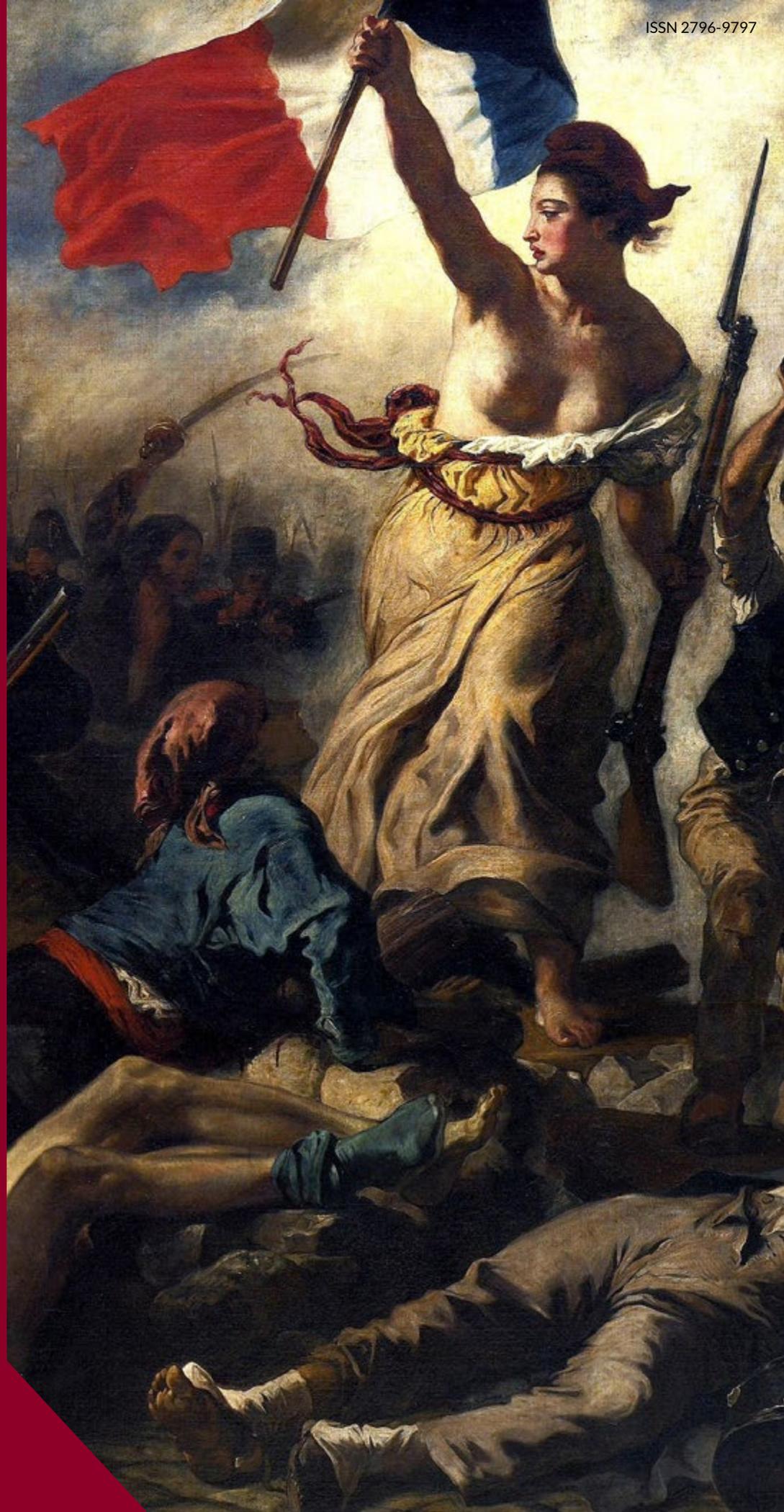


# DES

Grupo de Estudios  
de Derecho Social

LA REVISTA  
#2 DICIEMBRE 21



## STAFF

### Director y Fundador GEDS

Raúl H. Ojeda

### Directores de la revista

Aníbal Cuadrado  
y Fabiana Sosa

### Comité editorial de la presente edición

Emilio Romualdi

David Duarte

Walter N. Buhler

Itatí Dermachi Arballo

### Ilustración de tapa

Eugène Delacroix  
La libertad guiando al pueblo  
(1830)

