la adecuada relación de causalidad entre la conducta y el daño causado.

Refiriéndose al artículo 274 de la LSC relativo a los directores de sociedades comerciales –pero perfectamente aplicables a las demás personas jurídicas a que alude el CCCN– sostiene Ferrer y Roitman³⁴ que deben darse los cuatro presupuestos generales de responsabilidad: a) comportamiento antijurídico, b) la existencia de daño, c) relación de causalidad entre el daño y el comportamiento y d) existencia de un factor de atribución.

Es importante destacar que la falta de participación de algún administrador en el evento productor del daño no necesariamente llevará a este administrador a quedar fuera del alcance de la acción de responsabilidad. Para ello, su falta de participación y el desconocimiento de lo actuado por otros miembros debe encontrarse debidamente justificado por el parámetro del artículo 159 del CCNN. En suma, puede afirmarse que es responsable por su propio hecho, ya sea por acción u omisión, pero no por el hecho de otros administradores.

7.2. La responsabilidad de los administradores en el ámbito del Derecho del Trabajo

A fin de analizar el alcance, dentro del ámbito laboral, las responsabilidades de los administradores, voy a detenerme en el trabajo de Ferrer y

³⁴ Ferrer G. y Roitman H., “Responsabilidad de directores por las obligaciones laborales”. Rev. Derecho de Daños N°8, Rubinzal Culzoni p.155.

Roitman, que si bien se refiere al art.274 de la LSC es perfectamente aplicable al caso de los administradores a que se refiere el CCCN.

Estos autores dividen las obligaciones del empleador en tres categorías³⁵:

- a) Obligaciones vinculadas a los infortunios laborales;
- b) Obligaciones periódicas que se suscitan durante el desarrollo de la relación de empleo (pago de salarios, ocupación efectiva del trabajador, etc.);
- c) Obligaciones que surgen como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral.

El incumplimiento de estas obligaciones puede producir un daño que en determinadas circunstancias puede generar responsabilidad de los directores (o administradores). Seguidamente clasifican los posibles daños laborales generadores de responsabilidad en tres categorías:

- a) Obligaciones frente al trabajo no registrado;
- b) aquellos que se vinculan a los infortunios o accidentes laborales y
- c) aquellos que devienen como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral.

Analizaré a continuación las tres categorías:

A) Trabajo no registrado

En el supuesto del trabajo no registrado el director o administrador que viola la ley debe indemnizar el daño causado y no la totalidad de la indemnización laboral. De allí la crítica a algunos fallos que han hecho responsables a los directores por el total de las indemnizaciones. Entienden los citados autores que habría supuestos en que los directores no responderían como sería el caso de un trabajador en negro que es despedido en forma directa y reclama además de las indemnizaciones el pago de salarios adeudados, vacaciones no gozadas o diferencias de haberes. En estos supuestos el administrador no sería responsable del pago de la deuda por el solo hecho de no haber registrado al trabajador. No habría en este caso relación entre

³⁵ Ferrer y Roitman, ob. cit. p 155 y ss.

el trabajo en negro y la falta de pago. En tal caso la única responsable de esos rubros sería la sociedad.

B) Los infortunios laborales

En lo que respecta a los accidentes de trabajo la persona jurídica debe cumplir primordialmente con las obligaciones derivadas de la ley de seguridad e higiene, de la ley de riesgos del trabajo y del art.75 de la LCT. Dado que cumple con estas disposiciones a través de los administradores, estos son los responsables naturales de dicho cumplimiento. Por tanto si un trabajador sufriera un accidente en el desempeño de sus tareas a las órdenes de la persona jurídica, que encuentre como causa eficiente la falta de cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas por la ley, el administrador podría resultar responsable del pago de las indemnizaciones pertinentes. Ello, en tanto se den los cuatro presupuestos de responsabilidad que mencionáramos anteriormente³⁶.

En cuanto al supuesto que la empresa no tuviera contratado el seguro obligatorio previsto por la LRT, la persona jurídica deberá cumplir con las prestaciones acordadas al trabajador por la ley. Ahora bien, si la persona jurídica resultara insolvente, aparece el daño al trabajador que se ve impedido de percibir lo que por derecho le corresponde. En tal caso los administradores deberán responder personalmente por las prestaciones establecidas por la LRT.

C) Daño por la ruptura del vínculo laboral

Tratándose de un despido directo sin expresión de causa no se genera obligación alguna a cargo de los administradores. En este caso responde la persona jurídica. En cambio si se tratase de un despido con causa y dicha causa no fuese probada en el juicio y por el contrario se acreditara que ésta constituyó una maniobra inventada por los administradores, a sabiendas de su falsedad, para evitar el pago de las indemnizaciones, sí habría responsabilidad de los administradores.

En el supuesto de despido indirecto, Ferrer y Roitman³⁷ sostienen que los directivos pueden resultar responsables si el despido se hubiera produ-

³⁶ Ferrer y Roitman, ob. cit. P 155 y ss.

³⁷ Ferrer y Roitman, ob. cit. P 155 y ss.

cido como consecuencia de un comportamiento antijurídico que lo haya generado, pues en tal caso se produce el daño reparable (la pérdida de empleo).

Seguidamente los citados autores se preguntan cuál es la prestación debida por el director responsable. ¿Son las indemnizaciones tarifadas en el régimen laboral o por el contrario la indemnización de derecho común? La respuesta a este interrogante está dada por la relación extracontractual entre el trabajador y el director. Por tanto si las normas que rigen esta responsabilidad especial del directorio son las normas de derecho común, no hay motivo alguno para apartarse de dicho régimen y establecer la indemnización debida en forma integral.

7.3. La responsabilidad de los administradores y la acción preventiva del art. 1710 del CCCN

Tal como señala Gnecco³⁸ la responsabilidad en el nuevo ordenamiento comprendería dos etapas frente al daño: la actuación *ex ante* para impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer (realizar una acción positiva para evitar su producción) o de abstención (omitir ejecutar una conducta potencialmente dañosa). Y ya producido el hecho, operaría la función resarcitoria.

Señala Gnecco³⁹ que la acción preventiva no se circunscribiría a la protección respecto de daños que pudieren lastimar la salud del dependiente, sino que podría proyectarse a otros supuestos adicionales de daños distintos o potencialidad de ellos, tales como los que podrán recaer sobre sus demás bienes. La citada acción preventiva permitiría también al trabajador anticiparse a la producción de determinados hechos susceptibles de provocar otro tipo de daños como por ejemplo la efectivización de pagos no registrados o tener relaciones laborales no registradas. En tal caso el trabajador podría dirigir su acción preventiva no solo contra el empleador sino también, en el caso de tratarse de una persona jurídica, contra sus administradores, ya que sobre ellos también pesa el deber general de prevención de daños que instituye la regla del art.1710 del CCCN⁴⁰.

³⁸ Gnecco Lorenzo, “La desestimación de la personalidad jurídica y la acción preventiva en el nuevo código unificado” en Rev. T y SS, N°61 Junio 2016 p. 394.

³⁹ Gnecco Lorenzo, ob. cit. p. 403.

⁴⁰ Gnecco Lorenzo, ob. cit. p.403.

Otra cuestión a tener en cuenta en cuanto a la responsabilidad es la redacción del art.75 de LCT (ley 27.323) que establece: *“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”*.

8. Conclusiones

Al dar los fundamentos sobre “persona Jurídica” en el nuevo Código Civil, la Comisión redactora aclara que el instituto de la Inoponibilidad (o desestimación, prescindencia) de la personalidad jurídica debe incorporarse al Código –al igual que ya existe en el art. 54 de la ley 19550– ya que el abuso de la personalidad jurídica es susceptible de producirse en cualquier clase de persona jurídica privada y no solo en las sociedades comerciales.

Estamos sin duda ante una regla de moralización⁴¹ de las relaciones jurídicas que impacta de manera muy especial en el ámbito del Derecho del Trabajo ya que permite al trabajador no registrado o registrado de manera deficiente, levantar el velo corporativo y responsabilizar solidaria e ilimitadamente a los administradores; efecto práctico del que muchas veces depende la posibilidad del trabajador de hacer efectivos sus créditos.

Cabe destacar que en general –salvo excepciones, como ha sido el caso de Nissen, Roitman y Martorell– los comercialistas han criticado de manera vehemente la aplicación de la teoría del “disregard” en el derecho del trabajo⁴². Por tanto, a pesar de haber sido introducido en el Código Civil y Comercial, el tema en cuestión está lejos de haber sido zanjado, y seguramente a futuro nos seguiremos encontrando con opiniones restrictivas, como la vertida por la Suprema Corte de Buenos Aires en la causa “Avila Carlos c/Benjamín Gurfein SA y otro” del 31-8-2005. Allí el Dr. Hitters dijo: *“Como afirma Palacio, “la teoría del abuso de la personalidad jurídica habilita a imputar las consecuencias de un determinado negocio jurí-*

⁴¹ Así lo dice la exposición de motivos de la ley 22903 secc. VI. 3).

⁴² Juyent Bas Francisco, Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral, Rev. Der. Privado y Comunitario, año 2000 N°1 Rubinzal p.183; por citar solo uno de ellos.

dico a los socios que participaron en ella cuando la sociedad fue un mero 'instrumento' para perjudicar a terceros o para violar la ley". Por lo que el instituto opera "cuando el o los actos ilícitos aislados cometidos por la sociedad son, en rigor, actos cometidos por los socios valiéndose de la sociedad como instrumento" (Palacio, Lino E., "La responsabilidad de los socios por multas laborales a la sociedad: una peligrosa generalización", L.L. 2002-C-1191; el resaltado es propio).

Distinta es la situación que se presenta en autos, dado que nos hallamos ante una entidad regularmente constituida, con auténticos fines, que en su actividad social comete actos ilegales sancionados expresamente por la ley, como es el caso del empleo no registrado o deficientemente registrado. No se utilizó la sociedad como un instrumento para la comisión de dichas irregularidades". Esta doctrina ha sido reiterada por la Suprema Corte en reiteradas oportunidades⁴³.

Dicho de manera muy sucinta, según esta jurisprudencia, para que la teoría del levantamiento del velo societario fuese aplicable a un socio, la sociedad debiera haber sido constituida como una mera pantalla para eludir obligaciones legales. Suponer que con los controles actuales de la AFIP ello sería posible resulta absurdo. Una sociedad que no esté dada de alta impositivamente no puede funcionar ni siquiera un día. Por tanto el abuso a que se refiere Palacios se da cuando el socio comete un acto ilícito (como es el registrar de manera deficiente a un trabajador) para lo que obviamente va a utilizar la sociedad como el instrumento tendiente a evitar su responsabilidad. Y en tal caso el socio resulta plenamente responsable.

Para entender realmente a que nos referimos hay que leer detenidamente a Rolf Serick y su sistematización sobre el abuso de la persona jurídica. Si el objetivo de la ley es evitar el abuso, el criterio de aplicación debe ser amplio y no restrictivo, en tanto se den todas las garantías pertinentes a las personas físicas demandadas.

⁴³ "Cortina Carlos c/ Power Tools SA 25-4-2007.

LAS CONTINGENCIAS VINCULADAS A
LA SALUD DEL TRABAJADOR DEPENDIENTE
EN EL DERECHO ARGENTINO

¿RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR
O DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

POR MIGUEL ÁNGEL MAZA

I. Objeto del presente estudio

En la segunda mitad del Siglo XIX, más precisamente en 1862, el Código de Comercio introdujo una por entonces revolucionaria norma legal que otorgó a los dependientes de empresas comerciales el derecho a percibir el equivalente a su sueldo hasta por tres meses ante “accidentes imprevistos e inculpables”, norma que, remozada, pervive en su idea esencial al día de hoy en nuestra legislación general.

Vengo a sostener en este estudio que la sencilla solución de dicho Código, consistente en imponer al principal la cobertura de contingencias totalmente ajenas al empleo y a la responsabilidad del principal, ya no se justifica bajo dicha técnica y que deberían ser traspasadas al ámbito de la Seguridad Social.

No es esta la primera vez que planteo esta preocupación, aunque hasta ahora no había estimado oportuno efectuar una propuesta positiva, como si creo que ha llegado la hora de plantear, aprovechando la presente ocasión que me confiere el Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho.

En efecto, en ocasión de prologar la obra *Enfermedades y Accidentes Inculpables*¹ ya he señalado que la regulación que la Ley de Contrato de Trabajo prevé para la contingencia de pérdida temporal de la capacidad laborativa de los dependientes por enfermedades o accidentes inculpables constituye una respuesta jurídica con base en el derecho individual, poniendo a cargo del empleador una situación que debería ser tomada a su cargo por la Seguridad Social mediante alguno de sus subsistemas.

Y expliqué en tal oportunidad que el legislador nacional, con una tradición que hoy lleva más de 8 décadas, ha optado por ese camino y, paradójicamente, no se escuchan –ni leen- cuestionamientos del sector empresario al respecto.

Recordé entonces que esa opción legislativa que pone sobre las espaldas del empleador una contingencia social por demás frecuente y generalizada, constituyó un régimen transaccional.

En efecto, dado que es el empleador quien debe abonar una suma equivalente al salario que el dependiente afectado de una incapacidad, temporal pero impeditiva, la ley suspende el deber del trabajador de prestar servicios² por un lapso bastante prolongado -hasta un año posterior al cese de la licencia paga del art. 208 del Régimen de Contrato de Trabajo- pero limita la cobertura económica a plazos determinados arbitrariamente en base a parámetros como la antigüedad y la existencia o inexistencia de cargas de familia, en lugar de haberse adoptado algún parámetro vinculado a la tipología de las enfermedades impeditivas.

Tal alternativa normativa fue producto de una transacción legal, a la que el Derecho del Trabajo ha sido tan afecto en el pasado, pero, a la par, constituye una paradoja al reconocer la necesidad de los trabajadores y trabajadoras de recibir ayuda económica cuando las consecuencias de un accidente o de una enfermedad ajenos al empleo pero aparece como inexplicable que tal sensibilidad social tenga un tiempo determinado y que,

¹ Dirigida por Osvaldo A. Maddaloni y en la que, además del Director, colaboraran los médicos Ester Norma Martín y Guillermo G. Maciá y los abogados Jorge Raúl Moreno (+), Mario Adolfo Reinoso y Diego Javier Tula, publicación de Errejús, Buenos Aires, 2017.

² Si bien siempre se hace hincapié en la faz dineraria de la cobertura, no debe perderse de vista que el primer efecto que el reconocimiento legal de este tipo de contingencias tuvo fue el de legitimar la falta de prestación de servicios, eximiendo al dependiente del deber de prestar servicios dentro de los límites temporales fijados en las normas y estableciendo, a la par, que las ausencias del trabajador o la trabajadora en tales supuestos no constituyen un incumplimiento sancionable y privilegiando mediante la técnica de la suspensión de tal deber la subsistencia de la relación laboral.

agotado este sin que el estado de incapacidad haya desaparecido o consolidado, la cobertura cese por completo, dejando a los damnificados librados a su suerte.

Los loables fines tuitivos que han llevado a la legislación social a dar tutela a los dependientes ante contingencias que afectan la capacidad de ganar salario, única forma que tienen, como regla, de obtener ingresos y participar así del sistema económico, quedan incompletos si, luego de tres, seis o doce meses, se deja al damnificado librado a su suerte con la única garantía de la conservación hasta un año más de su empleo, pese a que no puede obtener salario a causa de su incapacidad temporal pero impedito.

Francamente, no se entiende cómo podría un dependiente enfrentar por sí solo la contingencia durante ese año adicional, siendo útil tener en cuenta que, como siempre advertía el maestro Humberto Antonio Podetti, esa situación, además de privar al trabajador de ingresos, le añade erogaciones nacidas de la contingencia misma³.

Si bien es cierto que, por la tipología de las enfermedades incapacitantes, una enorme mayoría de estas contingencias se solucionan antes de agotarse los plazos de cobertura económica del art. 208 de la LCT, pienso que este tema debería debatirse a los fines de prever para las hipótesis de enfermedades largamente incapacitantes alguna alternativa de cobertura económica completa y que tutele a los damnificados mientras dure el impedimento temporario.

Como se verá, mantengo esa mirada crítica sobre un régimen jurídico que hoy luce anacrónico.

II. Antecedentes

El original Código de Comercio, redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, fue sancionado por la ley 2.637 en 1862 y rigió hasta el 31/07/2015 fecha en que la ley 26.994 produjo su derogación general y la entrada en vigor del Código unificado Civil y Comercial a partir del 01/08/2015.

³ Gastos de medicamentos, traslados a los centros de atención médica, en muchos casos alimentación especial, etc.

Aquel Código Comercial recibió las reformas de 1889 y 1933/34, y cabe aquí destacar que la redacción primigenia incluyó normas destinadas a regir en los contratos de trabajo entre los empresarios del comercio y sus dependientes, aspectos no afectados por las modificaciones de 1889.

En aquellos preceptos se encuentra el antecedente histórico de la indemnización por despido injustificado que hoy regula el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y varios derechos novedosos, por entonces limitados a los empleados del comercio.

Entre tales normas, como anticipé, se preveía en el art. 155 que el empleador debiera abonar el equivalente a la remuneración de sus dependientes, hasta un máximo de 3 meses, cuando sufrieren accidentes “imprevistos e inculpables” en lo que fue un anticipo de la teoría del riesgo profesional que en 1915 haría su ingreso al régimen de reparación de accidentes de trabajo con la ley 9688, originalmente sólo aplicable en el ámbito de la industria⁴.

Dicho precepto rezaba así: “*Los accidentes imprevistos ó inculpables que impidieren el ejercicio de las funciones de los factores ó dependientes, no interrumpen la adquisición del salario que les corresponde, siempre que la inhabilitación no exceda de tres meses continuos*”⁵.

Tal regla, no afectada por las reformas producidas en 1889, fue en cambio objeto de una de las modificaciones introducidas por la ley 11.729, que mantuvo la norma protectoria, pero dándole mayor amplitud aún, con una configuración que luego pasaría a la legislación general, aplicable ya no solamente a los trabajadores del comercio sino a todo dependiente, primero merced al decreto 33.302/1945 y finalmente con la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Aquella ley 11.729 fue formalmente sancionada por el Congreso el 26/09/1933 y su nacimiento no resultó simple ante la esperable resistencia opuesta por los sectores empresarios comprometidos y esta oposición en-

⁴ Como puntualizara Mario E. Ackerman, posiblemente esa decisión política estuvo inspirada en el art. 201 del Código de Comercio de España de 1829. Ver Incapacidad temporaria y contrato de trabajo 2, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág. 105.

⁵ Por otro lado, el art. 156, en materia de accidentes del trabajo, dispuso que “*Si en el servicio que presta al principal, aconteciere al factor ó dependiente algún daño ó pérdida extraordinaria, será a cargo del principal la indemnización del referido daño ó pérdida, á juicio de arbitrajes*”, norma de avanzada cuando aún no se había sancionado la ley de Accidentes de Trabajo 9688 que, de todos modos, no sería aplicable al ámbito del comercio hasta 1934 cuando la ley 11.729 extendió su operatividad también a ese segmento de actividad. .

contró eco en el PEN de modo que fue inicialmente vetada integralmente por el presidente Agustín P. Justo.

Sólo gracias a la insistencia del Poder Legislativo la reforma fue finalmente promulgada por el PEN⁶, siendo publicada en el Boletín Oficial el 25/09/1934, es decir un año más tarde.

Si la norma original de 1862 resultó revolucionaria y difícil de justificar jurídicamente, más allá de su equidad innegable y aplaudible, la extensión que la ley 11.729 dio a esta institución fue tal que resulta arduo comprender su aprobación por el Congreso sin explicar el contexto histórico.

Como bien lo recuerda Graciela Queirolo⁷, el proyecto fue una iniciativa de los legisladores socialistas quienes, junto a otros parlamentarios, ya habían propuesto diversos proyectos similares desde la década de 1910 y su conversión finalmente en ley se debió en gran parte a la severa crisis económica que sufría el país y a la acción directa de la Federación de Empleados de Comercio.

Explica dicha investigadora que, tras varios proyectos e intentos legislativos, en 1929 el muy recordado diputado socialista Adolfo Dickmann presentó su proyecto de reforma del Código de Comercio que, aunque no logró éxito en el Recinto, terminó siendo el modelo seguido en la sanción en 1933 de la ley 11.729⁸.

No parece ocioso recordar que por entonces gobernaba Agustín P. Justo, quien sucedió al nefasto general golpista José F. Uriburu, en la larga “década infame” (1930/1943). En ese marco político, y habiendo sido proscripta la Unión Cívica Radical⁹, el Partido Socialista había logrado la elección de 43 diputados y 19 senadores nacionales, situación que explica el rol asumido por sus representantes en la iniciativa que terminó siendo sancionada como ley 11.729¹⁰.

⁶ Esta vez el presidente Justo optó por vetar exclusivamente el art. 3º, que contenía una regla que se consideraba retroactiva, pero promulgó la ley en la que insistiera el Parlamento.

⁷ Queirolo, Graciela, *Indemnizaciones, enfermedades y antigüedad entre los empleados de comercio: alcances y límites de la ley N° 11729 (Argentina. 1934-1945)*, publicada en la revista universitaria Estudios Sociales, de la Universidad Nacional del Litoral, año XXVI, N° 50, Santa Fe, Número de enero-junio 2016, págs. 145-169.

⁸ Queirolo, ob. cit. págs. 154 y stes. Ver págs. 153 y stes.

⁹ Recordemos que el golpista Uriburu con su insurrección sediciosa de 1930 inició la trágica serie de interrupciones constitucionales al derrocar al gobierno de la Unión Cívica Radical encabezado por don Hipólito Yrigoyen, quien, tras ganar las elecciones correspondientes, tenía mandato hasta 1934.

¹⁰ Queirolo, ob. cit. pág. 154.

III. Las normas

Si bien, como ya dije, fue el Código de Comercio de 1862 el que introdujo en el derecho argentino la revolucionaria norma que atribuyó, cual si fuese un impuesto, la cobertura de los accidentes no vinculados al empleo, imprevistos e inculpables, a los empleadores del sector comercial, la amplitud que la ley 11.729 dio a la cobertura nacida del art. 155 fue la que provocó la mayor reacción de los patronos.

El nuevo texto estableció que

“Los accidentes y las enfermedades inculpables que interrumpen los servicios del empleado de comercio –factor, dependiente, viajante, encargado u obrero- que trabaja a sueldo, jornal, comisión u otro modo de remuneración, sea en el dinero o en especie, alimentos o uso de habitación, no le privarán del derecho a percibir dichas retribuciones hasta tres meses de interrupción si tiene una antigüedad en el servicio que no exceda de diez años, y hasta seis meses si tiene una antigüedad mayor de este último tiempo.

La retribución mensual que en estos últimos casos corresponde al empleado, se liquidará de acuerdo con el promedio del último semestre.

El empleado conservará su puesto, y si dentro del año transcurrido después de los plazos de tres y seis meses, indicados el principal lo declarase cesante, éste le pagará la indemnización de despido del artículo 157”, convirtiéndose en el antecedente inicialmente de los arts. 225 a 230 de la ley 20.744 sancionada en 1974 y luego de los actuales arts. 208 y 211 de la Ley de Contrato de Trabajo, en la numeración que le diera el decreto 390/1976.

En tal sentido, Mario E. Ackerman ha señalado los puntos neurálgicos que modificó la ley 11.729 en relación al texto original del Código de Comercio: 1) amplió la tutela a las “enfermedades” (que no estaban mencionadas en el art. 155 primigenio), 2) eliminó el requisito de que el accidente o la enfermedad fuese “imprevisto”, 3) sustituyó el requisito del “impedimento” por el concepto de “interrupción” de los servicios, 4) extendió el ámbito personal de aplicación de la norma a los viajantes, encargados u obreros del comercio, 5) extendió el período pago hasta seis (6) meses cuando la antigüedad del dependiente fuese superior a los diez (10) años, manteniendo el límite de tres meses para los trabajadores que registrasen una antigüedad inferior, 6) determinó que la remuneración a computar en el período pago se calculase sobre el promedio del último semestre, 7)

incorporó un período de reserva del puesto, hasta un año, luego de vencidos los plazos pagos (antecedente del actual art. 211 LCT), 8) calificó a la prestación económica como indemnización, excluyendo su pago en los casos alcanzados por la ley 9688 de Accidentes de Trabajo si por ésta correspondiera un resarcimiento mayor, y 9) incorporó la indemnización de daños y perjuicios del originario art. 156 del Código de Comercio, con la aclaración de su no exclusión por el derecho del trabajador a la retribución en los casos de accidentes o enfermedades inculpables¹¹.

Cabe añadir que, hasta entonces, la ley 9688 de Accidentes de Trabajo no era aplicable a los empleados de comercio, con lo que sólo contaban con la muy limitada tutela del viejo Código de Comercio -aplicable a accidentes inculpables y a los vinculables al empleo, en la medida que no fueran atribuibles a la culpa del propio trabajador- por lo que la ley 11.729 también significó un cambio importante en materia de tutela al disponer la extensión de la cobertura de la ley 9688 a los trabajadores del comercio.

En efecto, esa ley añadió en el 4º párrafo del art. 155 del Código de Comercio una regla que llevó la aplicación de la ley 9688 también a los infortunios ocurridos en el empleo comercial: *“La indemnización por accidentes o enfermedad que establece el primer apartado de este artículo, no regirá para los casos previstos en la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando por esta última corresponda al empleado una indemnización mayor”*.

IV. La técnica de cobertura

Probablemente esa sencilla solución consistente en imponer por ley responsabilidad al principal por contingencias totalmente ajenas no solo a su responsabilidad siquiera objetiva sino, incluso, extrañas al empleo, se podía explicar teniendo en cuenta el momento histórico en que el Código de Comercio primero y la ley 11.729 después fueron dictados, es decir un estadio temprano en la génesis de nuestro Derecho del Trabajo y aún antes del nacimiento formal y la configuración de los conceptos, principios y reglas del Derecho de la Seguridad Social en nuestro país.

¹¹ Véase: Mario E. Ackerman, en el Tratado de Derecho del Trabajo que dirigiera (Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, Tomo VI, págs. 278 y sigs.) así como Incapacidad temporaria y contrato de trabajo, ya citado en nota 4, págs. 106/107.

Es fácil advertir que ni en 1862 ni en 1933 estaban en Argentina todavía desarrollados los conceptos básicos ni las instituciones propias del Derecho de la Seguridad Social, que obtendrían su certificado de nacimiento formal recién en la segunda mitad de la década de los 40, y que, por eso, la voluntad del Congreso de la Nación se plasmó del modo más elemental, sencillo y práctico, es decir imponiéndose la cobertura -como un impuesto más- a los empleadores del sector comercial¹².

V. Mi propuesta

Ahora bien, hoy, ya cercanos al primero cuarto del Siglo XXI, el estado de cosas es muy distinto.

En primer lugar, por cuanto es clara y determinada la autonomía de un reconocido Derecho de la Seguridad Social, como sus principios, reglas e instrumentos técnicos jurídicos y financieros; y en segundo término es dable señalar que el Derecho vigente en relación a la protección del trabajo distingue con visibilidad las contingencias que pueden sufrir trabajadoras y trabajadores con algún grado de vinculación con el empleo¹³ de aquellas otras que ninguna relación material guardan con el ámbito laboral y con la relación de trabajo pero que merecen protección -no solamente para los dependientes sino para todo habitante del país expuesto a esas contingencias- y que son materia propia del más moderno Derecho de la Seguridad Social.

¹² Sin embargo, ya por 1933 había suficiente desarrollo conceptual en el mundo e incluso en nuestro país de los “seguros sociales” como mecanismo de cobertura de contingencias sociales y es llamativo que el Congreso Nacional no haya apostado a esos instrumentos para cubrir las enfermedades y los accidentes inculpables de los empleados de comercio. De hecho, la ley 11.933 -dictada poco después que la ley 11.729- había establecido el “*seguro obligatorio de maternidad*”, según el cual las trabajadoras embarazadas, amén de tener derecho a conservar su empleo durante la licencia por maternidad (30 días antes y 45 días después del parto), iban a percibir un subsidio monetario equivalente al monto del salario. A tal fin se creó la Caja de Maternidad que se financiaba con un aporte trimestral de las trabajadoras de entre 15 y 45 años de edad, los empleadores y el Estado.

¹³ La ley 24.557, de Riesgos del Trabajo, considera “accidentes de trabajo” a aquellos hechos súbitos y violentos que ocurren en alguno de los siguientes círculos de conexión causal objetiva: a) por la realización misma de las tareas, b) en ocasión del trabajo y c) en el trayecto entre el domicilio del dependiente y el trabajo; incluyéndose en ese ámbito de responsabilidad objetiva los hechos sucedidos por fuerza mayor o caso fortuito que sean “inherentes al trabajo”. A la par, también dicho régimen legal responsabiliza al empleador, a través de su aseguradora, por las “enfermedades” que el PEN declare por decreto “enfermedades profesionales” y aquellas otras que los organismos competentes declaren efecto directo e inmediato del trabajo (conf. decretos 1278/2000 y 410/2001).

Entre estas últimas sin lugar a duda, uno de los riesgos sociales a los que están expuestos todos los seres humanos, y entre ellos las personas que trabajan, es el de sufrir accidentes, es decir hechos violentos y externos que afecten su salud provisoria o permanentemente; así como enfermedades, o sea procesos biológicos, de origen endógeno o externo a la persona, que también producen esos efectos.

La particularidad dramática que poseen esas contingencias en la vida de las personas que trabajan por cuenta ajena, es decir bajo dependencia, es que la incapacidad, aún temporaria, que esos procesos patológicos pueden provocar afecta dramáticamente el único modo que, como regla general, reconocemos que posee la casi totalidad de los dependientes para ganarse la vida y participar del sistema económico moderno de reparto de bienes y servicios.

Dicho más claramente, la incapacidad derivada de un proceso de alteración de la salud impide prestar servicios y ganar salario, contingencia que en quienes no poseen capital ni herramientas culturales para generar ingresos y con éstos sufragar los gastos de su existencia, así como la de sus familias, resulta de una relevancia extraordinaria que una sociedad moderna, solidaria y jurídicamente organizada no puede dejar librada a sus casi nulos recursos para sobrellevarla¹⁴.

Es por ello que esa protección que tuviera inicio en el Código de Comercio es absolutamente justa e imprescindible porque, quiero repetirlo y remarcarlo, en general los trabajadores dependientes carecen de la capacidad económica para enfrentar siquiera breves lapsos sin la posibilidad de ganar salario, siquiera luego de décadas de trabajo remunerado.

No obstante, lo que vengo a plantear es que, no habiendo dudas acerca de la total ajenidad del empleador, del empleo y de las condiciones laborales en la configuración de esas contingencias sociales, deberían ser financiadas por un subsistema de Seguridad Social y no en forma directa y personal por el empleador, tal como hoy lo disponen los arts. 208/10 y 212 de la Ley de Contrato de Trabajo para las situaciones respectivas de incapacidad temporaria derivada de accidente o enfermedad ajena al trabajo y

¹⁴ Como decía el inolvidable jurista y maestro Humberto A. Podetti, durante la contingencia de enfermedad impediendo el desempeño laboral no solamente se reducen o desaparecen los ingresos salariales, sino que, a la par, aumentan los gastos por las necesidades médicas, farmacéuticas, etc. De ahí la gravedad de esta tipología de contingencias sociales.

para la hipótesis de una incapacidad absoluta y permanente secular a una de esas contingencias.

En particular resulta absurdo, más allá de lo injustificadamente gravoso, que un empleador deba abonar una suma de dinero idéntica cuando comete un incumplimiento contractual como es despedir sin justa causa -es decir la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo- y en casos en que el contrato se extingue en razón de que el trabajador sufre una incapacidad absoluta y permanente, tal como lo dispone el art. 212 LCT en su 4º párrafo, sin distinguir si la minusvalía incapacitante se vincula de alguna manera con el empleo de cuando ninguna relación existe.

A mi juicio, en esta segunda hipótesis, esa compensación debería estar a cargo de la Seguridad Social y no del empleador.

El actual sistema de responsabilidad directa y exclusiva del empleador, tanto para las situaciones del art. 208 de la LCT como para el supuesto recién aludido del art. 212 párrafo 4º de dicha ley para las incapacidades absolutas y permanentes que en nada se vinculan con el empleo, muestra una desventaja distorsiva adicional a la incoherencia de atribuir responsabilidad sin justificación: favorece la discriminación y segregación del trabajo bajo dependencia de las personas que presentan debilidades congénitas o facilidad y predisposición a la enfermedad.

Y debe considerarse que una persona que se ausenta repetidamente de sus obligaciones laborales, por ejemplo, ante su repetitiva tendencia a contraer problemas respiratorios cada invierno o por alteraciones digestivas de origen congénito, no solo genera a su empleador un mayor costo laboral por tener que abonar las prestaciones del art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo, sino que, sobre todo, afecta el funcionamiento y operatividad de la organización empresaria, y en este punto debo advertir que cortas ausencias (de entre 3 y 7 días) varias veces por invierno provocan más daño al funcionamiento adecuado de una organización empresaria que una licencia extensa de 30 días ya que se dificulta la selección del personal de reemplazo, su capacitación e integración a la organización.

No se me escapa que el traspaso del actual régimen de financiamiento patronal directo -tan sencillo como primitivo- plantearía varios problemas técnicos, tales como el establecimiento de las cuotas de contribución, el procedimiento de pago y/o recupero por el pagador (si se optase por mantener el deber de pago en el empleador con una compensación por parte

del subsistema), etc. pero especialmente complejo es el tema del control médico actualmente a cargo del propio empleador y que, de no ser cuidadosamente reemplazado, podría resultar permisivo a maniobras fraudulentas o, cuanto menos, a una excesiva lasitud por parte de los empleadores.

Respecto de este último punto, cabe memorar que durante el debate parlamentario de lo que se sancionaría como ley 11.729 al Miembro Informante del proyecto, diputado Ruggieri se le señaló el peligro de que pudieran ser simuladas enfermedades y respondió que “no puede haber simulación de accidentes o enfermedad, porque los empleadores siempre tendrán el derecho de controlar su existencia real” (15).

Considero que no es esta la ocasión para explayarme sobre posibles técnicas para normar la cobertura de esta tipología de contingencias sociales, pero no quiero dejar de señalar la importancia de ese riesgo ya avizorado durante la discusión del proyecto de ley y decir que, en efecto, la técnica que se adopte en su hora debería mantener esa función de vigilancia en cabeza del empleador o de algún ente de control estatal o privado.

Otra pauta técnica que, a mi modo de ver, resulta importantísima para el logro de un buen funcionamiento de tal subsistema de Seguridad Social consiste en poner su administración en manos de los interesados, es decir trabajadores y empleadores.

Como fuere, esa tarea técnica es factible y hay experiencias locales¹⁶ y en el derecho comparado latinoamericano.

En definitiva, la propuesta que estoy formulando está en línea con lo previsto por Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre normas mínimas en materia de Seguridad Social (17), cuyo art. 2 indica que todo Miembro de la OIT para el cual esté en vigor este Convenio deberá aplicar su parte I (Disposiciones generales); por lo menos 3 de las partes II (Asistencia médica), III (Prestaciones monetarias de enfermedad), IV (Prestaciones de desempleo), V (Prestaciones de Vejez), VI (Prestaciones en caso de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional), VII (Pres-

¹⁵ Ver Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación del 13/09/1932, pág. 800.

¹⁶ Vr. Gratia: ley 24.714 de Asignaciones Familiares.

¹⁷ Dicho Convenio 102, que data de 1952, recién fue ratificado por nuestro país el 12 de mayo de 2011 por ley 26.678, norma legal sancionada por el Parlamento el 13 de abril y promulgada de hecho el 10 de mayo de 2011. Sin embargo, recién en julio de 2016 Argentina entregó el instrumento de ratificación respectivo.

taciones familiares), VIII (Prestaciones de maternidad), IX (Prestaciones de invalidez) y X (Prestaciones de sobrevivientes), que comprendan, por lo menos, una de las partes IV, V, VI, IX y X; las disposiciones correspondientes de las partes XI (Cálculo de los pagos periódicos), XII (Igualdad de trato a los residentes no nacionales), y XIII (Disposiciones comunes); la parte XIV (Disposiciones diversas); y especificar en la ratificación cuáles son, de las partes II a X, aquellas respecto de las cuales acepta las obligaciones del Convenio.

Aunque añadiré como Anexo a este estudio el texto del Convenio 102 de OIT, creo interesante rescatar que el art. 71 apartado 3 del Convenio 102 establece que cada país miembro que lo ratifique “...deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión”.

Por su parte, el apartado 1º del mismo artículo dispone que “El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas”.

Y, en orden a lo que antes advertí sobre quienes deberían ser los administradores del aludido subsistema, el art. 72 apartado 1º del Convenio 102 prevé que “Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas”, añadiendo su apartado 2 que “El Miembro deberá asumir la responsabilidad general de la buena admi-

nistración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio”.

VI. Conclusión

Por lo hasta aquí dicho, considero que ya es hora de dejar atrás el primitivo método de tutela social adoptado en el Siglo XIX y regular esta forma de tutela social según las técnicas del Derecho de la Seguridad Social para cubrir las contingencias de incapacidad derivada de accidentes y de enfermedades sin relación alguna con el empleo.

Propicio, en tal sentido el traspaso de la responsabilidad social por las contingencias de incapacidad absoluta, permanente y temporaria, derivada de accidentes y de enfermedades no vinculadas al empleo y en las que no haya mediado culpabilidad del propio damnificado al ámbito de la Seguridad Social.

A tal fin sugiero la creación de un subsistema encargado de recaudar los recursos económicos para financiarlo¹⁸ que, como dije más arriba, sea administrado con participación igualitaria y activa de los interesados, es decir los trabajadores y los empleadores.

De darse este paso no resultaría extravagante comenzar a pensar en dar también cobertura a ese segmento de personas que trabajan por cuenta propia sin poseer la estructura organizativa ni la capacidad económica para enfrentar por sí solos el humano riesgo de este tipo de contingencia, como es el caso específico en nuestro país de los trabajadores monotributistas¹⁹.

Por otro lado, ello abriría el camino para, asimismo, proyectar la extensión de esta cobertura a esa categoría conceptual que nuestro derecho nacional aún no ha receptado, a diferencia de otros países como Alemania y España entre otros, que está compuesta por los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TAED), conformada por hombres y mujeres que trabajar en base a su capacidad psicofísica y están crucialmente expuestas a dejar de recibir sus ingresos al padecer esas contingencias.

¹⁸ Y me atrevo a anticipar que, en mi opinión, bien podría financiarse el subsistema con aportes de los propios trabajadores dependientes y contribuciones patronales, de una forma similar a la que prevé la ley 23.660 relativa al subsistema de Obras Sociales. No obstante, bien podría barajarse también la posibilidad de dar respuesta a tales contingencias mediante sistemas de seguro social.

¹⁹ Sobre todo, los que militan en las primeras categorías, por facturación y estructura organizativa, del monotributo.

Anexo

Texto del Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre normas mínimas en materia de seguridad social, 1952

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1952 en su trigésima quinta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la norma mínima de seguridad social, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y dos, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952:

Parte I. Disposiciones Generales

Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio:

- (a) el término prescrito significa determinado por la legislación nacional o en virtud de la misma;
- (b) el término residencia significa la residencia habitual en el territorio del Miembro, y el término residente designa la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro;
- (c) la expresión la cónyuge designa la cónyuge que está a cargo de su marido;
- (d) el término viuda designa la cónyuge que estaba a cargo de su marido en el momento de su fallecimiento;
- (e) el término hijo designa un hijo en la edad de asistencia obligatoria a la escuela o el que tiene menos de quince años, según pueda ser prescrito;
- (f) la expresión período de calificación significa un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquier combinación de los mismos, según pueda ser prescrito.

2. A los efectos de los artículos 10, 34 y 49, el término prestaciones significa sea prestaciones directas en forma de asistencia o prestaciones indirectas consistentes en un reembolso de los gastos hechos por la persona interesada.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual esté en vigor este Convenio deberá:

(a) aplicar:

- (i) la parte I;
- (ii) tres, por lo menos, de las partes II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, que comprendan, por lo menos, una de las partes IV, V, VI, IX y X;
- (iii) las disposiciones correspondientes de las partes XI, XII, y XIII;
- (iv) la parte XIV; y

(b) especificar en la ratificación cuáles son, de las partes II a X, aquellas respecto de las cuales acepta las obligaciones del Convenio.

Artículo 3

1. Todo Miembro cuya economía y cuyos recursos médicos estén insuficientemente desarrollados podrá acogerse, mediante una declaración anexa a su ratificación -- si las autoridades competentes lo desean, y durante todo el tiempo que lo consideren necesario --, a las excepciones temporales que figuran en los artículos siguientes: 9, d); 12, 2; 15, d); 18, 2; 21, c); 27, d); 33, b) ; 34, 3; 41, d); 48, c); 55, d), y 61, d).

2. Todo Miembro que haya formulado una declaración de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo deberá incluir, en la memoria anual sobre la aplicación del Convenio que habrá de presentar, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, una declaración con respecto a cada una de las excepciones a que se haya acogido, en la cual exponga:

- (a) las razones por las cuales continúa acogiéndose a dicha excepción; o
- (b) que renuncia, a partir de una fecha determinada, a acogerse a dicha excepción.

Artículo 4

1. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá notificar ulteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo que acepta las obligaciones del Convenio respecto de una o varias de las partes II a X que no hubiera especificado ya en su ratificación.

2. Las obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus efectos desde la fecha de su notificación.

Artículo 5

Cuando, a los efectos del cumplimiento de cualquiera de las partes II a X de este Convenio que hubieren sido mencionadas en su ratificación, un Miembro esté

obligado a proteger a categorías prescritas de personas que en total constituyan por lo menos un porcentaje determinado de asalariados o de residentes, dicho Miembro deberá cerciorarse de que el porcentaje correspondiente ha sido alcanzado, antes de comprometerse a cumplir dicha parte.

Artículo 6

A los efectos del cumplimiento de las partes II, III, IV, V, VIII (en lo que se relaciona con la asistencia médica), IX o X de este Convenio, todo Miembro podrá tener en cuenta la protección resultante de aquellos seguros que en virtud de la legislación nacional no sean obligatorios para las personas protegidas, cuando dichos seguros:

- (a) estén controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, de conformidad con normas prescritas;
- (b) cubran una parte apreciable de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino;
- (c) cumplan, juntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones correspondientes del Convenio.

Parte II. Asistencia Médica

Artículo 7

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 8

La contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

Artículo 9

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;
- (c) sea a categorías prescritas de residentes que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los residentes;

- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, así como a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías.