### Diagramación y edición

Gabriel Hernández  
gabo.hernandez@gmail.com

Con el apoyo



## ÍNDICE

Editorial Revista GEDS - Segunda Entrega Por Aníbal C. Cuadrado y M. Fabiana Sosa .....	3
La Despedida de un Amigo del Grupo Por Emilio Romualdi.....	5
Control de constitucionalidad y convencionalidad al que están obligados los jueces Por David Duarte .....	6
La Corte y el descanso dominical Por Walter Neil Bühler .....	15
Acerca de una falacia: crítica del fallo «Orellano» de la CSJN Por Matías Cremonte.....	21
Algunas reflexiones a partir del fallo «Caminos» de la CSJN Por Verónica Vidal.....	27
La inconstitucionalidad de la opción excluyente. El fallo Vera de la SCBA Por M. Paula Lozano.....	34
Fallo Laurenzo: ¿Una limitación al acceso de la tutela anticipada en materia de despidos discriminatorios y reinstalaciones al puesto de trabajo? o ¿Una señal de cambio de la doctrina de la Corte Suprema sobre la decisión definitiva? Por M. Eugenia Gómez .....	40
Algunas consideraciones sobre los hechos del caso «Rica» Por Diego M. Tosca.....	47
El fallo «Abdurraman»: Posibilidades de revertir el criterio de la Corte Por Jorge Elías.....	53
Algo más que un baremo Por Carlos A. Toselli .....	57
Análisis jurisprudencial fallo Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura - APSAI c/Autopistas del Sol SA s/acción de amparo Por Raquel Coronel.....	65
El cambio y la Corte: Un quinquenio regresivo Por Sebastián Serrano Alou .....	70
Inspección del Trabajo - «Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo s/Recurso de Hecho» CSJN (24/02/09) Por Sebastián Godoy Lemos .....	81
El Nuevo Derecho: Su implementación en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Fallo L.R.M. y otros c/Policía Federal Argentina s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad. Expte. CAF 269/1989 Por Adriana A. Micale .....	89
Nuevas configuraciones del derecho a la información laboral Por César Arese.....	93

Laboral

22-diciembre-2021



## Editorial Revista GEDS - Segunda Entrega -

POR ANÍBAL C. CUADRADO<sup>1</sup> Y M. FABIANA SOSA<sup>2</sup>[MJ-DOC-16351-AR](#) | [MJD16351](#)

Cuando pensamos en la segunda edición de la Revista del Grupo de Estudios de Derecho Social, decidimos enfocarnos en analizar fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, atravesados por diferentes ópticas, productos de debates que se dieron a lo largo de nuestros encuentros virtuales en pandemia, y así los encargamos a los autores que aceptaron la propuesta formulada.

Reunimos artículos de excelente calidad, y profundidad en sus abordajes, que nos siguen convocando a pensar, y reflexionar el análisis de los derechos laborales de las personas en situación de trabajo, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el bloque constitucional federal, analizando el anclaje constitucional de cuestiones relacionadas con avances y retrocesos en conquistas laborales, la libertad sindical, los riesgos del trabajo, las costas judiciales, la inspección integral del trabajo, la seguridad social, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, el descanso dominical, el

1 Abogado. Especialista en Derecho del Trabajo con título extendido por la Universidad Nacional de Rosario. Docente Universitario de grado y posgrado en la “Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo” Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, docente invitado de posgrado en la Universidad Nacional del Litoral y otras universidades. Coordinador y docente de los cursos de “Teórico-Práctico de Formación de Conciliadores Laborales”, Escuela de graduados de la Universidad Nacional de Rosario. Representante y asesor de Asociaciones Sindicales de primer y segundo grado, con exclusividad profesional en conflictos de Derecho del Trabajo a nivel Individual y Colectivo. Miembro del Foro Federal del Trabajo, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo (Filial Rosario) y del Grupo de Estudios de Derechos Sociales. Autor de diversos artículos doctrinarios y Conferencista en numerosas actividades académicas del Derecho Laboral a nivel nacional e internacional.

2 Abogada Laboralista, litigante independiente y asesora sindical. Posgrado de Actualización en Género y Derecho UBA. Maestranda en la Especialización Derecho del Trabajo UBA. Auxiliar Docente en la Facultad de Derecho UBA. Miembro de la Comisión de la Mujer Trabajadora AAL (Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas). Integrante de la Delegación ALAL (Asociación de Abogados Laboralistas de América Latina) ante la Conferencia Internacional del Trabajo N° 107 y 108 de la OIT, en el procedimiento de doble discusión del Convenio N° 190 OIT sobre Violencia y Acoso en el Mundo del Trabajo. Conferencista y publicista en la materia, especialmente en Trabajo y Género.

derecho de huelga, la discriminación, la tutela judicial efectiva, la prestación laboral de los médicos, el derecho a la información laboral, temáticas todas ellas apasionantes y de vital actualidad para quienes transitamos esta rama del derecho.