Artículo 10

1. Las prestaciones deberán comprender, por lo menos:

(a) en caso de estado mórbido:

- (i) la asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio;
- (ii) la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;
- (iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y
- (iv) la hospitalización, cuando fuere necesaria; y

(b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias;

- (i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y
- (ii) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

2. El beneficiario o su sostén de familia podrá ser obligado a participar en los gastos de asistencia médica recibida por él mismo en caso de estado mórbido; la participación del beneficiario o del sostén de familia deberá reglamentarse de manera tal que no entrañe un gravamen excesivo.

3. La asistencia médica prestada de conformidad con este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Los departamentos gubernamentales o las instituciones que concedan las prestaciones deberán estimular a las personas protegidas, por cuantos medios puedan ser considerados apropiados, para que utilicen los servicios generales de salud puestos a su disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas.

Artículo 11

Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos, o a los miembros de las familias cuyo sostén haya cumplido dicho período.

Artículo 12

1. Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, si bien, en caso de estado mórbido, la duración de las prestaciones podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso; ahora bien, las prestaciones no podrán suspenderse mientras continúe pagándose una prestación monetaria de enfermedad, y deberán adoptarse disposiciones que permitan la extensión del límite antes mencionado, cuando se trate de enfermedades determinadas por la legislación nacional para las que se reconozca la necesidad de una asistencia prolongada.

2. Cuando se formule una declaración en virtud del artículo 3, la duración de las prestaciones podrá limitarse a trece semanas en cada caso.

Parte III. Prestaciones Monetarias de Enfermedad

Artículo 13

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar la concesión de prestaciones monetarias de enfermedad a las personas protegidas, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 14

La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional.

Artículo 15

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
- (c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 67;
- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 16

1. Cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías

de la población económicamente activa, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66.

2. Cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 17

La prestación mencionada en el artículo 16 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos.

Artículo 18

1. La prestación mencionada en el artículo 16 deberá concederse durante todo el transcurso de la contingencia, a reserva de que su duración podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso de enfermedad, con la posibilidad de no pagarse la prestación por los tres primeros días de suspensión de ganancias.

2. Cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, la duración de la prestación podrá limitarse:

- (a) sea a un período tal que el número total de días por los cuales se conceda la prestación en el transcurso de un año no sea inferior a diez veces el promedio de personas protegidas durante dicho año;
- (b) o bien trece semanas por cada caso de enfermedad, con la posibilidad de no pagarse la prestación por los tres primeros días de suspensión de ganancias.

Parte IV. Prestaciones de Desempleo

Artículo 19

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 20

La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo.

Artículo 21

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
- (b) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 67;
- (c) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 22

1. Cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, dicha prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66.

2. Cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 23

La prestación mencionada en el artículo 22 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos.

Artículo 24

1. La prestación mencionada en el artículo 22 deberá concederse durante todo el transcurso de la contingencia, pero su duración podrá limitarse:

- (a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, a trece semanas en el transcurso de un período de doce meses;
- (b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, a veintiséis semanas en el transcurso de un período de doce meses.

2. Cuando la legislación nacional establezca que la duración de la prestación variará de conformidad con el período de cotización o de conformidad con las prestaciones recibidas anteriormente en el transcurso de un período prescrito, o con ambos factores a la vez, las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 se considerarán cumplidas si el promedio de duración de la prestación comprende, por lo menos, trece semanas en el transcurso de un período de doce meses.

3. La prestación podrá no ser pagada por un período de espera fijado en los siete primeros días en cada caso de suspensión de ganancias, contando como parte del mismo caso de suspensión de ganancias los días de desempleo antes y después de un empleo temporal que no exceda de una duración prescrita.

4. Cuando se trate de trabajadores de temporada, la duración de la prestación y el período de espera podrán adaptarse a las condiciones de empleo.

Parte V. Prestaciones de Vejez

Artículo 25

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 26

1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.

2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate.

3. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.

Artículo 27

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
- (c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;
- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración, en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo

menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 28

La prestación consistirá en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:

- (a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66;
- (b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 29

1. La prestación mencionada en el artículo 28 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:

- (a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia;
- (b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance una cifra prescrita.

2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

- (a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o
- (b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI,

pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado en el cuadro anexo a dicha parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas que hayan cumplido, de conformidad con reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional del porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación del porcentaje reducido sea superior a diez años de cotización o de empleo, pero inferior a treinta años de cotización o de empleo. Cuando dicho período de calificación sea superior a quince años se concederá una pensión reducida, de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

5. Cuando la concesión de la prestación mencionada en los párrafos 1, 3 o 4 del presente artículo esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, en las condiciones prescritas, a las personas protegidas que, por el solo hecho de la edad avanzada a que hubieren llegado cuando las disposiciones que permitan aplicar esta parte del Convenio se hayan puesto en vigor, no hayan podido cumplir las condiciones prescritas de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, a menos que, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1, 3 o 4 de este artículo, se conceda una prestación a tales personas a una edad más elevada que la normal.

Artículo 30

Las prestaciones mencionadas en los artículos 28 y 29 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

Parte VI. Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional

Artículo 31

Todo Miembro para el que esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 32

Las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional prescritos:

- (a) estado mórbido;
- (b) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional;

- (c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas; y
- (d) pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades.

Artículo 33

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, y, para las prestaciones a que da derecho la muerte del sostén de familia, también a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías; o
- (b) cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, y, para las prestaciones a que da derecho la muerte del sostén de familia, también a los cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías.

Artículo 34

1. Con respecto al estado mórbido, las prestaciones deberán comprender la asistencia médica, tal como se especifica en los párrafos 2 y 3 de este artículo.

2. La asistencia médica comprenderá:

- (a) la asistencia médica general y la ofrecida por especialistas, a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, comprendidas las visitas a domicilio;
- (b) la asistencia odontológica;
- (c) la asistencia por enfermeras, a domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica;
- (d) el mantenimiento en un hospital, centro de convalecencia, sanatorio u otra institución médica;
- (e) el suministro de material odontológico, farmacéutico, y cualquier otro material médico o quirúrgico, comprendidos los aparatos de prótesis y su conservación, así como los anteojos; y
- (f) la asistencia suministrada por miembros de otras profesiones reconocidas legalmente como conexas con la profesión médica, bajo la vigilancia de un médico o de un dentista.

3. Cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, la asistencia médica deberá comprender, por lo menos:

- (a) la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio;
- (b) la asistencia por especialistas, ofrecida en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;
- (c) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y
- (d) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

4. La asistencia médica prestada de conformidad con los párrafos precedentes tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

Artículo 35

1. Los departamentos gubernamentales o las instituciones que concedan la asistencia médica deberán cooperar, cuando fuere oportuno, con los servicios generales de reeducación profesional, a fin de readaptar para un trabajo apropiado a las personas de capacidad reducida.

2. La legislación nacional podrá autorizar a dichos departamentos o instituciones para que tomen medidas destinadas a la reeducación profesional de las personas de capacidad reducida.

Artículo 36

1. Con respecto a la incapacidad para trabajar o a la pérdida total de capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, a la disminución correspondiente de las facultades físicas o a la muerte del sostén de familia, la prestación deberá consistir en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66.

2. En caso de pérdida parcial de la capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, o en caso de una disminución correspondiente de las facultades físicas, la prestación, cuando deba ser pagada, consistirá en un pago periódico que represente una proporción conveniente de la prestación prevista en caso de pérdida total de la capacidad para ganar o de una disminución correspondiente de las facultades físicas.

3. Los pagos periódicos podrán sustituirse por un capital pagado de una sola vez:

- (a) cuando el grado de incapacidad sea mínimo; o

- (b) cuando se garantice a las autoridades competentes el empleo razonable de dicho capital.

Artículo 37

Las prestaciones mencionadas en los artículos 34 y 36 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que estuvieran empleadas como asalariados en el territorio del Miembro en el momento del accidente o en el momento en que se contrajo la enfermedad; y si se trata de pagos periódicos resultantes del fallecimiento del sostén de familia, a la viuda y a los hijos de aquél.

Artículo 38

Las prestaciones mencionadas en los artículos 34 y 36 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia; sin embargo, con respecto a la incapacidad para trabajar, la prestación podrá no pagarse por los tres primeros días en cada caso de suspensión de ganancias.

Parte VII. Prestaciones Familiares

Artículo 39

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 40

La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban.

Artículo 41

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
- (c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos;
- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 42

Las prestaciones deberán comprender:

- (a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito;
- (b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica;
- (c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en a) y b).

Artículo 43

Las prestaciones mencionadas en el artículo 42 deberán garantizarse, por lo menos, a las personas protegidas que hayan cumplido, durante un período prescrito, un período de calificación que podrá consistir en tres meses de cotización o de empleo, o en un año de residencia, según se prescriba.

Artículo 44

El valor total de las prestaciones concedidas, de conformidad con el artículo 42, a las personas protegidas, deberá ser tal que represente:

- (a) el 3 por ciento del salario de un trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino, determinado de conformidad con las disposiciones del artículo 66, multiplicado por el número total de hijos de todas las personas protegidas; o
- (b) el 1,5 por ciento del salario susodicho, multiplicado por el número total de hijos de todos los residentes.

Artículo 45

Cuando las prestaciones consistan en un pago periódico, deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

Parte VIII. Prestaciones de Maternidad

Artículo 46

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de maternidad, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 47

La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional.

Artículo 48

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, y, en lo que concierne a las prestaciones médicas de maternidad, también a los cónyuges de los hombres comprendidos en esas mismas categorías;
- (b) sea a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, y, en lo que concierne a las prestaciones médicas de maternidad, también a los cónyuges de los asalariados comprendidos en esas mismas categorías;
- (c) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, y en lo que concierne a las prestaciones médicas de maternidad, también a los cónyuges de los hombres comprendidos en esas mismas categorías.

Artículo 49

1. En lo que respecta al embarazo, al parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de maternidad deberán comprender la asistencia médica mencionada en los párrafos 2 y 3 de este artículo.

2. La asistencia médica deberá comprender, por lo menos:

- (a) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y
- (b) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

3. La asistencia médica mencionada en el párrafo 2 de este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Las instituciones o los departamentos gubernamentales que concedan las prestaciones médicas de maternidad deberán estimular a las mujeres protegidas, por cuantos medios puedan ser considerados apropiados, para que utilicen los servicios generales de salud puestos a su disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas.

Artículo 50

Con respecto a la suspensión de ganancias resultante del embarazo, del parto y de sus consecuencias, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de

conformidad con las disposiciones del artículo 65 o las del artículo 66. El monto del pago periódico podrá variar en el transcurso de la contingencia, a condición de que el monto medio esté de conformidad con las disposiciones susodichas.

Artículo 51

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos, a las mujeres pertenecientes a las categorías protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos; las prestaciones mencionadas en el artículo 49 deberán también garantizarse a las cónyuges de los trabajadores de las categorías protegidas, cuando éstos hayan cumplido el período de calificación previsto.

Artículo 52

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia; sin embargo, los pagos periódicos podrán limitarse a doce semanas, a menos que la legislación nacional imponga o autorice un período más largo de abstención del trabajo, en cuyo caso los pagos no podrán limitarse a un período de menor duración.

Parte IX. Prestaciones de Invalidez

Artículo 53

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 54

La contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad.

Artículo 55

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
- (b) sea a categorías prescritas de la población activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
- (c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no exce-

dan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 56

La prestación deberá consistir en un pago periódico calculado en la forma siguiente:

- (a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66;
- (b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de un límite prescrito, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 57

1. La prestación mencionada en el artículo 56 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:

- (a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia; o
- (b) cuando en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de tres años de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, en el transcurso del período activo de su vida, el promedio anual prescrito de cotizaciones.

2. Cuando la concesión de las prestaciones mencionadas en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

- (a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización de empleo; o
- (b) cuando en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de tres años de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado en el transcurso del período activo de su vida la mitad del promedio anual prescrito de cotizaciones a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado en el cuadro anexo a esta parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido, de conformidad con reglas prescritas, cinco años de cotización, empleo o residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional en el porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación de porcentaje reducido sea superior a cinco años de cotización o de empleo, pero inferior a quince años de cotización o de empleo. Deberá concederse una prestación reducida de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

Artículo 58

Las prestaciones previstas en los artículos 56 y 57 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia o hasta que sean sustituidas por una prestación de vejez.

Parte X. Prestaciones de Sobrevivientes

Artículo 59

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 60

1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades.

2. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.

Artículo 61

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

- (b) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia a que pertenezca a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
- (c) sea, cuando sean residentes, a todas las viudas y a todos los hijos que hayan perdido su sostén de familia y cuyos recursos durante la contingencia cubierta no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;
- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 62

La prestación deberá consistir en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:

- (a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66; o
- (b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 63

1. La prestación mencionada en el artículo 62 deberá garantizarse en la contingencia cubierta, por lo menos:

- (a) a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en quince años de cotización o de empleo o en diez años de residencia; o
- (b) cuando en principio las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido un período de tres años de cotización, a condición de que se haya pagado en nombre de este sostén de familia, en el transcurso del período activo de su vida, el promedio anual prescrito de cotizaciones.

2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

- (a) a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización o de empleo; o

(b) cuando en principio las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido un período de tres años de cotización, a condición de que se haya pagado en nombre de ese sostén de familia, en el transcurso del período activo de su vida, la mitad del promedio anual prescrito de cotizaciones a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al que se indica en el cuadro anexo a esa parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas cuyo sostén de familia haya cumplido, de conformidad con las reglas prescritas cinco años de cotización, empleo o residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional en el porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación de porcentaje reducido sea inferior a cinco años de cotización o de empleo, pero inferior a quince años de cotización o de empleo. Deberá concederse una prestación reducida de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

5. Para que una viuda sin hijos, a la que presuma incapaz de subvenir a sus propias necesidades, tenga derecho a una prestación de sobreviviente, podrá prescribirse una duración mínima del matrimonio.

Artículo 64

Las prestaciones mencionadas en los artículos 62 y 63 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

Parte XI. Cálculo de los Pagos Periódicos

Artículo 65

1. Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique este artículo, la cuantía de la prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que, para el beneficiario tipo a que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia en cuestión, al porcentaje indicado en dicho cuadro, en relación con el total de las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. Las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia se calcularán de conformidad con reglas prescritas, y, cuando las personas protegidas o su sostén de familia estén repartidos en categorías según sus ganancias, las ganancias

anteriores podrán calcularse de conformidad con las ganancias básicas de las categorías a que hayan pertenecido.

3. Podrá prescribirse un máximo para el monto de la prestación o para las ganancias que se tengan en cuenta en el cálculo de la prestación, a reserva de que este máximo se fije de suerte que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo queden satisfechas cuando las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia sean inferiores o iguales al salario de un trabajador calificado de sexo masculino.

4. Las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia, el salario del trabajador calificado de sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares se calcularán sobre el mismo tiempo básico.

5. Para los demás beneficiarios, la prestación será fijada de tal manera que esté en relación razonable con la del beneficiario tipo.

6. Para la aplicación del presente artículo se considerará como trabajador calificado del sexo masculino:

- (a) sea un ajustador o un tornero en una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas;
- (b) sea un trabajador ordinario calificado definido de conformidad con las disposiciones del párrafo siguiente;
- (c) sea una persona cuyas ganancias sean iguales o superiores a las ganancias del 75 por ciento de todas las personas protegidas, determinándose estas ganancias sobre base anual o sobre la base de un período más corto, según se prescriba;
- (d) o bien una persona cuyas ganancias sean iguales al 125 por ciento del promedio de las ganancias de todas las personas protegidas.

7. Se considerará como trabajador ordinario calificado, a los efectos del apartado b) del párrafo precedente, al trabajador de la categoría que ocupe el mayor número de personas protegidas de sexo masculino para la contingencia considerada, o de sostenes de familia de personas protegidas, en el grupo que ocupe al mayor número de estas personas protegidas o de sus sostenes de familia; a este efecto, se utilizará la clasificación internacional tipo, por industrias, de todas las ramas de actividad económica, adoptada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su séptimo período de sesiones, el 27 de agosto de 1948, la cual se reproduce como anexo al presente Convenio, teniendo en cuenta toda modificación que pudiera haberse introducido.

8. Cuando las prestaciones varíen de una región a otra, el obrero calificado de sexo masculino podrá ser elegido dentro de cada una de las regiones, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 6 y 7 del presente artículo.

9. El salario del trabajador calificado de sexo masculino se determinará de acuerdo con el salario de un número normal de horas de trabajo fijado por contratos colectivos, por la legislación nacional o en virtud de ella, y, si fuera necesario, por la costumbre, incluyendo los subsidios de carestía de vida, si los hubiere; cuando los salarios así determinados difieran de una región a otra y no se aplique el párrafo 8 del presente artículo, deberá tomarse el promedio del salario.

10. Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Artículo 66

1. Con respecto a cualquier pago periódico al que el presente artículo se aplique, la cuantía de la prestación, incrementada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que para el beneficiario tipo, a que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia en cuestión, al porcentaje indicado en dicho cuadro del total del salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino, y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. El salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares serán calculados sobre el mismo tiempo básico.

3. Para los demás beneficiarios, la prestación se fijará de tal manera que esté en relación razonable con la del beneficiario tipo.

4. Para la aplicación del presente artículo se considerará como trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino:

- (a) un trabajador ordinario no calificado de una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas; o
- (b) un trabajador ordinario no calificado definido de conformidad con las disposiciones del párrafo siguiente.

5. El trabajador ordinario no calificado, a los efectos del apartado b) del párrafo precedente, será uno de la categoría que ocupe el mayor número de personas protegidas del sexo masculino para la contingencia considerada, o de sostenes de familia de personas protegidas, en la rama que ocupe el mayor número de personas protegidas o de sus sostenes de familia; a este efecto, se utilizará la clasifica-

ción internacional tipo, por industrias, de todas las ramas de actividad económica, adoptada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su 7a reunión, el 27 de agosto de 1948, y que se reproduce como anexo al presente Convenio, teniendo en cuenta cualquier modificación que pudiera haberse introducido.

6. Cuando las prestaciones varíen de una región a otra, el trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino podrá ser elegido, dentro de cada una de las regiones, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 4 y 5 del presente artículo.

7. El salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino se determinará de acuerdo con el salario por un número normal de horas de trabajo fijado por contratos colectivos, por la legislación nacional o en virtud de ella, y si fuera necesario, por la costumbre, incluyendo los subsidios de carestía de vida, si los hubiere; cuando los salarios así determinados difieran de una región a otra y no se aplique el párrafo 6 del presente artículo, deberá tomarse el promedio del salario.

8. Los montos de los pagos periódicos en curso atribuídos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados, a consecuencia de variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Artículo 67

Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique el presente artículo:

- (a) el monto de la prestación deberá determinarse de acuerdo con una escala prescrita o según una regla fijada por las autoridades públicas competentes, de conformidad con reglas prescritas;
- (b) el monto de la prestación no podrá reducirse sino en la medida en que los demás recursos de la familia del beneficiario excedan de sumas apreciables prescritas o fijadas por las autoridades competentes, de conformidad con reglas prescritas;
- (c) el total de la prestación y de los demás recursos de la familia, previa deducción de las sumas apreciables a que se refiere el apartado b) anterior, deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66;
- (d) las disposiciones del apartado c) se considerarán cumplidas si el monto total de las prestaciones pagadas, para la parte en cuestión, excede, por lo me-

nos, del 30 por ciento del monto total de las prestaciones que se obtendrían aplicando las disposiciones del artículo 66 y las disposiciones siguientes:

- (i) apartado b) del artículo 15, para la parte III;
- (ii) apartado b) del artículo 27, para la parte V;
- (iii) apartado b) del artículo 55, para la parte IX;
- (iv) apartado b) del artículo 61, para la parte X.

CUADRO ANEXO A LA PARTE XI.- Pagos periódicos al beneficiario tipo (omisis)...

Parte XII. Igualdad de Trato a los Residentes no Nacionales

Artículo 68

1. Los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro, en lo que respecta a las prestaciones o partes de prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos, y en lo que respecta a los regímenes transitorios.

2. En los sistemas de seguridad social contributivos cuya protección comprenda a los asalariados, las personas protegidas que sean nacionales de otro Miembro que haya aceptado las obligaciones de la parte correspondiente del Convenio deberán tener, respecto de dicha parte, los mismos derechos que los nacionales del Miembro interesado. Sin embargo, la aplicación de este párrafo podrá estar condicionada a la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral que prevea la reciprocidad.

Parte XIII. Disposiciones Comunes

Artículo 69

Una prestación a la cual tendría derecho una persona protegida, si se aplicara cualquiera de las partes III a X del presente Convenio, podrá ser suspendida, en la medida en que pueda ser prescrita:

- (a) tanto tiempo como el interesado no se encuentre en el territorio del Miembro;
- (b) tanto tiempo como el interesado esté mantenido con cargo a fondos públicos o a costa de una institución o de un servicio de seguridad social; sin

- embargo, si la prestación excede del costo de esa manutención, la diferencia deberá concederse a las personas que estén a cargo del beneficiario;
- (c) tanto tiempo como el interesado reciba otra prestación, en dinero, de seguridad social, con excepción de una prestación familiar, y durante todo período en el transcurso del cual esté indemnizado por la misma contingencia por un tercero, a condición de que la parte de la prestación suspendida no sobrepase la otra prestación o la indemnización procedente de un tercero;
 - (d) cuando el interesado haya intentado fraudulentamente obtener una prestación;
 - (e) cuando la contingencia haya sido provocada por un crimen o delito cometido por el interesado;
 - (f) cuando la contingencia haya sido provocada por una falta intencionada del interesado;
 - (g) en los casos apropiados, cuando el interesado no utilice los servicios médicos o los servicios de readaptación puestos a su disposición, o no observe las reglas prescritas para comprobar la existencia de la contingencia o la conducta de los beneficiarios de las prestaciones;
 - (h) en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, cuando el interesado deje de utilizar los servicios del empleo disponibles;
 - (i) en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, cuando el interesado haya perdido su empleo como consecuencia directa de una suspensión de trabajo debida a un conflicto profesional o haya abandonado su empleo voluntariamente sin motivo justificado; y
 - (j) en lo que se refiere a las prestaciones de sobrevivientes, tanto tiempo como la viuda viva en concubinato.

Artículo 70

1. Todo solicitante deberá tener derecho a apelar, en caso de que se le niegue la prestación o en caso de queja sobre su calidad o cantidad.

2. Cuando, al aplicar el presente Convenio, la administración de la asistencia médica esté confiada a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, el derecho de apelación previsto en el párrafo 1 del presente artículo podrá substituirse por el derecho a hacer examinar por la autoridad competente cualquier reclamación referente a la denegación de asistencia médica o a la calidad de la asistencia médica recibida.

3. Cuando las reclamaciones se lleven ante tribunales especialmente establecidos para tratar de los litigios sobre seguridad social y en ellos estén representadas las personas protegidas, podrá negarse el derecho de apelación.

Artículo 71

1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas.

2. El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de éstos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial.

3. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión.

Artículo 72

1. Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas.

2. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio.

Parte XIV. Disposiciones Diversas (omisión)...

Parte XV. Disposiciones Finales (omisión)...

EL ORDEN PÚBLICO LABORAL FRENTE A LA REALIDAD ECONÓMICA

POR CARLOS POSE

I. Introducción

El ser humano puede ser considerado un explorador metafísico dado que su capacidad intelectual le permite incursionar en las diferentes dimensiones del tiempo y del espacio e, incluso, más allá del velo de nuestra realidad, siendo que su avidez de conocimiento parece ser una de sus características esenciales.

Se ha señalado¹, en tal sentido, que el hombre es un animal metafísico pues, como ser biológico, aborda el mundo a través de sus órganos sensoriales pero su vida se despliega no solamente en el universo de las cosas, sino también en el universo de las ideas.

Por ello no puede extrañarnos que, siglos antes del nacimiento de Cristo, uno de los grandes pensadores del mundo occidental, pese a considerar a la esclavitud como una institución propia del derecho natural, vaticinase: “si un útil pudiese cumplir el mandato del artista y ejecutarse, si la lanzadera tejiese por sí sola, si el arco sacase espontáneamente sonidos de la citara, ni el arte necesitaría obreros, ni el amo esclavos”².

A lo largo de los eones históricos, Aristóteles fue estigmatizado por aceptar y considerar coherente con el orden natural el trabajo esclavo y, sin embargo, nuestro filósofo no era un energúmeno. El estudio de su vida nos permite aseverar que era un analista, un espíritu conciliador, un estudiante de la cultura griega que, contrariando a su maestro, desechó la posibilidad de forjar un mundo que respondiese a una concepción estrictamente idea-

¹ Supiot, Alain, “Homo juridicus”, p. 9, ed. Siglo XXI, 2007.

² Aristóteles, La política”, p. 16, ed. Centro Editor de Cultura.

lista donde la realidad estuviera oculta por la bruma de la imperfección de los sentidos.

Del Vecchio³, al analizar el tema que nos ocupa, afirma que Aristóteles observa el fenómeno de la esclavitud y trata también de justificarla⁴ pero, en aquella época, la esclavitud era mirada como una necesidad para el Estado porque la posibilidad que tenían los ciudadanos de participar en la vida pública y dedicarse a las letras y a las ciencias dependía, en parte, de su admisión⁵. Por ello el filósofo tuvo una profunda intuición de la función económica que la esclavitud tenía en su tiempo⁶.

En verdad, son conocidas las cosmovisiones diferentes que tuvieron Platón y Aristóteles en materia política y social donde se contraponen el idealismo absoluto del primero con el espíritu práctico del segundo: Aristóteles⁷ sólo conoce la forma unida a la materia y ello explica su aceptación sin cortapisas de la institución esclavista. En verdad, nuestro filósofo, con los pies bien sólidos sobre la tierra, contemplaba a través de sus sentidos el mundo griego y advertía que la forma de producción agrícola y artesanal se apoyaba en la esclavitud.

Ahora bien, al presente la lanzadera se mueve bajo los impulsos de la energía mecánica y la esclavitud ha desaparecido, al menos como figura institucionalizada, del mundo occidental. No obstante el progreso ético del ser humano ha sido escaso⁸: subsisten formas larvadas e insidiosas de esclavitud tales como la reducción a la servidumbre, la trata de personas y la explotación sexual⁹.

³ Del Vecchio, Giorgio, "Filosofía del derecho", ps.16/7, ed. Bosch, 1974.

⁴ Según la mitología Zeus prohibió a Hércules matar a Euristeo que lo había convertido en su sirviente y le había encomendado los célebres doce trabajos por cuanto tal acto hubiera sido un mal ejemplo para otros esclavos liberados (ver Graves, Robert, "Dioses y héroes de la antigüedad", ps. 208/9).

⁵ Se ha señalado que tanto Platón como Aristóteles, resignados a la institución de la esclavitud. eran tercos trabajadores que practicaban una actividad –la educativa– que elegían y que pagaban con los réditos obtenidos de sus alumnos (Zorrilla, Rubén H, "Principios y leyes de la sociología", p. 283, ed. Emecé, 1.992).

⁶ En la Grecia clásica, enfatiza Pablo Rieznik, el trabajador era esclavo, no era hombre; el hombre no trabajaba" (ver Las formas del trabajo y la historia", p.15, ed. Biblos, 2007, Bs. Aires).

⁷ Eucken, Rudolf, Ch., "Los grandes pensadores", ps. 41, ed. Hyspamérica; Marías, Julián, "Historia de la filosofía", p. 67, ed. Revista de Occidente, Madrid, 1976.

⁸ La ética, precisa la doctrina, sólo habla a la conciencia y no todos los hombres son sensibles a su voz: la humanidad hace en todas las direcciones su camino y en la dirección de la ética su caminar es bastante lento (Carnelutti, Francisco, "Teoría General del Derecho", p. 52, ed. Olejnik, 2016).

⁹ Convención sobre la Esclavitud aprobada por la Sociedad de las Naciones el 25 de septiembre de 1.926

Estas figuras, a pesar del progreso técnico, están lejos de desaparecer y, por el contrario, parecen fortalecerse en un mundo en crisis.

Por otra parte, **para las escuelas de pensamiento marxista, el trabajo dependiente bajo el signo de una economía capitalista continua siendo una forma extremadamente penosa de esclavitud.** En tal sentido Federico Engels¹⁰ señaló: el esclavo es vendido de una vez y para siempre; en cambio el proletario tiene que venderse él mismo cada día y cada hora; todo esclavo, propiedad de un señor determinado, tiene asegurada su existencia por miserable que fuera por interés de éste; en cambio el proletario individual es, valga la expresión, propiedad de toda la clase burguesa: su trabajo no se compra más que cuando alguien lo necesita, por cuya razón no tiene la existencia asegurada... el esclavo puede tener una existencia mejor que el proletario”.

Es curioso confrontar el pensamiento de ambos filósofos: Aristóteles, testigo del hundimiento de Atenas, acepta la esclavitud como institución natural nacida de la realidad económica. Engels, que desconoce el mundo esclavista, parece hablar de él con cierta nostalgia, se alza contra la realidad económica impuesta por la revolución industrial y afirma que la situación de los proletarios es más penosa que la de los esclavos, es decir de sujetos reducidos a la condición de cosa y carentes no sólo de libertad sino de todos los derechos que preservan la dignidad humana¹¹.

En realidad ambos pensadores se encontraban inmersos en diferentes culturas y distintas realidades históricas: Aristóteles, contempla un mundo agrícola y comercial, donde el trabajo es artesanal y la economía de subsistencia, en el que existe escasa posibilidad de acumulación de riqueza y la suntuosidad está reservada a los monarcas. Engels, por su parte, defiende una visión nostálgica de la esclavitud antigua porque detecta los horrores del sistema de explotación capitalista, acuñado bajo lo que se denomina “ley de hierro de los salarios”.

Según la referida ley, los salarios son determinados por el coste de los medios de producción que se requieren para el mantenimiento de la fuerza laboral: el trabajador no puede obtener más de lo que fisiológicamente

¹⁰ Engels, Federico, “Principios del comunismo”, p.4, Libro dot. com.

¹¹ La esclavitud ha sido definida como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o de alguno de ellos (art. 1º, párrafo 1º de la Convención sobre la Esclavitud, 25/9/1926, Sociedad de las Naciones).

necesita para preservar su capacidad para trabajar y para permitirle criar el número de hijos que se necesita para reemplazarlo cuando muera. Si los salarios, por vía de hipótesis, se incrementan por encima de este nivel, los trabajadores tendrán más prole y la competencia entre estos nuevos obreros reducirá de nuevo los salarios hasta el nivel que los teóricos consideran natural. Si, por otro lado, los salarios caen por debajo de este nivel natural, los trabajadores no serán capaces de alimentar a los vástagos necesarios para reemplazarlos: se producirá un desabastecimiento de trabajadores y la competencia entre los empresarios incrementará los salarios hasta su nivel natural.

Es por ello que para Engels y los pensadores marxistas, el destino de los trabajadores bajo el capitalismo resulta tenebroso: nunca podrán mejorar su existencia por encima del nivel de subsistencia; ninguna reforma, ninguna ley de salario mínimo, ninguna presión de los sindicatos podría ser efectiva en contra de la ley de hierro de los salarios. Bajo el capitalismo, los proletarios estarían por siempre condenados a permanecer al borde de la inanición: todas las ventajas derivadas de las mejoras tecnológicas en los métodos de producción irían a parar a las arcas de los capitalistas.

Por lo expuesto, en la cosmovisión de Engels, el trabajador asalariado está en peor condición que el esclavo.

II. La economía

La economía moderna es la ciencia que se ocupa de la administración de recursos escasos que son necesarios o deseados por el hombre para subsistir y que, por ende, deben ser distribuidos para su consumo entre los integrantes de la sociedad¹².

Por regla se considera que el objeto de su estudio no es otro que la riqueza, pero su finalidad sustancial es lograr el bienestar social¹³.

¹² Beker, Víctor A. y Mochón Morcillo, Francisco, "Economía. Elementos de micro y macroeconomía", p. 2, ed. Mc Graw-Hill Interamericana.

¹³ Marshall, Alfred, "Principios de economía", ps. 3/5, ed. Aguilar, 1948; Beker, Víctor A. y Mochón Morcillo, "Economía. Elementos de micro y macroeconomía", p. 3, ed. MacGraw-Hill Interamericana.

Desde el punto de vista institucional la economía es una ciencia social, no una ciencia exacta pero, al contrario de otras disciplinas sociales, se la considera una ciencia moderna cuyo nacimiento se vincula con la consolidación de los estados nacionales en el continente europeo durante el curso del siglo XVIII en cuyo seno surgió la preocupación política de asegurar la creación de fuentes de riqueza y su distribución equitativa en beneficio del cuerpo social.

En el mundo antiguo, Aristóteles distinguió de dos modos de enriquecimiento humano que consideró justos: a) uno natural, apoyado en la producción de bienes y servicios que acepta la colaboración de la mano de obra esclava y b) otro no natural que deriva de los beneficios que podían obtener los sujetos por las relaciones de comercio y/o el préstamo de dinero con intereses. A su vez, Jenofonte¹⁴ dedicó un libro a la materia que nos ocupa.

Pero los pensadores griegos estudiaron la economía doméstica en un mundo donde la familia era la principal fuente de producción de bienes y servicios bajo un esquema artesanal y de subsistencia: para el mundo antiguo lo ideal es una producción de bienes modesta, restringida, con escasa circulación de riqueza y carente de todo dinamismo, pues no resultaba éticamente aceptable que el ciudadano —es decir el miembro activo de la Ciudad Estado— sufriese distracciones políticas por razones económicas.

Similar situación se presenta en la Edad Media: la filosofía escolástica desarrolló **la teoría del justo precio para cada mercancía con el objetivo de poner fin al lucro no productivo**: tanto la riqueza como el comercio eran vistos con disfavor: una de las preocupaciones de las corporaciones —los gremios de artes y oficios urbanos— era que ninguno se empobreciera o enriqueciera mucho¹⁵, velándose por precios y salarios justos, y preocupándose por la buena calidad de los bienes y servicios ofrecidos. Nos encontramos ante un sistema productivo artesanal de carácter estático.

En el mundo moderno, la economía adquiere jerarquía y autonomía científica y surgen las primeras escuelas de la disciplina que intentan ex-

¹⁴ El conocido aforismo: “el ojo del amo engorda el ganado”, nos ha sido legado por dicho autor: habría sido la respuesta de un esclavo, especialista en cría caballar, a la pregunta de un rey interrogando sobre el mejor alimento para los equinos. Para Jenofonte la economía es el arte de administrar la propia hacienda.

¹⁵ Se ha señalado que, “para mantener el statu quo, había que bloquear la posibilidad de expansión de cada unidad —artesanal— de producción y, también, del conjunto de la profesión” (Castel, Robert, “La metamorfosis de la cuestión social”, 115, ed. Paidós, 1997).

plicar la creación y distribución de riqueza dentro de cada Estado y con referencia al cuerpo social: la mercantilista y la fisiócrata.

Para los mercantilistas, el comercio y la industria constituyen la principal fuente de riqueza y por ello prohijaron la existencia de estados proteccionistas que procuraban aumentar su poder a expensas de sus rivales. Por el contrario, los fisiócratas sostenían que la prosperidad y riqueza descansaban en la agricultura, fuente primaria de generación de riqueza y que el resto de los bienes económicos –comercio e industria– se generaban por transformación de sus excedentes en forma directa o indirecta.

A un filósofo escocés –Adam Smith– se debe el nacimiento de lo que se ha dado en calificar como la escuela clásica de la economía que, contraria de la teoría mercantilista, defiende la libertad de comercio, descrece de la intervención estatal y considera esencial el capital y la propiedad privada como factores de producción de riqueza la cual es regulada por la mano invisible del mercado. Según Smith, el aumento en los beneficios de los empresarios privados es la base del aumento y de la prosperidad colectiva y tal conclusión no es discordante con la idea de que el empresario actúe con fines egoístas, es decir lo haga con la intención de enriquecerse, porque en su cosmovisión el egoísmo se transforma en altruismo¹⁶; el capitalismo depende del vicio privado de la codicia material en beneficio público¹⁷.

Pero para que ello suceda es necesario que la riqueza obtenida se reinvierta en el mercado: **el dinero es fuente de riqueza sólo en la medida que circule.**

La citada escuela sirvió de pivote para el desarrollo de lo que se ha denominado sistema de producción capitalista siendo que, como contrapartida, las denominadas escuelas económicas marxistas, critican dicho sistema por ser alienante del hombre e institucionalizar un sistema esclavista de producción que sólo puede llevar al enfrentamiento de clases y a la denominada dictadura del proletariado que terminará por forjar un nuevo orden mundial donde no habrá clases sociales, ni gobernantes, ni gobernados pues **los hombres, liberados de todo sistema de explotación, crearan un sistema solidario de creación y distribución de bienes.**

¹⁶ Harari, Yuval Noah, “De animales a dioses”, p.343, ed. Debate.

¹⁷ Streeck, Wolfgang, ¿Cómo terminara el capitalismo?”, p. 15 ed. Traficantes de sueño, Madrid, 2027.

III. Características del sistema de producción actual

En el mundo actual el sistema de producción de bienes y servicios se caracteriza por ser industrial —es decir mecánico—, masivo y fruto de la acción de grandes entidades corporativas que necesitan un constante flujo de capitales para funcionar eficazmente y la colaboración constante de la fuerza humana de trabajo, con la peculiaridad esencial de que dicha **fuerza de trabajo no sólo debe producir sino, también, consumir** para mantener el dinamismo propio de este sistema productivo. En otras palabras, nos encontramos inmersos en una economía dinámica que tiende no sólo a crear bienes y servicios en forma masiva, sino a encontrar nuevas necesidades humanas que satisfacer: el hombre es considerado un consumidor insaciable cuyas necesidades existenciales se multiplican aun cuando se mejore su calidad de vida.

Se ha precisado¹⁸ que la gran transformación económica que los historiadores denominan revolución industrial tuvo sus orígenes en la fabricación de tejidos, fue en parte un milagro de fabricación en serie causado por una oleada de innovación tecnológica; la revolución industrial no se había iniciado en Gran Bretaña ni se habría extendido al resto de Occidente sin el desarrollo simultáneo de una sociedad de consumo dinámica caracterizada por una demanda casi infinita de ropa barata: la magia de la industrialización consistió en el hecho de que el trabajador era también y al mismo tiempo un consumidor: el esclavo del trabajo también iba de compras; el proletario más humilde tenía más de una camisa y aspiraba tener más que dos.

En definitiva, la producción masiva de bienes y servicios llevó a una sociedad de consumo y posiblemente al nacimiento de un nuevo tipo de ética, la propia del sujeto que entiende que el consumo incesante de bienes y servicios es positivo aunque resulte excesivo, disonante con etapas previas en que la frugalidad era mirada como una virtud.

Es por ello que algunos autores¹⁹, advierten que, desde el punto de vista objetivo, **no existen grandes diferencias entre el sistema de producción capitalista y socialista: en ambos sistemas la producción es masiva, realizada a través de entidades productivas que nuclea a personas sometidas a un fuerte esquema de subordinación jurídica y económica.**

¹⁸ Ferguson, Niall, “Civilización. Occidente y el resto”, ed. Digital Titivillus.

¹⁹ Toffler, Alvin, “La tercera ola”, ps. 81/8, ed. Plaza & Janes.

Para algunos pensadores, el poder no se encuentra en manos de los capitalistas, ni de los trabajadores, sino de burócratas especializados²⁰ en el dominio de las técnicas de producción y que obtienen apoyo sea del capital privado, sea del flujo económico del poder estatal. Partiendo de tal premisa, la situación de los asalariados inmersos en un mundo capitalista no sería diferenciable de los sujetos sometidos a un esquema socialista de producción donde el Estado es dueño de las fábricas: **ambos trabajan en el seno de empresas que producen bienes en forma masiva, perciben un rédito económico por la dación de su fuerza de trabajo y necesitan estar sometidos a un esquema de subordinación jurídica para subsistir pues no cuentan con capital o bienes propios para hacerlo ya que éstos están en manos de la burguesía o del Estado.**

IV. Economía y derecho del trabajo

Desde luego, no puede desconocerse la vinculación que existe entre la economía y el derecho y, puntualmente, entre economía y derecho del trabajo y, en este punto, curiosamente, están de acuerdo liberales y marxistas por cuanto tanto Adam Smith como Carlos Marx coincidieron en señalar que **el derecho es parte de la superestructura societaria, que es forjada sobre la base económica existente.**

El derecho, se ha dicho, no hace la realidad, es solamente un instrumento que sirve a una realidad material condicionada por otra realidad ideal, de las cuales nace y con las cuales caduca²¹.

El derecho del trabajo nace como una respuesta operativa al abuso a que es sometido, en el seno de la sociedad industrial capitalista, el trabajador dependiente: es un derecho intrínsecamente protectorio de la dignidad humana y de los sujetos colocados en una situación de inferioridad jurídica y social, de personas que son víctimas de abusos por la imperfección de un sistema productivo que favorece a los más poderosos.

²⁰ Se ha señalado: “la empresa moderna no está sujeta al mercado y los que mandan en ella tienen una autoridad que no depende de su participación en la propiedad” (Galbraith, John Kenneth, “El nuevo estado industrial”, p. 424, ed. Ariel, 1970), se ha llegado a la tecnocracia, esto es el gobierno de los técnicos (Cabanellas de Torres, Guillermo y Alcalá – Zamora y Castillo, Luis, “Tratado de Política Laboral y Social”, t. I, ps 104/5, ed. Heliasta, 1982.)

²¹ Soler, Sebastián, “Ley, historia y libertad”, p. 24, ed. Losada, 1943, Buenos Aires

Sobre tal base, son muchos los estudiosos que, inspirados en la doctrina alemana, advierten que **el derecho del trabajo es tributario del económico ya que, si bien busca consagrar todo lo que socialmente es deseable, no puede realizar más que lo económicamente posible**²²; afirman que la aspiración de proteger al trabajador y mejorar su situación no debe considerarse carente de límites pues, aunque el derecho del trabajo persigue su protección, como todo derecho está al servicio del interés de la colectividad que debe primar sobre el intereses propio de los individuos: por deseable que sea, desde el punto de vista social, una protección lo más intensa posible del trabajador y una mejora lo más amplia posible de su situación, todo ello tiene como límite la capacidad de resistencia de la economía: es de interés del propio trabajador la consideración de éstos límites, pues una economía que se hundiera por las cargas sociales no podría sustentar al trabajador²³ y señalan que el derecho del trabajo descansa sobre la realidad social y esa realidad, en los hechos, se presenta íntimamente relacionada con los recursos naturales sobre los que opera, a las fuerzas que controla, a los instrumentos de su control y a las instituciones sociales en cuyo seno se desenvuelve²⁴.

Es más, con cierto realismo sociológico se ha expresado²⁵ que **“una sociedad no puede ignorar el mercado, más que lo que la física puede ignorar la ley de gravedad”**.

Pero, como contrapartida, se ha dicho que, si bien es suicida ir contra el mercado, no se sigue que deba abandonarse a él ya que, en la práctica, el derecho del trabajo no se encuentra sometido a la economía y pretende influir directamente sobre aquélla siendo **su finalidad específica evitar que el trabajo sea una mercancía**.

Desde el punto de vista estrictamente racional parece difícil explicar dicha controversia si se considera le economía como un orden estático pero, como no lo es, la disonancia entre ambas disciplinas es explicable por múltiples razones, a saber:

²² De Ferrari, Francisco, “Derecho del trabajo”, t. I, p. 11, ed. Depalma, 1975; Sardegna, Miguel A. y Sardegna, Paula, “Emergencia laboral”, p. 11, ed. Lexis Nexis, 2002.

²³ Hueck, Alfred y Nipperdey, H. C., “Compendio de derecho del trabajo”, p. 46, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

²⁴ Alonso Olea, Manuel, “Derecho del trabajo”, p. 26, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1981.

²⁵ Castel, Robert, “La metamorfosis de la cuestión social”, p. 410, ed. Paidós.

a) **El carácter dinámico de la economía moderna:** el sistema industrial de producción de bienes y servicios, tanto en el mundo capitalista como en el socialista, descansa en su producción masiva: pueden existir estudios sobre el mercado relativos a los gustos de los consumidores y es cierto que las empresas merman su producción para evitar la acumulación de “stock”, pero nadie descrea en la necesidad de producir en forma masiva y estandarizada.

Ello presupone, como hemos apuntado previamente, que el trabajador no es un mero productor de bienes sino que, también, tiene una participación activa en el orden social y se transforma en un consumidor necesario de los productos fabricados, lo que explica el afán publicitario de convencernos de que necesitamos mayores bienes y servicios que los que consumimos en nuestra vida ordinaria. Se ha señalado²⁶, al respecto, que **el ideal de consumo en la sociedad capitalista no tiene otro horizonte que la multiplicación o la continua sustitución de objetos por otros cada vez mejores.**

En síntesis: el consumismo se ha convertido en un sistema de vida y afecta las relaciones sociales: de la economía de subsistencia se pasó a la economía del bienestar, no es suficiente estar; se requiere el bien-estar, y éste se modela con la publicidad, la cual acepta la máquina de producir y capitalizar más aún y más masivamente. Ha nacido el estímulo interminable de estar de bien en mejor. Esto ha llevado a la casi supresión masiva del ahorro y la virtud de la austeridad, el sujeto consumista está centrado en el deseo ilimitado de posesión y disfrute, en sí y en sus necesidades que le parecen impostergables. Dada la publicidad y el conocimiento público, el estilo de vida consumista ya no necesita justificación: se ha instalado para quedarse. Su idea de felicidad se va mimetizando con la idea de abundancia material, de éxito social, de reconocimiento por parte del entorno, por la ostentación como medio incluso de seducción y aumento de posesión, se vive al día, e incluso embargando el futuro mensual con la tarjeta de crédito²⁷.

Las normas jurídicas, al contrario de lo que pensaban los economistas clásicos, pueden influir sobre la producción²⁸, la distribución y consumo de

²⁶ Rojas, Enrique, “El hombre light”, p. 23, ed. Planeta, 2004.

²⁷ Daros, William R., “Tres enfoques sobre el pase de la modernidad a la postmodernidad”, p. 32, ed. Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2015, Rosario.

²⁸ El orden del mercado no es espontáneo –enfatisa un autor– para cuestionar el pensamiento de lo que denomina “liberalismo conservador” opuesta a toda noción de derecho social (Nino, Carlos, “Una

bienes y servicios y el derecho laboral puede, en consecuencia, ser una técnica legal para elevar el nivel económico, social y cultural del trabajador.

Debe hacerlo con prudencia, teniendo presente, lo riesgoso de una incidencia que no se adapte a la realidad institucional y estructural²⁹, los propios límites de la economía y cuidando de no producir mayores males que los que pretende evitar: este punto fue enfatizado por uno de nuestros doctrinarios clásicos pues Deveali³⁰ hace referencia al **principio de progresión racional del derecho del trabajo** explicando que las exigencias de los trabajadores son innumerables pero presentan un distinto grado de urgencia y algunas de ellas no pueden ser convenientemente satisfechas sino con posterioridad a otras.

Es prudente señalar que ciertos problemas sociales y económicos son inmunes a la acción de las normas laborales. Así, se ha señalado³¹, que el problema del empleo/desempleo es estructural y depende de lineamientos de políticas económicas globales, regionales y nacionales, y de ninguna manera de leyes y decretos laborales, que sólo agudizan la precarización de los trabajadores y crean más marginalidad. En verdad, inventos como el cinematógrafo o “internet” han hecho más para mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos –incluidos los trabajadores– que muchas normas laborales que sólo han logrado ponerlos al margen de la indigencia.

Un autor neoliberal³² argumenta que México tiene uno de los sistemas jurídicos y políticos de mayor contenido social en el mundo y su constitución otorga innumerables garantías y protecciones al ciudadano y, fundamentalmente, al trabajador pero que ello no impide que millones de mexicanos decidan arriesgar sus vidas para cruzar la frontera hacia Estados Unidos y trabajar, en condiciones riesgosas y sin protección alguna, con el objeto de obtener un rédito económico que no les garantiza su país de origen y si el sistema capitalista de producción.

Sus aseveraciones son ciertas pero olvida que muchas de las citadas corporaciones capitalistas han decidido radicarse en México porque ad-

teoría de la justicia para la democracia”, p. 228, ed. siglo XXI).

²⁹ Legislar para las grandes empresas sin tener en cuenta la existencia de pequeños o medianos empresarios ha sido una falencia estructural del derecho laboral nacional.

³⁰ Deveali, Mario, “Lineamientos del derecho del trabajo”, p. 125. ed. Tea

³¹ Ghersi, Carlos A., “Reforma laboral”, p. 142, ed. Universidad.

³² Rojas, Ricardo M., “Análisis económico e institucional del orden jurídico”, p. 179, ed. Abaco, 2004.

vierten que el costo de producción es menor que el que deben enfrentar en su Nación de origen. El citado fenómeno ha llevado a que, por ejemplo los habitantes de una mítica ciudad como Detroit –cuna de la industria automotriz estadounidense– enfrenten el desempleo y caigan en arranques de nacionalismo y xenofobia.

b) **El hombre vive en un universo simbólico:** el lenguaje, el mito, el arte y la religión constituyen partes de este universo, forman los diversos hilos que tejen la urdimbre complicada de la experiencia humana. Por ello, **es un sujeto³³ cuyos actos no responden estrictamente a su pensamiento racional o lógico.**

Por ende, pensar que su conducta social se adapte a las leyes económicas resulta utópico, máxime cuando ni siquiera podemos estar seguros que las leyes del mercado sean verdaderas leyes, esto es resulten inmutables y respondan, en consecuencia, a la acción efecto-origen propio de las ciencias exactas. La disciplina económica es, como el derecho, una disciplina social y adolece de todas las imperfecciones del ser humano porque es un producto cultural.

c) **El factor ideológico:** en el mundo de la filosofía del derecho puede hablarse de cuatro corrientes de pensamiento igualmente respetables y que se disputan su primacía, a saber: a) la compleja tradición cultural del derecho natural; b) las denominadas corrientes positivistas; c) las corrientes de pensamiento de orientación sociológica y realista y d) la nueva corriente moderna de pensamiento dedicada a la búsqueda de valores que ve al **derecho como un elemento innovador.**

Esta última corriente de pensamiento parece prevalecer en el mundo occidental siendo que, algunos autores, entienden que nos enfrentamos ante una revolución humanista³⁴ y consideran que **el hombre puede modificar sustancialmente la realidad económica mediante acciones positivas** entendiéndose, como corolario axiológico, que dicha modificación debe incidir sobre los derechos sociales que no deben estar a merced de los avatares de la economía³⁵.

³³ Cassirer, Ernst, “Antropología filosófica,” p 47, ed. Fondo de Cultura Económica, 1.963.

³⁴ Harare Yuval Noah, “Homo Deus. Breve historia del mañana”, p. 248, ed. Debate, 2016.

³⁵ Fayt, Carlos S., “Evolución de los derechos sociales. Del reconocimiento a la exigibilidad”, p. 3, ed. La Ley, 2007.

Bajo este esquema de pensamiento, se hace referencia a la presencia de un **Estado inteligente**³⁶ que cumpla con su deber para con la sociedad, es decir **“un estado que utilice los fondos para hacer realidad los derechos sociales, absteniéndose de usarlos en prácticas viciosa de clientelismo políticos y gastos suntuarios”**.

Pero, precisamente, algunos autores puntualizan que el Estado Argentino no se muestra inteligente en su accionar político. Así se ha señalado³⁷: el gobierno cobra contribuciones muy altas sobre la seguridad social porque las empresas no se pueden escapar. En algún momento los baja para favorecer el mercado laboral y los compensa fiscalmente con alguna otra cosa. Pero luego viene el gobierno que sigue, que evalúa tener un problema fiscal y que la forma más fácil de resolverlo es subir las contribuciones.

La cosmovisión a que hacemos referencia –esto es que es posible una evolución humanista de la sociedad– constituye parte de una ideología que no puede ser desconocida porque responde a la visión mítica del mundo que tenemos las personas.

En este orden cultural se parte de una premisa ideológica indiscutible: **tanto el derecho como la economía deben estar al servicio de la humanidad, no de Dios, ni del Imperio, ni del Estado, ni de una clase social, ni de un individuo aislado.**

d) **El fracaso de las doctrinas económicas**: en la práctica, las doctrinas liberales y socialistas han fracasado: el capitalismo –que es una visión económica del liberalismo– ha servido para incrementar la calidad de vida de las personas, pero como sistema económico se encuentra sometido a crisis cíclicas que, en ocasiones, surgen de la apetencia y avaricia de quienes tienen poder para influir sobre la economía. **La mano invisible de Adam Smith se transforma en el puño de hierro de las grandes corporaciones que manipulan el mercado** descartando las reglas éticas de un capitalismo productivo –es decir el destinado a crear bienes y servicios– y obediendo al embate de un capitalismo especulativo que busca una ganancia

³⁶ La noción de un estado inteligente supone una visión positiva del Estado, a contraposición de la concepción negativa tradicional que ha prevalecido en la historia del pensamiento occidental (ver Bobbio, Norberto, “Teoría general de la política”, p.137 y sgtes., ed. Trotta, 2009).

³⁷ Bour, Juan Luis y otros, “La flexibilidad en el mercado de trabajo”, p 95, ed. La Ley, 2006.

inmediata y rápida creando burbujas económicas³⁸ que, tarde o temprano, terminan por explotar.

En la película *Wall Street* del cineasta Oliver Stone, el actor Michael Douglas interpreta un personaje singular —el financista Gordon Gekko—, especulador de los mercados de capitales, quien se enriquece desguazando empresas sin preocuparse por el daño social que puede producir. La frase de Gekko: “la codicia es algo bueno” reproduce el típico pensamiento liberal —el egoísmo es algo bueno— pero lo singular de la película no es la historia que narra sino su vinculación innegable con la realidad puesta de manifiesto tras la quiebra de Lehtman Brothers, o el desfalco causado por el financista Bernardo Maddoff.

El colapso de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas en el año 1.989 demostró, a su vez, la ineficacia del aparato estatal como creador de riqueza, siendo que el poder efectivo estuvo en manos de una tecnocracia política que sólo se preocupó por sus intereses particulares, sin responder a las expectativas comunitarias. La implosión de la Unión Soviética y su transformación en lo que, algún agudo periodista³⁹, calificó como una cleptocracia⁴⁰ resultaba impensable para los teóricos marxistas y demuestra que no existen sistemas puros, ni inmaculados y que el hombre tiene capacidad para formar sus propios paraísos e infiernos con independencia de todo esquema político o económico.

Si el capitalismo tiene su película negra, el socialismo no se queda atrás: la producción “*Leviatán*”⁴¹ nos demuestra lo que puede suceder a un individuo honesto cuando el poder absoluto se encuentra en manos de una estructura política totalitaria que accede a las riendas del Estado

Sobre el tema en debate Freud⁴² apunta que: “los comunistas creen haber descubierto el camino hacia la redención del mal. Según ellos, el hom-

³⁸ “El comerciante —o el capital— no conoce más patria, ni más rey, ni más religión, que su interés”. La frase transcrita no pertenece a un marxista sino a uno de nuestros próceres: Manuel Belgrano (ver “El pensamiento de los hombres de mayo”, p. 38, ed. El Ateneo, 2009).

³⁹ Neilson, James, “El más malo del mundo”, *Revista Noticias*, 21/1/2017.

⁴⁰ El vocablo es utilizado para definir la explotación sistemática de las oportunidades de enriquecimiento personal que ofrece el Gobierno de un Estado, moderada por el amiguismo y exacerbada por el gansterismo: un ente político donde nadie es más peligroso que el funcionario honesto (Grondona, Mariano, “La corrupción”, p. 63, ed. Plantea, 1.993).

⁴¹ *Leviatán* es una película rusa nominada para los premios Oscar y que obtuvo el Globo de Oro a la mejor película de habla no inglesa del año 2.014: el protagonista lucha contra la injusticia que representa el embargo de su propiedad por el poder político de turno en un estado corrupto.

⁴² Freud, Sigmund, “El malestar de la cultura”, p. 26, ed. Libro dot. Com.

bre sería bueno de todo corazón pero la institución de la propiedad privada habría corrompido su naturaleza; es por ello que la posesión privada de bienes concede a unos el poderío, y con ello la tentación de abusar de los otros; los excluidos de la propiedad deben sublevarse hostilmente contra sus opresores. Si se aboliera la propiedad privada, si se hicieran comunes todos los bienes, dejando que todos participaran de su provecho, desaparecería la malquerencia y la hostilidad entre los seres humanos. Dado que todas las necesidades quedarían satisfechas, nadie tendría motivo de ver en el prójimo a un enemigo; todos se plegarían de buen grado a la necesidad del trabajo.

Para el fundador del psicoanálisis la doctrina marxista constituye una vana ilusión pues, según apunta, “es verdad que al abolir la propiedad privada se sustrae a la agresividad humana uno de sus instrumentos, sin duda uno muy fuerte, pero de ningún modo el más fuerte de todos: nada se habrá modificado con ello en las diferencias de poderío ni se habrá cambiado la esencia de la agresividad humana”.

El instinto agresivo del hombre, según Freud, no es una consecuencia de la propiedad, pues regía casi sin restricciones en épocas primitivas, cuando la propiedad aún era bien poca cosa. Si se eliminara el derecho personal a poseer bienes materiales, aún subsistirían los privilegios derivados de las relaciones sexuales, que necesariamente deben convertirse en fuente de la más intensa envidia y de la más violenta hostilidad entre los seres humanos, equiparados en todo lo restante. Si también se aboliera este privilegio, decretando la completa libertad de la vida sexual, suprimiendo, pues, la familia, célula germinal de la cultura, entonces, es verdad, sería imposible predecir qué nuevos caminos seguiría la evolución de ésta; pero cualesquiera que ellos fueren, podemos aceptar que las inagotables tendencias intrínsecas de la naturaleza humana tampoco dejarían de seguirlos.

V. El orden público laboral

Por regla, se entiende que **el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalez-**

can sobre los intereses particulares⁴³ y está constituido por el conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida⁴⁴.

Pero cada disciplina normativa reivindica para sí ciertos principios y reglas propias y particulares. Así suele hablarse de un orden público de naturaleza política, de uno económico, penal, civil, comercial, laboral e, incluso, procesal y, por ello, en una disciplina tan polémica⁴⁵ como el derecho del trabajo no es extraño que, **para algunos, el orden público laboral deba estar subordinado al económico y, que otros entiendan precisamente lo contrario, es decir el orden público no funcionaría solamente como un escudo tutelar contra las leyes del mercado sino que constituiría una espada o pica tendiente a la consagración de un ordenamiento más justo.**

El tema es analizado por Ramírez Bosco⁴⁶ quien argumenta que no hay más que un orden público porque sólo hay unas condiciones vigentes de equilibrio social para cada comunidad en cada momento y, de estas condiciones, tanto lo laboral como lo económico, son partes diferenciadas sólo intelectualmente con propósitos analíticos. Lo que ocurre, según el referido doctrinario, es que con bastante frecuencia, se invoca el orden público económico para poner límites o términos a las normas laborales pero sin explicar de qué modo se hace la relación. En tal sentido puntualiza: **“el orden público económico ha sido frecuentemente un instrumento de uso autoritario para poner límites a los derechos particulares en función de la opinión que, sobre la cuestión, tenga quien puede imponerla como un valor absoluto”**⁴⁷.

En rigor de verdad, existen vinculaciones y disonancias entre el orden público laboral y el orden económico y nos dedicaremos a estudiar algunas de ellas, y las consecuencias, algunas veces insólitas, que produce la acción humana:

⁴³ De la Fuente, Horacio H., “Orden público”, p. 23, ed. Astrea.

⁴⁴ Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, t. I, p. 158.

⁴⁵ El vocablo es utilizado por Mario de la Cueva en el prólogo a la primera edición de su obra: “El nuevo derecho mexicano del trabajo” destacando, a tal fin, que es un derecho polémico por su origen, por su esencia y sus fines.

⁴⁶ Ramírez Bosco, Luis, “Para una introducción al derecho del trabajo”, p. 63, ed. Universidad, 2000.

⁴⁷ En sentido coincidente se ha dicho que la figura del orden público económico no puede, ni debe ser un refugio donde escudarse para incumplir lo que la Constitución prescribe en el campo social (Bidart Campos, Germán, J. “Tratado Elementa de Derecho Constitucional Argentina”, t. I-B-, p. 16, ed. Ediar, 2001, Bs. Aires).

a) El art. 247 de la LCT

El artículo 247 de la LCT consagra el derecho del empleador a despedir al trabajador por razones económicas y/o de fuerza mayor que tornen inequitativo mantener la relación de trabajo mediante el pago de una reparación tarifada equivalente a la mitad de lo que se entiende debido por un despido injustificado.

La directiva parece racionalmente correcta e, incluso, coherente el criterio acuñado por la Corte Suprema para enfrentar situaciones de emergencia económica haciendo referencia al sacrificio o doctrina del esfuerzo compartido.

Sin embargo estamos ante una directiva que es vista con disfavor tanto por los doctrinarios⁴⁸ como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁹ y que, virtualmente, ha caído en desuetudo esto es, en palabras de Cueto Rúa⁵⁰, el destino al que están condenadas las normas que no se encuentran ligadas al mundo de la realidad social.

Pueden argumentarse, para justificar tal fenómeno, distintas razones, a saber. a) que la contracara de la directiva que nos ocupa —esto es derecho de los trabajadores a participar de las ganancias de las empresas— nunca ha tenido eficacia práctica en el mundo del trabajo y cuando, en alguna ocasión, se intentó institucionalizarlo la gestión fracasó, por lo que no resulta racional que los dependientes soporten los riesgos económicos del fracaso empresario; b) que, en la práctica y ante una situación económica negativa, los empresarios suelen desguazar la empresa invocando la directivas del art. 247 de la LCT para disminuir su responsabilidades patrimoniales frente a los subordinados pero sin la intención cierta de superar el escollo; c) que resulta indigno de los dueños del capital pretender hacer recaer sobre los dependientes los riesgos económicos propios de la actividad competitiva en que se han insertado con el ánimo de obtener un lucro que defienden y que se niegan a compartir: es decir que pretendan socializar los riesgos y no las ventajas económicas y d) que las normas legales vigentes favorecen

⁴⁸ Fernández Madrid", Juan Carlos, "Práctica Laboral Empresaria", t. II, p. 1079, Capón Filas, Rodolfo, "Derecho del trabajo", p. 753.

⁴⁹ El instituto del despido por falta o disminución de trabajo en los términos referidos por el art. 247 de la LCT, establece una excepción al principio de ajenidad del riesgo de la empresa, lo que justifica su proyección restrictiva en los litigios laborales (CSJN, 2/12/99, "Baña c/Asociación Mutual del Personal de YPF", DT 2000-A.835)

⁵⁰ Cueto Rúa, Julio, "Fuentes del derecho", p. 64, ed. Abeledo-Perrot, 1961.

las soluciones concursales a la que los empleadores acostumbran acudir por lo que sería irracional hacer que los más indefensos de sus potenciales acreedores soportasen ser escindidos de la empresa con un costo exiguo.

En rigor de verdad sólo algunas voces solitarias se han alzado para defender la razonabilidad de la directiva que nos ocupa expresando, por ejemplo, que lo primero y más elemental es determinar si la empresa tiene graves problemas de supervivencia o de rentabilidad pues no podemos impedirle que tome medidas adecuada para enfrentar tal situación aunque sea traumática⁵¹.

Pero el hecho que la citada directiva se constituyera en una regla estatal carente de aplicación práctica, revela que la norma no pudo asentarse armónicamente en el derecho del trabajo por violar los principios culturales y éticos que inspiran nuestro ordenamiento social e incluso el pensamiento liberal que admite que sólo los empresarios idóneos deben sobrevivir en un mercado competitivo

Desde un punto de vista deontológico se ha señalado⁵²: “la responsabilidad también se cuenta entre las virtudes necesarias de todo empresario, no puede sacrificar a los demás para ocultarse. La prudencia empresarial nos dice que el riesgo en las pérdidas y en las ganancias se compartirá mutuamente; no puede ser empresario el que tome la ganancia y deja las pérdidas a los demás. A ese tipo de empresario con habilidad para escamotear la ganancia y para escamotearse él mismo en el momento de la pérdida no podemos considerarlo como un verdadero empresario son como un estafador disfrazado de empresario. Otro tanto sucede con aquel que comercia con una botella de licor adulterado o falsificado: no podemos llamarlo empresario porque sencillamente es un estafador que camina por el mundo engañando a la gente”

b) El fracaso institucional de la ley 24.013

La sanción de la ley de empleo n° 24.013 tuvo varios objetivos institucionales, pero el más importante fue lograr la regularización de las relaciones clandestinas de trabajo por lo cual el legislador reglamentó minucio-

⁵¹ Fernández Humble, Juan Carlos y otro autores, “Flexibilidad en el mercado de trabajo”, p. 119, ed. La ley 2006.

⁵² Savater, Fernando, “Ética para la empresa”, p. 12 ed. Conecta.

samente una serie de severas sanciones pecuniarias. A varios lustros de su entrada en vigencia es indudable que la legislación sancionada no cumplió con la misión prevista ya que, en la práctica, sólo es invocada por los trabajadores cuando advierten que la relación laboral se encuentra a punto de extinguirse por causas que pueden o no serle reprochables y lo hacen con el objeto de potenciar sus derechos patrimoniales emergentes de la ruptura inminente de la relación de trabajo.

Cabe preguntarse ¿por qué esta norma de orden público sancionada con la mejor de las intenciones políticas fracasó tan manifiestamente?

Las respuestas a tales interrogantes pueden ser múltiples y variadas: algunos argumentan que el fenómeno se explica por el egoísmo natural del mal empresario que encuentra más conveniente permanecer en la clandestinidad porque sabe que el Estado es ineficiente en su misión de control y fiscalización⁵³; para otros el fenómeno se justifica por los elevados costos que deben soportar las pequeñas y medianas empresas nacionales que se ven jaqueadas por la recesión, la competencia corporativa y la importación masiva de productos que traspasan, legal o ilegalmente, las fronteras nacionales y que juegan a sobrevivir en un mercado competitivo y hostil.

Pero lo cierto es que la economía informal resulta más floreciente cuanto más altos son los costos económicos y más regulada se encuentra la economía formal. Por ende, una economía paralela creciente indica un deterioro en la confianza que tradicionalmente debe existir entre los ciudadanos y el Estado.

Por regla, en los ordenamientos jurídicos en los cuales crece la corrupción y los monopolios legales restringen la actividad económica, se forjan mercados clandestinos que no pueden ser combatidos eficazmente mediante prohibiciones y/o multas, sino cambiando las causas estructurales que los originan.

Se torna evidente que el objetivo institucional buscado al sancionar la ley citada no se ha cumplido, constituyendo una victoria pírrica del legislador laboral.

⁵³ La visión responde a la teoría de Oliver Wendell Holmes según la cual debemos mirar al derecho con la visión del mal hombre que busca beneficiarse con la legislación vigente y escapar a los efectos prácticos de aquella que lo perjudica (La senda del derecho", p.19, ed. Abeledo- Perrot).

c) La cobertura del trabajador dependiente frente a las contingencias laborales

Entre los objetivos institucionales prioritarios del Derecho Social figuró lograr una cobertura adecuada frente a los siniestros laborales. En el derecho argentino tuvimos el beneficio de gozar con una ley madre –9.688– que, durante numerosas décadas⁵⁴, logró su objetivo sustancial, sin perjuicio que sus imperfecciones se fueran corrigiendo mediante reformas legislativas impulsadas por vía pretoriana

En el año 1.991 se sancionó la ley 24.028 con el objeto de adecuar la legislación a una nueva realidad social pero, sin esperar sus efectos prácticos, el sistema fue derogado mediante una nueva legislación –Ley de Riesgos del Trabajo n° 24.557– que, en lugar de reparar, buscaba prevenir los siniestros laborales mediante la incorporación de prestadores de servicios médicos especializados –las ART– que otorgaban coberturas patrimoniales y sanitarias de carácter obligatorio.

La nueva legislación fue perfilada como un sistema destinado a favorecer la acción de las ART pero sin tomar en cuenta los intereses de los trabajadores, ni de las empresas titulares de relaciones laborales por lo que sus numerosas deficiencias –cercenamiento de las posibilidades de ejercitar acciones normativas, alteración del régimen de competencia tradicional, consagración de pagos mediante un sistema de renta cuando la minusvalía superase ciertos límites– fueron atacadas por inconstitucionales y, si bien en un primer momento, tales reproches fueron desestimados⁵⁵, finalmente la citada legislación fue pulverizada y atomizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁶.

Lo expuesto motivó la sanción de la ley 26.773 (B.O. 26/10/12) que, si bien destruye determinadas figuras receptadas por la ley 24.557 –el sistema de renta periódica–, avala otras como la necesidad de optar entre acciones patrimoniales excluyentes, resta vocación jurisdiccional a la Justicia Nacional del Trabajo y mantiene el campo de operatividad del sistema de cobertura administrativa en desmedro de la posibilidad de tutela judicial, con el único objetivo de preservar un sistema tarifado cerrado y evitar que los

⁵⁴ Desde 1.915 a 1.991.

⁵⁵ CSJN, 1/2/02, “Gorosito c/Riva SA”, Fallos 325:11.

⁵⁶ CSJN, 7/9/04, “Castillo c/Cerámica Alberdi”, Fallos 327:3610; 26/10/04, “Milone c/Asociart”, Fallos 327:4607; 21/9/04, “Aquino c/Cargo Servicios Industriales SA”, Fallos 327:3753

reclamos por accidentes de trabajo de carácter patrimonial integral causen el cierre masivo de pequeñas y medianas empresas.

Los efectos de dicha legislación fueron, en su esencia, positivos porque los trabajadores canalizaron reclamos patrimoniales de carácter tarifado contra las aseguradoras, pero éstas han puesto el grito en el cielo entendiéndose que no pueden solventar el sistema lo que motivó la sanción a la ley 27.348 que pretende disminuir costos empresariales pero cuya sanción ha despertado numerosas críticas.

Los giros y contragiros del Estado en la materia, adunados a la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial que privilegia un sistema de responsabilidad objetiva, no son los propios de un Estado inteligente capacitado para dar una solución integral a un tema tan delicado como el que nos ocupa, sino de un Estado que, por carecer de un plan político integral, dicta normas coyunturales de imprevisibles efectos prácticos.

d) Cobertura institucional frente al despido arbitrario

Horacio de la Fuente⁵⁷ es un doctrinario que tiene una visión progresista de la legislación laboral y sostiene que los jueces tienen la facultad de interpretar y aplicar las leyes pero, en virtud del principio de separación de poderes, de ningún modo pueden derogarlas o dejar de aplicarlas sólo porque no las consideran adecuadas o convenientes, en discrepancia con la valoración efectuada por el legislador dentro de las facultades constitucionales que le son propias.

Desde el punto de vista teórico la frase es inobjetable, pero desde el punto de vista práctico, esto es lo que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vizzotti c/Amsa SA” (14/9/04, Fallos 327:3677) al declarar la inconstitucionalidad del sistema resarcitorio impuesto por el art. 245 de la LCT cuando el tope previsto para la retribución básica mensual redujese en un porcentual superior al 33% a lo se entiende como una adecuada compensación por la extinción injustificada de la relación de trabajo.

⁵⁷ De la Fuente, Horacio, “Orden público, p. 44, ed. Astrea.

Ello explica que el pronunciamiento no haya contentado ni a tirios, ni a troyanos y, sin embargo, lo decidido responde a ciertos principios básicos de la disciplina laboral: a) nos encontramos ante una solución de carácter transaccional porque respeta el sistema de resarcimiento tarifado; b) fija un “quietus” en la materia para evitar similares controversias y c) la regla estatal se torna más equitativa en sus aspectos prácticos frente a cierta categoría de trabajadores –aquéllos que perciben los salarios más altos– consagrando una progresión racional de tutela económica frente al despido sin justa causa.

El orden económico y el orden público laboral se conjugan para una solución armónica tendiente a elevar el sistema de protección económica en un mercado laboral afectado por crisis endémicas y donde el trabajo se ha transformado en un bien escaso.

El pronunciamiento que nos ocupa ha sido calificado como un típico caso de sentencia constitucional manipulativa⁵⁸, esto es, un pronunciamiento que no se limita a declarar la inconstitucionalidad de una norma, sino que además manipula la regla estatal, asignándole una interpretación innovadora y distinta de la ortodoxa para salvar esa inconstitucionalidad

e) El art 132 bis de la LCT

El artículo 132 bis de la LCT es fruto de la sanción de la denominada Ley de Prevención de la Evasión Fiscal 25.345 (B.O. 17/11/00) y crea una punición patrimonial específica en perjuicio del empleador que retiene aportes del trabajador adeudados en materia previsional y sindical y no efectúa los depósitos correspondientes, es decir, retiene y usufructúa créditos ajenos violando las obligaciones que se le han impuesto como agente de retención

A tal fin, el legislador ha considerado prudente imponer al empleador una sanción conminatoria patrimonial si éste, al momento del cese laboral del subordinado, mantiene en su poder los fondos retenidos, total o parcialmente, sin efectuar el o los depósitos pertinentes. Dicha sanción es otorgada en beneficio del obrero: su pago será mensual y su monto resulta equivalente al salario abonado a favor del dependiente al momento de la extinción del vínculo, subsistiendo hasta que el dador de empleo acredite,

⁵⁸ Manili, Pablo L., “Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, p. 332, ed. Astrea, 2.017

cabalmente, haber efectuado el depósito de los aportes retenidos ilegítimamente.

La gravedad de la sanción impuesta y el carácter draconiano de la norma hacen dudar de su razonabilidad destacándose, entre otras falencias, que: a) evoca disposiciones ya derogadas como los salarios continuatorios del art. 3° de la ley 17.258 que suscitaron numerosos pleitos y que ha sido sustituida por directivas más racionales –ley 22.250–. que no contempla tal figura; b) hace que el trabajador intervenga en el cuestionamiento al desarrollo de una obligación que posee un deudor determinado y distinto que puede haber conceptualizado de una manera diferente la presunta actitud evasora del empleador e, incluso, no haber reaccionado ante ella; c) el régimen impone una sanción cuyo monto puede no guardar proporción con el incumplimiento detectado en su entidad y cuantía; d) la norma carece de toda flexibilidad y resulta rígida lo que puede conducir a decisiones disvaliosas y e) la directiva aumenta los costos patronales, no reduce la evasión e incrementa la litigiosidad sin traducirse en un mayor beneficio para el sistema⁵⁹.

Si se analiza objetivamente la norma se advierte que no condice con otras directivas más armoniosas –arts. 2° de la ley 25.323 y 16 de la ley 24013– que permiten a los jueces graduar las sanciones patrimoniales de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, lo que la torna irrazonable y de dudoso engarce institucional.

f) El art. 30 de la LCT

En el mundo capitalista, las empresas son organizaciones productivas de bienes y servicios que pueden actuar en el mercado como entidades centralizadas plenamente integradas –se preocupan que el proceso productivo de la empresa abarque todas las etapas: desde la fabricación del producto hasta la llegada al público consumidor– o descentralizadas –se dedican a un aspecto productivo específico, como ser la fabricación del producto, desatendiéndose de otros como ser su transporte o venta.

⁵⁹ Álvarez, Eduardo, “El art. 132 bis de la ley 20.744 y la atípica sanción conminatoria mensual”, en Número Extraordinario “Leyes 25.323, 25344 y 25345”, RDL 2001-27; íd. Ojeda, «Ley de contrato de trabajo», t. II, ps. 321/2.

Dicho fenómeno hizo que el legislador laboral, preocupado por la tutela del trabajador dependiente, impusiera responsabilidad patrimonial solidaria en cabeza de empresarios que o cedan o subcontraten actividades productivas normales, específicas y propias de su explotación o establecimiento.

Desde el punto de vista práctico corresponde aclarar: a) la directiva en cuestión tiene como objetivo tanto evitar la posibilidad de fraude laboral como impedir que la eventual insolvencia del empleador directo conlleve la extinción del crédito al incrementar el número de deudores; b) la inteligencia de la norma ha sido discutida por la jurisprudencia y la doctrina entre los que pretenden su aplicación lata que incluya los servicios accesorios en la medida que estén integrados permanentemente al establecimiento o los complementarios que le brinden ayuda a la consecución de sus fines⁶⁰ y los que prefieren una interpretación estricta⁶¹.

En su momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación defendió una interpretación estricta estipulando que situaciones derivadas de la práctica comercial generadas de contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricante o, en su caso, a los concedentes de una franquicia comercial, vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio por tal actividad no resultan situaciones que deban ser abarcadas en los términos del art. 30 de la LCT salvo que exista fraude laboral (CSJN, 15/4/93, “Rodríguez c/Compañía Embotelladora Argentina SA”, DT 1993-A-753) lo que dio lugar a múltiples reflexiones tanto en aval como en contra de la doctrina fijada⁶². Pero, al margen de estas discusiones, la doctrina referida fue discutida y puesta en jaque por los tribunales laborales⁶³.

Es posiblemente por ello que, al sesgo de una nueva época, la Corte Suprema resolvió dejarla sin efecto por entender que resulta impropio de su cometido jurisdiccional formular, en el marco de un recurso extraordinario, una interpretación de las normas de derecho común. Afirmó, al respecto,

⁶⁰ López, Justo y otros “Ley de contrato de trabajo comentada”, t. I, p. 258; García Martínez, “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, p. 312; CNTr. Sala VII, 19/4/05, “Pereyra c/Banquideclin SRL”, DT 2005-B-1470.

⁶¹ Meilij, Gustavo, “Ley de contrato de trabajo”, t. I, p. 76, ed. Depalma.

⁶² Podetti, Humberto A., “El art. 30 de la LCT, DT 1993-B-871; Vázquez Vialard, Antonio “La Corte Suprema precisa el sentido del art. 30 de la LCT”, TSS 1993-417; Souto, “Pautas de interpretación del art. 30 LCT fijadas por la CSJN y la realidad actual”, TSS 1998-36.

⁶³ CNTr. Sala VI, 4/3/04, “Andrada c/O Mari SA”, ED 3/8/04, n° 52.833, con crítica de Palacio, Lino, “La jurisprudencia de la Corte Suprema y el art. 30 de la LCT”.

que, si bien por el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia se autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia de derecho común, no implica ello que corresponda sustituirlos en el estudio de temas que le son privativos, ni que el recurso extraordinario se constituya en la vía para corregir fallos equivocados o que se reputen tales. En especial, enfatizó: “las cuestiones atinentes al derecho del trabajo no flexibilizan esta regla: si la Corte Suprema entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión en materia laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario” (sent. del 22/12/09, “Benítez c/Plataforma Cero SA”, Fallos 332:2815).

Pero, curiosamente y para demostrarnos que las controversias jurídicas son eternas, en un mismo día, en dos causas diferentes pero análogas, y con similares fundamentos la Corte Suprema realizó nuevas reflexiones sobre el art. 30 de la LCT negando que sus directivas puedan ser aplicadas contra el Estado Nacional o contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el caso “Monrrey, Elsa c/Infantes SRL” (17/9/13, Fallos 336:1468) se dejó sin efecto una sentencia que había condenado al Hospital Militar Central a responder solidariamente por las obligaciones laborales de una entidad privada que había sido contratada para brindar los servicios de neonatología del referido nosocomio. Ello pese a la discrepancia de la Procuración General de la Nación que evacuó dictamen tendiente a denegar la queja, la Corte resolvió descalificar el pronunciamiento de la Cámara por entenderlo violatorio de criterios previos en los que se había señalado que la responsabilidad solidaria que predica el art. 30 de la LCT sólo es inherente a sujetos abarcados por esta norma e incompatible con el régimen de derecho público⁶⁴.

A su vez, en el caso “Gómez c/Golden Chez SA” (sent. del 17/9/13), dejó sin efecto un pronunciamiento de la Cámara Laboral que había condenado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por haber subcontratado el servicio de alimentación y nutrición de las personas internadas en un noso-

⁶⁴ CSJN, 2/9/86 “Mónaco c/Cañogal” Fallos 308:1591; 9/2/89, “Váldez c/Andes Investigaciones, Fallos 312:146; 3/12/91, “Godoy c/Breke Argentina SRL”, Fallos 314:1679.

comio municipal para su cura. Peculiarmente, en este caso, la Procuración General emitió dictamen favorable a la recepción de la queja presentada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, invocando distintos precedentes de la Corte en los que se había decretado que la aplicación del artículo 30 de la LCT era incompatible con el régimen de derecho público al cual estaba sujeta la municipalidad. Es por ello que la Corte resolvió descalificar la decisión de la Cámara Laboral, pero no contentándose con una remisión a criterios previos, sino volviendo a desarrollar ampliamente su esquema doctrinario con un fin que casi pareciera didáctico, señaló: a) que la Cámara Laboral al dictar el pronunciamiento en pugna no habría valorado la gravitación administrativa del contrato de concesión suscripto por las codemandadas –es decir la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la entidad privada prestadora del servicio de comidas– para establecer si el art. 30 de la LCT tenía una proyección lata como la que nos ocupa y b) que el gobierno de la Ciudad Autónoma no podía ser considerado empleador en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo y, en consecuencia, no cabía reprocharle una responsabilidad inherente al campo de los sujetos privados.

Desde el punto de vista jurídico, lo decidido por la Corte Suprema parece ser irreprochable: el legislador social, al sancionar el art. 30 de la LCT no tuvo en cuenta al Estado como sujeto de derecho, sino sólo a las personas privadas siendo que, en principio, éstas son los encargados de crear fuentes de trabajo donde pueden insertarse los particulares a fin de obtener un rédito económico –salario– con el que puedan solventar sus necesidades propias y de su grupo familiar.

Desde el punto de vista sociológico, la cuestión es discutible: en la sociedad actual, el Estado se ha constituido en uno de los principales dadores de empleo y, por ende, también debería, al menos por razones éticas, compartir las obligaciones patrimoniales que le son impuestas a cualquier empleador cuando decide ceder o subcontratar tareas normales, específicas y propias del establecimiento productivo. En el caso “Monrrey”, el Estado Nacional había decidido subcontratar el servicio de neonatología de un hospital público, es decir un servicio que hace a la actividad normal y específica de toda institución que asume el compromiso de velar por la salud pública, por lo que la proyección de las previsiones del art. 30 de la LCT hubiera tenido una sólida base objetiva.

La situación objetiva difiere en el caso “Gómez”: la subcontratación fue de los servicios de alimentación para los pacientes internados, activi-

dad que no es específica de una entidad hospitalaria, aunque si accesoria y necesaria para su funcionamiento idóneo.

Desde el punto de vista axiológico, la situación resulta peculiar: el Estado que impone a los particulares obligaciones de carácter fiscal –la de exigir a los contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y a los organismos de seguridad social– se ve exonerado de toda responsabilidad patrimonial por su condición de sujeto del derecho administrativo a pesar que se encuentra en mejores condiciones que los particulares y es su obligación propia e indelegable velar por el cumplimiento de las normas laborales.

Pero el fallo más contrastante en la visión del Superior Tribunal sobre la figura que nos ocupa surge de la doctrina fijada en el caso “Gómez c/ Saden SA” (30/12/14, Fallos 337:1548) donde de desestimó la posibilidad de condenar solidariamente a una obra social por incumplimiento de obligaciones laborales de uno de sus prestadores de servicios. A tal fin se consideró la condena impuesta por la Cámara Laboral como dogmática señalando que **era obligación prioritaria de las obras sociales aplicar sus recursos económicos para garantizar la prestación de servicios de asistencia médica del mejor nivel de calidad posible y que dicho objetivo no podía ser puesto en jaque por decisiones judiciales arbitrarias atribuyendo responsabilidad solidaria por obligaciones legales ajenas** (cons. 6º), es decir aplicando una idea que revitaliza lo dicho en el caso “Rodríguez” .

g) El nuevo estatuto de personal de casas particulares

La reciente sanción del denominado Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares –ley 26.844– implica una modificación esencial en materia de regulación del fenómeno denominado, clásicamente, trabajo doméstico de importancia trascendental tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

Desde el punto de vista teórico porque el nuevo ordenamiento trasmite al ámbito doméstico similar tutela que la prohijada por la ley 20.744 con respecto a la generalidad de los trabajadores dependientes lo que implica la adopción de una postura ideológica que defiende el trato igual de todos los sujetos que, a cambio de su capacidad de trabajo, perciben una retribu-

ción en dinero enajenando su capacidad productiva –tiempo libre y fuerza de trabajo– en beneficio de un tercero bajo un esquema de subordinación jurídica. La postura ideológica asumida se trasluce, incluso, en la nueva denominación asignada al fenómeno de prestación, ya no se habla de trabajo doméstico sino de trabajo del personal de casas particulares como si la atribución de doméstico disminuyese la dignidad del trabajador/ra involucrado/a. Rodríguez Saiach⁶⁵ aclara que el vocablo no tiene contenido peyorativo ya que la palabra nace en los confines de la historia para designar al trabajador que desempeña sus tareas en el hogar: la expresión deriva del latín “domus”, es decir casa y, en su aspecto lingüístico, traduce la idea de todo lo que se relaciona con la casa o el hogar.

Desde el punto de vista histórico, en el mundo antiguo, los que prestaban servicios dentro de la casa u hogar del dueño o “dominus” no eran otros que los esclavos⁶⁶. Pero, desguazada la institución por el avance tanto ético como tecnológico de la humanidad, los domésticos no fueron otra cosa que hombres libres que, en muchas ocasiones, por costumbre o tradición, preferían tal tipo de labor frente al trabajo rural más penoso e insalubre. Ello implica que, en su momento y dentro de una sociedad estamentaria, el trabajo doméstico dotaba de cierta jerarquía al prestador –el servidor doméstico era el hombre de confianza del patricio– con respecto a los trabajadores rurales o siervos.

Se ha señalado que el servicio doméstico, en ciertos estadios del desarrollo histórico, tuvo una situación económica, y aun social, superior a los restantes trabajadores pues el desprecio que durante la Edad Media ahogó al trabajo manual, no alcanzaba a los servidores próximos a sus señores, respecto de los cuales el trabajo era considerado gran dignidad⁶⁷. En verdad, hasta el fin del feudalismo, la profesión fue calificada como actividad innoble a cargo de los siervos que vivían en análogas condiciones que los antiguos esclavos, alcanzando cierto prestigio en la Edad Moderna y volviendo a involucrar en el mundo contemporáneo⁶⁸.

⁶⁵ Rodríguez Saiach, Luis A, “Personal de casas particulares”, p. 32, ed. Gowa, 2013.

⁶⁶ De Ferrari, Francisco, “Derecho del trabajo”, t. II, p. 41; Cabanellas, Guillermo, “Tratado de Derecho Laboral”, t. II, volumen 4, p. 96, ed. Heliasta.

⁶⁷ Ver Barbagelatta, “Contrato de trabajo doméstico”, en DL t. XI, n° 65/6 p. 228, citado por Cabanellas “Tratado”, t. II, volumen 4, p. 99, ed. Heliasta.

⁶⁸ Un trabajador, sea hombre o mujer, preferirá trabajar duramente en un fábrica, a confesar que cumple tareas domésticas, aunque sean ellas bien remuneradas y en condiciones de trato, comida y techo por demás decorosas (conf., Ves Losada, Alfredo E, “Sociología del derecho”, p. 310, ed. Ábaco, 1975).

Pero lo curioso del nuevo estatuto es que, una de sus directivas –el art. 46 inc. f.– otorga derecho al trabajador al cobro de una reparación tarifada equivalente al 50% de la común por extinción injustificada la relación cuando la ruptura se originase en la muerte de la persona cuya asistencia o acompañamiento hubiera motivado la contratación.

La solución nos parece axiológicamente disvaliosa pues se impone, a simples particulares que no persiguen obtener un rédito económico, cargas patrimoniales que la legislación común no impone a los empresarios. La norma resulta más protectora que la legislación laboral común: una contratación como la que nos ocupa bajo el sistema de la Ley de Contrato de Trabajo merecería la calificación de contrato de trabajo eventual, es decir una figura que puede, en principio, extinguirse sin mayores responsabilidades indemnizatorias en la medida que cesen las causas objetivas que dan lugar al conchabo.

h) El plenario Baglieri

En el campo del derecho laboral el reproche de responsabilidad patrimonial solidaria es un medio técnico que busca preservar los derechos del trabajador frente a la potencial insolvencia empresaria, lo que explica la proliferación de directivas que la imponen incluso en caso de transferencia del establecimiento productivo (ver arts. 225, 227, 228 y 229 LCT).

Pero las directivas citadas, prima facie, no contemplaban la situación de tutela de un trabajador insatisfecho en sus derechos patrimoniales cuyo deudor vende el establecimiento; dicha laguna que era cubierta por las directivas del derecho comercial pues la ley 11.867 –todavía vigente– permite a todo acreedor formular una oposición formal a la transferencia exigiendo la retención del crédito.

Empero, en la década del noventa, se dictó un acuerdo plenario cuya doctrina consideró responsable al adquirente de un establecimiento por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transferencia (acuerdo n° 289, 8/9/97, “Baglieri c/Nemec SRL”, DT 1997-B-2013) que, como todo debate pretoriano, tuvo sus defensores y sus detractores.

En la práctica colocaba a los trabajadores en una situación privilegiada con respecto a los restantes acreedores de un fondo de comercio transferido

pero, como contrapartida, perjudicaba la fluidez de los negocios jurídicos porque colocaba al adquirente en la compleja situación de tener que enfrentar reclamos patrimoniales de acreedores que podían serle desconocidos. Lo llamativo del caso es que el citado plenario se ha convertido en letra muerta pues, al presente, la mayoría de los locales comerciales no se transfieren, quedan por lo general vacíos y, tras un prolongado período, son alquilados por un nuevo comerciante que, en muchas ocasiones, emprende una actividad productiva que nada tiene que ver con la antigua.

Es otras palabras la involución económica ha sido de tal magnitud que una directiva pretoriana dictada en tiempos de bonanza ha perdido anclaje jurídico por el cambio de circunstancias, lo que nos revela que, en muchas ocasiones, el derecho cede ante la fría y adversa realidad económica.

VI. Conclusión

El objetivo del presente trabajo no es defender una tesis sino invitar a reflexionar sobre el fenómeno laboral en un mundo cambiante y complejo postulando una progresión racional de las normas sociales con la debida y adecuada prudencia que permita incrementar el grado de bienestar de la clase trabajadora conciliando sus directivas con el fenómeno económico.

LA SENTENCIA DEFINITIVA —CON MANDATO PREVENTIVO— COMO GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL OPORTUNA

POR DIEGO J. TULA

I. La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación

Para los laboristas, hablar sobre la prevención de los riesgos en el trabajo¹ no es novedad. Existe una profusa legislación en esta materia. Así, por ejemplo, en el orden nacional y partiendo de la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 41, 43, entre otros) puede citarse la ley 19.587² de Higiene y Seguridad y su Decreto reglamentario 351/79; en el terreno de la regulación de la relación individual de trabajo los artículos 75³, 76, 176, 195⁴ y ccddes. de la L.C.T. y, desde ya, la ley 24.557⁵ con sus modificaciones introducidas por la ley 26.773⁶ y 27.348⁷ y sus respectivas reglamentaciones.

Como normas de alcance particular se encuentra el Decreto 911/96 (construcción), con las modificaciones del Dec. 1057/03); Dec. 617/97 (actividad agraria), con las modificaciones del Dec. 1057/03); Dec. 249/07

¹ Ackerman señala que las referencias que solían prevalecer: “prevención de los riesgos del trabajo, o riesgos laborales, o riesgos profesionales” son superadas por la más comprensiva de prevención de los daños a la salud provocados por las condiciones de trabajo (ACKERMAN, Mario E., Prevención de daños, RDL 2015-2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –I, p. 411).

² B.O. 21/04/1972.

³ Conf. ley 27.323 (B.O. 15/12/2016)

⁴ Conf. ley 26.390 (B.O. 25/06/2008).

⁵ B.O. 04/10/1995.

⁶ B.O. 26/10/2012.

⁷ B.O. 24/02/2017.

(actividad minera); Resolución n° 415/02 S.R.T. (sustancias y agentes cancerígenos), etc.⁸.

En el plano internacional, a partir de la reforma constitucional de 1994 se han incorporado en el ordenamiento jurídico argentino –como fuentes de derecho– un nutrido material jurídico constituido por Tratados, Convenios y Declaraciones, con variada jerarquía normativa (arts. 75, inc. 22 CN)⁹.

Por último, merece especial atención la Declaración Sociolaboral del Mercosur del 2015 en la cual los Estados Partes adoptaron principios y derechos específicos en el área de salud y seguridad en el trabajo (art. 25).

Con esta prieta síntesis normativa buscamos destacar que el deber de prevención en nuestro país reconoce categoría de reglamentación de normas constitucionales y supraleales, que expresan de manera categórica y extensa la garantía necesaria para que el trabajo se ejerza en un marco de seguridad y protección de la salud y la vida de la persona humana, ubicando la jerarquía de dicho deber en un ámbito de tutela de mayor envergadura ya que está ligado de manera directa a la salud y a la vida de las personas.

En la órbita del derecho civil hablar de prevención implica, necesariamente, referirse a las funciones de la responsabilidad. Quizás hoy exista un consenso generalizado en entender a la responsabilidad civil como la obligación de reparar un daño injustificadamente causado a otro¹⁰. Pero la

⁸ Además de las citadas normas existen Resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en materia de planificación de acciones sobre prevención: Res. 463/09 y 771/13), Resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, Resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, Resoluciones conjuntas de la S.R.T. y S.S.N., todas ellas referidas a aspectos específicos de la prevención en determinadas actividades (véase: FORMARO, Juan J., Riesgos del Trabajo, Hammurabi, 2013, p. 701).

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por ley 23.313); Convenio OIT n° 13 (pintura, año 1921); Convenio O.I.T. n° 45 (trabajo subterráneo de mujeres, año 1935); Convenio O.I.T. n° 115 (protección de las radiaciones, año 1960); Convenio O.I.T. n° 139 (cáncer profesional, año 1974); Convenio O.I.T. n° 155 (seguridad y salud de los trabajadores; año 1981)¹⁰; Convenio O.I.T. n° 184 (seguridad y salud en la agricultura, año 2001); Convenio O.I.T. n° 187 (seguridad y salud de los trabajadores, año 2006). A esto hay que añadir los textos de las Recomendaciones de la O.I.T. y de la Organización Mundial de la Salud, Declaración Sociolaboral del Mercosur, firmada en Brasil, el día 17 de julio de 2015. Los Estados Partes procedieron a la revisión de la Declaración Sociolaboral del Mercosur firmada el 10 de Diciembre de 1998.

¹⁰ Propongo una definición coloquial a los fines de amenizar la lectura. Se ha dicho que “En materia de obligaciones, la reparación civil consiste en una prestación que se impone al responsable de un daño injusto” (Alterini, Ameal, López Cabana); o también que “La responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado” (Bustamante Alsina).

aceptación de tal significación no fue armónica ni pacífica a lo largo de la historia, sino producto de una evolución, marcada por diferentes hitos¹¹.

A diferencia de lo que acontece en el Derecho del Trabajo, la inclusión de la faz preventiva de la responsabilidad en la legislación civil no estuvo

¹¹ En los primeros tiempos, antes de que exista el Derecho, ya se vislumbraba la reacción de los hombres frente al daño. No obstante, la misma era concebida más con la idea de venganza y, aún dentro de este concepto, lucía desproporcionada, irrazonable y arbitraria. El daño no era entendido como una cuestión individual, sino más bien del grupo. El vicio de este sistema generaba que por una violación, un secuestro o una muerte se exterminara a un pueblo entero. Más adelante esa respuesta al daño sufre un giro copernicano e ingresa en escena el primer hito: el Código de Hammurabi (año 2000 a.C.). Con la implementación de la Ley del Talión estableció el primer límite a esa reacción exorbitada, al restringirla a la causación de un daño equivalente al provocado. Se trataba de frenar una cadena de consecuencias, reconociéndole coto a la violencia desmesurada. Tiempo más tarde el hombre entendió que este sistema no era el mejor, fundamentalmente, porque ejecutar el mismo menoscabo al ofensor de nada le servía a la víctima. Se da así comienzo a la idea del perdón. La víctima comienza a perdonar al victimario y con ello, se empezó a entender que era necesario dar lugar a una indemnización por bienes equivalentes para resarcir el daño. En rigor de verdad, la función de la pena era establecer un adecuada venganza dineraria por la conducta que debió soportar y no específicamente para indemnizar a la víctima. He aquí el segundo hito de la historia, marcado por la Ley de las XII Tablas del Derecho Romano (siglo V a.C.), que permitió que el ofendido o recibiera una compensación o ejecutara la represalia, generando de esta forma la incipiente relación entre el deber de responder y la obligación de resarcir el daño. Como se dijo, se instaura la noción de que frente al daño causado por un tercero, el ofensor debía indemnizar económicamente a la víctima. En un primer momento, esta compensación era fruto de un acuerdo entre partes. Con el tiempo, el valor del resarcimiento lo comenzó a fijar la autoridad. La evolución se completa, en esta etapa, con la Lex Aquilia (siglo III a. C.), que da origen a la expresión actual “responsabilidad aquiliana”, como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Comienza a surgir la idea de la culpa en sentido amplio, como elemento del deber de resarcir. Con el devenir del tiempo los juristas decimonónicos lograron unificar la legislación romana mediante el sistema de codificación y, junto con ello, sembraron los cimientos de la dicotomía responsabilidad civilresponsabilidad penal. Con la sanción del Código Civil de Napoleón (año 1804) se asignó a la noción de culpa un papel protagónico dentro de los factores de atribución de responsabilidad. Estos principios fueron incorporados como fuente directa al sistema de responsabilidad dual que Vélez Sárfield consignó en el Código Civil Argentino (año 1871). Poco a poco fue creciendo la tendencia a la “objetivización” de la responsabilidad. Así ocurrió, por ejemplo, con la ley 9688 sobre Accidentes de Trabajo y el Código Aeronáutico para los daños causados a los terceros en la superficie (esta última norma, entonces vigente, ratificó la “Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 1963, donde se establecen claros supuestos de responsabilidad objetiva). Finalmente en el año 1968 se consagró normativamente la teoría del riesgo creado por el riesgo o por el vicio de las cosas y, junto a ella, la responsabilidad objetiva (Ley 17.711). La jurisprudencia se encargaría, tiempo después, de ampliar el concepto de “cosa” a las actividades (CSJN, caso “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, año 2007). La última evolución abarca actividades y casos especiales, tales como “responsabilidad por daños causados a los espectadores de un evento deportivo (ley 23.184); responsabilidad sobre residuos peligrosos (ley 24.051); responsabilidad por daño punitivo en el derecho del consumidor (ley 24.240); entre otras. En este tema, seguimos el trabajo de SIGNORINI, Javier E., Responsabilidad civil: la necesaria irrupción de la teoría del “Daño a la persona” en el derecho laboral, en RDL 2015-I, Actualidad, Rubinzal Culzoni.

exenta de críticas¹². Quienes ubican a la responsabilidad como la respuesta del ordenamiento jurídico frente a la causación de un daño, consideran que la misma actúa *ex post y*, por ende, la cuestión de la prevención le es ajena, quedando reservada como materia propia del Estado, servicio que cumplía primordialmente a través del llamado poder de policía¹³.

Más allá de la solidez académica de quienes participan (o participaban) de dicha opinión, consideramos que las características propias de nuestro tiempo, de nuestra sociedad de riesgos y daños masivos, hacen que la idea de la faz preventiva de la responsabilidad civil se instale como fin socio-lógico; esto es, lograr disuadir a la población de que ocasione un daño. La mejor forma de lograrlo es concientizar sobre la prevención y, desde ya, legislarla desde el derecho público y privado. En otras palabras, lograr la actuación *ex ante*.

El nuevo Código Civil y Comercial, al consagrar la función preventiva de la responsabilidad, corre el centro y objeto de protección (tradicionalmente enfocado en el patrimonio) para colocar a la persona, como fin en sí misma. La expresión utilizada por el filósofo Roland Barthes “*A fuerza de mirar, uno se olvida que puede ser también objeto de miradas*”, sintetiza el cambio de arquetipo en la legislación civil.

El hombre, históricamente, colocó el centro de las miradas en el patrimonio, olvidándose que él no es sólo sujeto sino también puede y deber ser objeto de derecho. El conjunto normativo tiene un nuevo eje, un nuevo enfoque, la persona humana. Como indica Arese, no se trata de un cambio de etiqueta o maquillaje, sino un cambio en la forma de pensar y concebir el derecho.

Ya no se busca tanto la ilicitud del acto, sino la consecuencia del hecho dañoso. No se indemnizan los daños injustamente causados (victimario),

¹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9° ed., Abeledo Perrot, 1997, p. 73; PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, T. I, La Ley, ps. 6 y 8; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, 5° ed. Actualizada por Patricio Raffo Benegas, t. III, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 450.

¹³ También se pensaba que solamente en las relaciones especiales (acreedor/deudor; empleador/trabajador; padre/hijo) se concebía el derecho a la prevención. La nueva legislación viene a decirnos que aun cuando el ciudadano común no tenga una relación especial con otra, o respecto de las cuales no ejerza una función de supervisión, debe velar por la seguridad del otro, en cuanto de ella dependa (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Revista Jurídica UCES.).

sino injustamente sufridos (víctima). La concepción tradicional de que la sociedad debe actuar como mera espectadora del daño y que solamente el derecho comienza a regir una vez ocasionado el perjuicio, está en franca retirada.

En el plexo normativo que abarcan los artículos 1710 a 1713 del CCCN el legislador da carta de ciudadanía no solo a la función preventiva de la responsabilidad (disposición de fondo), sino que también consagra la herramienta procesal para llevar a cabo o Instrumentar/canalizar el ejercicio de ese derecho a la prevención¹⁴. Además, en su intención de preservar y proteger la vida de las personas y, junto a ellas, la salud y su dignidad, también contempló otros casos: ejercicio abusivo de derecho (art. 10); afectación al ser humano (arts. 51, 52 y 1770); actividades peligrosas (art. 54); tutela preventiva ante grave amenaza de daño (art. 1032); publicación de anuncios rectificatorios (art. 1102); defensas de la posesión y de la tenencia (art. 2338), entre otros.

El citado art. 1710 del CCCN coloca en cabeza de todas las personas el “deber de prevenir el daño” y eludir la “causación de un daño no justificado”, imponiendo la obligación de “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”.

La regla axiológica que consagra el deber general de no dañar, derivada del principio romanista del “Alterum non laedere”, supone un deber general de abstención que pesa sobre todos los individuos, enderezado a que éstos respeten los derechos absolutos y relativos de todas las personas.

¹⁴ Los Fundamentos de la Comisión Reformadora dan cuenta de que la ley resuelve la controversia de las funciones de la responsabilidad civil, entendiendo que la regulación tripartita (preventiva, resarcitoria y punitiva) es la más compatible con los enunciados normativos. La reparación es la función prevalente tanto cuantitativa como cualitativamente, porque la existencia de mayor cantidad de casos revela que en los daños al patrimonio la reparación es el mecanismo fundamental para indemnizar los bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero. Empero, en la tutela de la persona humana, y por consiguiente en los derechos inherentes a ella, toma vigor la tarea preventiva que se presenta como más eficaz. Concluyen los Fundamentos que las funciones son paritarias y existe una diferencia de grado: según el bien protegido actuará una y otra, exclusiva o concurrentemente, en los casos en que la reparación acompañe a las medidas de prevención o a la sanción pecuniaria. Por ello en la apertura del Libro Tercero, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I “Responsabilidad Civil”, se inicia la Sección I “Disposiciones generales” con el art. 1708 que establece: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”.

Este principio rector también se condice con la finalidad preventiva de la responsabilidad civil, ya que constriñe a la sociedad a evitar la causación de daños¹⁵. Es decir, de este viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones necesarias y razonables que eviten el daño. No dañar supone, obviamente, reparar el daño causado, pero también “no causar daños”; es decir, evitar que se produzcan¹⁶.

La norma dispone de manera genérica que toda persona (física o jurídica) tiene el deber de prevenir un daño, aunque limitándolo a lo que de dicha persona dependa. Este deber de prevención alcanza, entonces, a aquellos que por su posición están en condiciones de evitar los daños. Los obligados a observarlo son justamente las personas de quienes depende la posibilidad de evitación del perjuicio, no siendo exigible, por tanto, a aquellas que no tienen a su alcance impedir la producción del daño.

Por ello somos de opinión que los alcances del art. 1710 deben interpretarse, necesariamente, a la luz de lo dispuesto por los artículos 9 (buena fe) y 1725 (valoración de la conducta). En otras palabras, para evaluar los alcances de la construcción gramatical “en cuanto de ella dependa”, deberá tenerse en cuenta que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Con la reforma del CCCN, el legislador no sólo consagró el derecho de prevención, sino que también legisló sobre la herramienta procesal necesaria para reconocer ese derecho: la acción preventiva.

Según el texto del art. 1711 CCCN, la acción procede cuando “una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...”

Conceptualmente, el término “antijurídico” es aquello contrario a derecho. Para determinar si un acto es antijurídico es indispensable la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la ley, que denota la

¹⁵ En los fallos de la CSJN también se vislumbra esta recepción favorable. No solamente en lo autos “Aquino” y “Torrillo” (en materia laboral), sino que –con estirpe civilista– los fallos “Ghunter” (Fallos, 308: 1118) y “Santa Coloma” (Fallos, 308:1160) reconocen que el *Alterum Non Laedere* tiene su raíz en el artículo 19 de la C.N.

¹⁶ Es más, se postula la vigencia del “derecho a la prevención”, que gozaría de amparo constitucional (Preámbulo, arts. 14 y ss, 28 y33). A lo que habría que agregar, luego de la reforma constitucional de 1994, los artículos 42 in fine y 43 de la C.N. (TEPSICH, Carlos Federico, La función preventiva de la responsabilidad civil y las tutelas anticipatorias, en PEYRANO, Jorge W. (Dir.), *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 403.

conducta contraria a derecho. No obstante, la nueva legislación dispone que: “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” (art. 1717). La definición de “ilícito” es más simple: contrario a la ley. Conforme lo expuesto, un acto lícito (que no sea contrario a la ley) puede ser antijurídico si causa un daño no justificado¹⁷.

La antijuridicidad de la acción u omisión está dada, justamente, por la violación del mentado deber de prevención. Así se expresa en los fundamentos del Anteproyecto. Pero en la acción preventiva no se debe esperar, para concluir que un acto es antijurídico, a que efectivamente se concrete el daño. La norma habla de previsibilidad. El elemento activante de esta tutela es la simple posibilidad de un ilícito futuro, la amenaza de violación, la cual lleva a prescindir de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza.

II. La resolución definitiva dictada en el marco de una acción preventiva del daño

Con anterioridad al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la forma de respuesta común del sistema normativo a la transgresión en materia de responsabilidad civil, requería de un daño producido a los fines de su reparación; un daño concretado. Ahora, en el marco de la pretensión judicial preventiva, la sentencia puede disponer medidas (obligaciones) para evitar la producción de un daño con la acreditación de una amenaza de daño o frente a un daño en curso, a los simples fines de detener el avance o aumento de sus consecuencias, en lugar de la respuesta tradicional que se dirigía a establecer quién debía pagar el daño ya acaecido¹⁸.

El actual art. 1713 del CCCN prescribe que la decisión de finalidad preventiva que admite la acción tutelar debe disponer, a pedido de parte o de oficio, y en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer, o no hacer, según corresponda.

¹⁷ PONCE BERTOMEU, Sebastián Andrés y BERGAMASCO, Trinidad, *La acción preventiva del Código Civil y Comercial Unificado y su aplicación en el Derecho del Trabajo*, RDL 2015-2, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –I, Rubinzal Culzoni. 20 GNECCO, Lorenzo P. “Acción preventiva de la responsabilidad civil en el derecho laboral”, *La Ley*, Buenos Aires, 2018, p. 564.

¹⁸ Gnecco, Lorenzo P., *Acción preventiva de la responsabilidad civil en el Derecho Laboral*, *La Ley*, Buenos Aires, 2018, p. 564.

El citado artículo evidencia las amplias facultades conferidas al juez, ya que a través de la sentencia puede hasta disponer de una obligación diferente a la peticionada, con el objetivo de obtener la prevención del daño y según la importancia del derecho que se quiera proteger.

El resultado que se obtenga se traducirá en un mandato que dispondrá la abstención de un comportamiento antijurídico potencialmente peligroso, o la realización de acciones que eliminen un riesgo injusto de lesión o de su continuidad o agravamiento (dar, hacer o no hacer). A su vez, el pronunciamiento podrá ser provisorio o definitivo.

El contenido de las obligaciones de dicha resolución probablemente estará circunscripto: i) a la pretensión deducida; ii) al marco delimitatorio de la vía procesal elegida, y iii) a los alcances de la ¿nueva? tipología de la sentencia preventiva “propiamente dicha”¹⁹.

Lo novedoso del postulado que proponemos radica en que el mandato preventivo que puede disponer una sentencia de mérito no se inscribe precisamente en el marco de una pretensión preventiva sustanciada en un proceso autónomo (art. 1711 CCCN), sino en el seno de una acción ordinaria donde el objeto mediato de la pretensión del actor consiste, principalmente, en una reparación dineraria por los daños causados.

Son dos, entonces, los alcances que vale la pena destacar y analizar: por un lado, la mixtura entre la naturaleza declarativa y constitutiva de la sentencia definitiva. La primera dada por el reconocimiento de la existencia de un hecho jurídico, es decir, un suceso que tiene relevancia jurídica –como consecuencia de la pretensión deducida–; a saber: los presupuestos que hacen viable la imputación de responsabilidad civil a la/s demandada/s. La segunda, vinculada a los efectos jurídicos que se derivan de ello, pero constituyendo una nueva relación jurídica, disponiendo obligaciones vinculadas al mandato preventivo.

El otro segmento novedoso radica en la posibilidad de actuar en forma oficiosa por parte del juez que dicte esa sentencia y su correlato con lo que denominaremos flexibilización de la congruencia.

¹⁹ En la pretensión preventiva, que sería aquella donde el daño no ocurrió y se busca evitar su concreción, las obligaciones pertinentes que correspondan integrarán una sentencia de condena, con carácter de definitiva, siguiendo la trilogía clásica: declarativas, constitutivas y de condena. Otros autores han entendido que configuraría una nueva tipología de sentencia, que debería adicionarse a las citadas.

III. La sentencia definitiva con mandato preventivo dictada en un proceso laboral como herramienta eficaz para anticipar la causación un daño cierto o probable o evitar su agravamiento

La función preventiva de la actividad jurisdiccional puede ser obtenida en tres tiempos diversos: i) antes del proceso: v.gr. por la vía incidental de las medidas cautelares anticipadas, solicitadas con el fin de lograr una tutela preventiva de carácter previsional; ii) a través del proceso: v.gr. por la vía principal de un proceso autónomo como el amparo o la propia acción prevista del art. 1711 del CCCN, enfocada en la obtención de una sentencia de carácter definitivo; y iii) al final del proceso, v.gr. por la vía de inclusión de un mandato preventivo adicional en la sentencia de un proceso ordinario, para prevenir situaciones de hecho perjudiciales que pudieran repetirse en el futuro entre las partes o con terceros²⁰.

Esta última previsión originó lo que la doctrina denomina “mandatos preventivos y periféricos”, que serían aquellas órdenes que se introducen colateralmente en un fallo, sin pedido de parte, como agregados de oficio al contenido de una sentencia definitiva, en virtud de los cuales, y frente a la toma de conocimiento de la existencia de una causa fuente generadora de riesgos, se dispone ampliar el dispositivo del fallo, incluyendo la imposición de medidas de seguridad para que el propio demandado (mandato preventivo) o incluso un tercero (mandato periférico) adopte las medidas necesarias para la remoción de dicha fuente de perjuicios, en aras de evitar una nueva generación de daños.

Ya antes de la sanción del nuevo CCCN existían condenas accesorias a una sentencia indemnizatoria de daños, ordenando la adopción de medidas de seguridad no peticionadas en la demanda, pero indispensables para erradicar la fuente de futuros accidentes, en resguardo del interés general²¹.

²⁰ SAFI, Leandro K., *Los principios preventivo y protectorio en el nuevo CCCN*, en BERIZONCE, Roberto O. (Dir.), “Aspectos procesales del CCCN”, *Los principios preventivo y protectorio en el nuevo CCCN*, Leandro K. SAFI, p. 154, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2017. Véase también DE LOS SANTOS, Mabel, “La sentencia anticipada”, en *Sentencia-II*, Revista de Derecho Procesal- 2008.1, Rubinzal Culzoni, p. 103.

²¹ SCBA, Ac. 60.094, “Almada”, s. 19.05.98: al indemnizar la muerte de una menor ahogada en una fosa artificial, dispuso la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, de oficio, cercarla con alambrados y carteles para evitar otros accidentes.

SCBA, Ac. 82.656, “Carrizo”, s. 30.03.05: al indemnizar una muerte en un paso a nivel provocada por la falta de barreras y señalamientos, mandó de oficio a colocar tales protecciones para evitar futuros accidentes.

Las exigencias de la vida jurídica actual determinan la necesidad de crear nuevas estructuras destinadas a la resolución urgente de conflictos o potenciales conflictos en forma definitiva, al margen de la tutela cautelar clásica.

El pronunciamiento definitivo impone un mandato de hacer o de no hacer: prestación jurisdiccional de naturaleza específica, destinada a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito o potencialmente dañoso, dictada en una sentencia condenatoria.

Mientras que la característica propia de los procesos anticipatorios de tutela radica en la nota de interinidad, ya que dicha tutela se encontrará sujeta a confirmación posterior (se tiende a satisfacer el goce del objeto mediato de la pretensión del actor que habrá de ser eventualmente consagrado por la sentencia definitiva), aquí, por el contrario, se trata de una sentencia definitiva de mérito que, entre sus efectos, surtirá los propios de una tutela preventiva aunque con alcances de cosa juzgada material.

Una cuestión interesante para analizar es el grado de certeza que debe tener el juzgador para imponer el mandato preventivo como parte integrativa de la sentencia definitiva. Nos explicamos: para la concesión de medidas cautelares usualmente se exige verosimilitud; para las medidas autosatisfactivas, fuerte probabilidad; para los despachos interinos anticipatorios, certeza suficiente; y, finalmente, para la sentencia de fondo, certeza definitiva²².

Como el mandato preventivo integra la sentencia definitiva, ¿se requiere en el Juzgador la existencia de una certeza definitiva para ordenarlo? ¿O resulta suficiente una alta probabilidad? Aquí bien podría hacerse una distinción. Sin duda alguna, para la parcela de la sentencia que refiere a la cuestión de fondo –vinculada con la imputación de responsabilidad y la cuantificación del daño–, se exigirá en el juez una certeza definitiva, propia de toda decisión que pone fin a la cuestión litigiosa. Por el contrario, para el mandato preventivo, no es necesario que se requiera tal grado de certeza, sino que bastará que cuente con una *certeza suficiente o fuerte probabilidad*.

SCBA, Ac. 98.260, “L.R.H.”, s. 12.07.06: al denegar una medida cautelar solicitada contra el demandado por la víctima de un accidente (había quedado cuadripléjica, con niños a cargo y en situación marginal), ordenó de oficio al Estado Provincial (tercero ajeno) a adoptar las acciones positivas para brindar amparo social a la familia.

²² CARBONE, Carlos A., “Los despachos interinos de fondo...”, en Sentencia Anticipada, Jorge W. PEYRANO, (Dir.), p. 133, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

Es dable recordar, en orden a esta cuestión, que la sentencia legislada en el art. 1713 del CCCN (dictada como consecuencia de una acción preventiva iniciada en los términos del art. 1711) también es definitiva, aunque se inscriba en el marco de un proceso autónomo diferente al ordinario o sumario. Y, en tal sentido, el art. 1711 del citado cuerpo normativo habla de previsibilidad del daño como presupuesto de hecho configurativo de la acción.

Desde ya que el magistrado que imponga en una sentencia definitiva, de oficio, un mandato preventivo, deberá contar con una prueba inequívoca de la atendibilidad de la resolución. En tal caso, el grado de cognición estará dado por la fuerte probabilidad de que el daño acontezca o se agrave.

En suma, la certeza suficiente como grado de conocimiento para dictar un mandato preventivo encuentra en la fuerte probabilidad su expresión certera; se da cuanto la razón de ser de la medida aparece clara, protuberante y convincente, certificada por los graves elementos aportados en la causa.

IV. Tutela judicial oportuna: actuación oficiosa de la jurisdicción. Flexibilización de la congruencia

El mandato preventivo que el Magistrado puede ordenar al momento de dictar sentencia definitiva, aun de oficio, encuentra su justificación en la evolución del formato de la sentencia.

El concepto tradicional de ese instituto (analizado por Kelsen, Cossio, Calamandrei, Chiovenda, Colombo, Couture, etc.) fue mutando. Desde la necesidad de simplificar el lenguaje jurídico utilizado por los jueces en sus decisiones hasta la implementación de la oralidad como modo de acercamiento de la justicia a la sociedad, pasando por la exigencia de un rol más activo de los magistrados a la hora de lograr la justicia del caso concreto, de un tiempo a esta parte se pusieron en crisis las estructuras procesales clásicas, en miras a lograr una mejor y mayor efectividad del decisorio definitivo²³.

²³ A riesgo de exceder el objeto del presente trabajo, permítaseme una apostilla sobre el tema del lenguaje utilizado en las sentencias. Ya Franz Kafka en *El proceso*, publicado hace casi cien años (1925), nos decía de los escritos que presentan los abogados y de las sentencias de dictan los jueces: eruditos pero sin contenido alguno; ante todo, mucho latín que nadie entiende; también intermi-

En lo que aquí interesa particularmente, hacemos eco de las voces que proponen un rediseño de los límites de *thema decidendum*. Ello queda evidenciado en la posibilidad de actuación oficiosa del magistrado, disponiendo medidas tendientes a evitar la producción de un daño, su continuación o reagravamiento. Ese eventual mandato imperativo, que usualmente no forma parte de la cuestión litigiosa sometida a tratamiento por las partes, campea en el terreno de la flexibilización de la congruencia.

La congruencia (entendida como la correlación entre las postulaciones de las partes y el pronunciamiento del juzgador), se sabe, nació como un

nables apelaciones generales al tribunal; aduaciones a determinados funcionarios; un elogio de sí mismo del abogado y del juez; algo de jurisprudencia.

En el plano doctrinario, se pregunta Caramello ¿para quién escribe el Juez? El juez, al ser un servidor público, debe redactar sus sentencias de modo tal que puedan ser comprendidas por el hombre medio de nuestra sociedad. Ello no importa que abandone la precisión técnica de los conceptos empleados, pero sí que proporcione las explicaciones básicas de su argumentación, que permitan que su razonamiento sea seguido por quien carece de formación profesional en materia jurídica. (Véase del autor: “El proceso de la sentencia y la sentencia del proceso”, en Revista de Derecho Procesal, Sentencia -I, 2007-2, Rubinzal Culzoni, p. 57).

En el orden legislativo, la diputada Carla Carrizo (FAUNEN) presentó un proyecto de ley en el año 2018 para implementar sentencias en formato de fácil lectura, a través del cual se propone la modificación del artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece los requisitos que debe contener una sentencia definitiva de Primera Instancia, al que se le agrega “un apartado en el cual el juez se dirija a las partes en lenguaje coloquial, simple y directo, a fin de facilitarles la comprensión del alcance de la sentencia, así como los derechos y obligaciones que de ella emanan”.

La jurisprudencia también hizo eco de este reclamo social. Un chico de la zona de El Bolsón anhelaba tener los mismos apellidos que sus hermanos pequeños. Su deseo se hizo realidad a finales de septiembre del año 2018 cuando la jueza dictó la sentencia que le otorgó la adopción plena al hombre, que crió desde pequeño al niño que hoy tiene 14 años. La magistrada redactó un párrafo de su fallo de una manera sencilla, sin ningún ornamento, para que el joven pudiera comprender de qué se trataba el decisorio. “Como (...) quiere ser tu papá y vos querés ser su hijo, el Juzgado va a hacer que esto suceda y a partir de ahora te vas a llamar (...) igual que tus hermanitos”, dice la sentencia. “Le vas a poder decir a todos que tenés nuevo nombre y qué es lo que significa para vos”, consignó la Jueza en el fallo. La sentencia está en sintonía con lo que establece la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el Código Civil reformado que garantiza la posibilidad de que el chico sea escuchado. También encuentra base en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. Por un lado, la Regla N° 72 establece en todos los casos la obligación de “...adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales...”. Por otro, la N° 78 se refiere especialmente a los procesos donde estén involucrados niños, niñas y adolescentes. En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: • se deberán celebrar en una sala adecuada; • se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo; y • se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

artilugio técnico destinado a frenar los avances del Estado –encarnado en la persona del juez– para de ese modo beneficiar a las partes²⁴. Es conceptualizada como la simetría entre la litiscontestatio y la sentencia. El respeto sacro por la libertad y por el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, condujo al pensamiento procesal a la elaboración de un dogma según el cual la decisión judicial no puede transgredir el límite de la pretensión del interesado.

Hace tiempo ya que se viene hablando de la flexibilización del principio de congruencia. Si bien en nuestra disciplina el término flexibilización probablemente no sea una expresión del todo feliz, en este caso hace referencia a la posibilidad de rever los límites infranqueables de aquella armonización, en pos de lograr la justicia del caso concreto.

Cuando el cumplimiento exacto de lo exigido por una congruencia, clásica y rígidamente entendida, viene a perjudicar un buen servicio de justicia, no se debe trepidar en flexibilizarla. Mientras, por un lado, el advenimiento de la congruencia constituyó un bienvenido avance, por el otro, su acatamiento irrestricto encierra serios peligros para un dar a cada uno lo suyo rectamente entendido.

Como indica Copani, *“El momento postulatorio recae necesariamente en la voluntad de quien requiere la intervención del juez y, en tal sentido, saca del estado de latencia al poder jurisdiccional; más una vez puesto en marcha el aparato judicial, debe tender al completo logro de los fines para lo que se instituyó, excediendo –de ser necesario– los tenidos en vista por el particular al momento de acudir al juez, y que no pueden quedar supe- ditados a la conducta o postura originaria asumida por aquél, toda vez que hay un interés preponderante del Estado en su realización efectiva”*²⁵.

Desde este punto de vista, se pregunta el citado autor, ¿qué postura debe asumir un juez que, al momento de decidir, se ve impedido de realizar en plenitud su decisorio a causa de encontrarse encorsetado por la congruen-

²⁴ Indica Prieto Castro que la limitación de los poderes del juez se realiza de un modo consciente y completo ya desde el primero momento del Derecho común español, en la Partida III, Título XXII, ley 16. (El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, T. XLI, p. 975). 27 COPANI, Juan C., “Momentos de la Potestad Dispositiva”, en Tutelas procesales diferenciadas –I, Revista de Derecho Procesal, 2008-2, p.494, Rubinzal Culzoni.

²⁵ COPANI, Juan C., *Momentos de la potestad dispositiva*, en Revista de Derecho Procesal, n° 2008-2, Tutelas procesales diferenciadas-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 494.

cia? ¿Podría apartarse de ese poder de disposición mirando hacia la total eficacia de su función, o debería quedarse inmovilizado en el marco de aquel parámetro?

La respuesta a ese interrogante lleva ínsita la preocupación subyacente a la problemática que intentamos abordar. Como en una relación de género a especie, admitida entonces la posibilidad de flexibilizar la congruencia (género), es posible también la flexibilización del momento decisorio (especie).

Cuando el órgano jurisdiccional, facultado para ejercitar poderes-deberes oficiosos, en la sentencia recepta cuestiones diferentes a las que fueron concretadas en el principio rogatorio, no incurre –por ese reconocimiento– en incongruencia.

Una interpretación útil a las finalidades de la jurisdicción, debe adecuar, con flexibilidad, el principio de congruencia a la cabal dimensión de las cuestiones de hecho y de derecho sometidos a la decisión judicial.

Hoy nos hallamos inmersos en una acuciante necesidad de búsqueda de “la justicia de la decisión”, la que no puede quedar enturbiada u opacada con aquellos requerimientos aritméticos procesales, producto de un crudo dispositivismo y del culto a estrechos postulados del dogmatismo conceptualista²⁶.

Justamente la incorporación en el decisorio final de un mandato preventivo oficioso constituye una exteriorización que se ajusta a las ideas de flexibilización expuestas, sin que ello implique imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal (art. 726 CCCN). Aquella figura marca un plus sobre lo que las partes han peticionado. Es decir, se respetará la congruencia, pero no aquella concebida como encaje o ensamble perfecto entre la pretensión-oposición y la sentencia, sino que se agregará algo y ello consistirá precisamente en una manifestación del poder jurisdiccional que apunta a la prevención.

²⁶ Los principios de raigambre superior de la eficaz prestación de los Servicios de Justicia (art. 114 primer párrafo, ap. 6 in fine, CN) o de tutela efectiva de los derechos o de protección judicial efectiva (arts. 8 y 25, Pacto de San José de Costa Rica) presuponen el acompañamiento servicial de las instituciones del proceso. Su rendimiento concreto en aras de asegurar la tutela de los derechos sustantivos (más aun cuando están en juego derechos de linaje constitucional amparados de modo preferente), impone el abandono o flexibilización de ciertas reglas técnicas, como la configuración encajonada o preclusiva de las deducciones introductorias, salvaguardando, claro está, el contradictorio pleno entre las partes que actúa a modo de salvaguarda frente a los poderes oficiosos del magistrado.

Esta intervención preventiva puede y debe ser ejercida de oficio, cuando el Tribunal toma conocimiento de una situación de la cual eventualmente puede producirse daños, o repetirse o continuar los ya producidos. Ello logrará no solamente que la tutela judicial sea efectiva, sino también oportuna.

La misión del juez no puede angostarse de modo de quedar satisfecha con una verdad proforma, si la desdibuja y vacía de sentido. El fin público que legitima el ejercicio jurisdiccional exige que el producto derivado de aquella actividad, la sentencia, sea intrínsecamente justa, única especie que satisface la manda constitucional de la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Es dable recordar que la desviación de poder como vicio del acto jurisdiccional no sólo puede configurarse por comisión, sino también por omisión, en la medida en que el órgano jurisdiccional deja de actuar y declina el ejercicio de una potestad que el ordenamiento le impone. A modo de conclusión: en el Derecho de daños, con el nombre de crisis de la sentencia condenatoria, la doctrina cuestiona uno de los rasgos distintivos de la tutela ordinaria. Ésta consiste en el interés exclusivo de que los derechos violados reciban una tutela que sólo contenga una restauración pecuniaria de los derechos perjudicados.

El grave inconveniente que encierra un perfil tan particular de las sentencias condenatorias, prestas a reparar patrimonialmente el derecho violado, es que los “nuevos derechos” son casi siempre de naturaleza extrapatrimonial. Aparece entonces evidente la noción de que la tutela de los nuevos derechos debe ocurrir de una manera mucho más imaginativa que lo que los postulados que orientan las líneas matrices de la ciencia procesal vienen permitiendo.



Av. Alvear 1711 primer piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
Tel.: (54 11) 4815-6976
E-mail: academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiaderecho.org