Al momento de finalizar la recopilación de los artículos, analizamos la imagen que iría en la tapa de la revista, junto con el Consejo Académico, y rápidamente hubo acuerdo en la elección resultante «La libertad guiando al pueblo» de Eugène Delacroix cuyo original está en el Louvre, pintura de 1830 que hemos visto reproducida muchas veces sobre la Revolución Francesa, con esa mujer que representa la Libertad obtenida por la guerra, enarbolando desafiante la bandera tricolor con la mano derecha mientras empuña un fusil con bayoneta en la mano izquierda. Es que rápidamente acordamos en representar con alguna imagen el triunfo de los derechos constitucionales, por sobre todas las cosas, aquéllos que encuentran en nuestra Carta Magna la expresión de los valores y principios que definen nuestra identidad, que identifican a nuestra comunidad, y que elegimos respetar, proteger y garantizar, desde una mirada de derechos sociales.

Estos valores que inspiraron a los autores de esta edición deben ser defendidos, y atendidos por nuestros tribunales de justicia, desde su misión de aplicar e interpretar las leyes, y tomar decisiones que afectan la vida de todas las personas, pero de manera particular, de las personas que trabajan, de quienes son y deben ser respetados como sujetos de preferente tutela.

En estos tiempos en que toda doctrina y jurisprudencia, construida y consolidada por años de avances en la protección del orden público laboral, es puesta en crisis y tergiversada por el análisis económico del derecho, es necesario y central asumir este enfoque de derechos humanos de mano de la Libertad, inspirados en la fuerza de las luchas colectivas, haciendo trinchera en la defensa de los derechos conquistados, avanzando en progresividad, y ampliación de la protección de garantías constitucionales, para hacer efectiva la noción de trabajo digno y las aspiraciones de dignidad de las personas durante toda su vida laboral.

He allí la motivación de estos autores y autoras, haciendo contrapunto en un profundo análisis de la doctrina judicial actual de nuestro máximo tribunal de justicia con el bloque de constitucionalidad federal, en protección de nuestro orden público laboral por sobre todo otro enfoque económico. Pues, lo bueno sembrado debe perdurar y las malezas controlar para definitivamente erradicar.

06-diciembre-2021



## La Despedida de un Amigo del Grupo

POR EMILIO ROMUALDI<sup>1</sup>

[MJ-MJN-120033-AR](#) | [MJN120033](#) |

### Hasta siempre Mario

Los grupos humanos siempre tienen líderes necesarios e imprescindibles para su crecimiento. Ahora bien, hay muchas formas de liderazgos dentro de los mismos. Los que son explícitos y claros como ocurren en el GEDS con Raúl y los que uno llamaría liderazgos asociativos. Estos, silenciosos son los que con sus capacidades intelectuales, personales y de carácter permiten lograr una mayor integración natural del conjunto.

Mi amigo, mi hermano de la vida Mario Samuel era uno de ellos. Sus cualidades humanas excedían en mucho al extraordinario jurista. Su sonrisa, sus modales, su capacidad para hacer siempre de cualquier cambio de opiniones algo agradable y no por ello menos profundo. Su capacidad de decir sin agredir, de contradecir con altura sin descalificar integraban al conjunto aun cuando no nos diéramos cuenta.

Sin dudas en este grupo ha quedado un espacio vacío que no podrá ser llenado por nadie porque era un espacio único. Ciertamente en la extraordinaria diversidad de los que integramos el GEDS hay extraordinarias particularidades necesarias para que las ideas crezcan y se expresen desde nuestras dudas y nuestras certezas. Pero, como dije, el espacio de Osvaldo Mario Samuel - Mario - quedará como una silla donde nadie podrá sentarse porque su medida era sólo para quien nos ha dejado producto de una pandemia que ha traído tanto dolor a familias en todo el mundo y, pro supuesto, también en Argentina.

Te vamos a extrañar siempre amigo. Yo, sabrás que en lo personal te voy a extrañar hasta que cruce el umbral de lo que nos transporta a ese misterio insondable que es la muerte. En el grupo tu ausencia será el silencio de tu mesura y simplicidad. Nos va a faltar tu sonrisa, pero nunca nos va a faltar el recuerdo de tu extraordinario ser. Jamás.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UK. Juez del Trabajo, provincia de Buenos Aires. Profesor titular de la UAI. Profesor Titular, Escuela de Graduados de la UK. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil y Comercial, UK. Profesor Titular, UCALP. Miembro de la Asociación de Magistrados del Trabajo de la República Argentina y de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires. Autor de publicaciones sobre temas de su especialidad.



## Control de constitucionalidad y convencionalidad al que están obligados los jueces

POR DAVID DUARTE<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16263-AR](#) | [MJD16263](#)

**Sumario:** I. Introducción. II. Los vaivenes jurisprudenciales del control de constitucionalidad. III. Control de convencionalidad. IV. Control de constitucionalidad y convencionalidad en el Derecho del Trabajo. V. Conclusión.

### I. Introducción

Para introducirnos en el tema que nos convoca el título de este trabajo debemos recordar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuanto dispone que: «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

Así es como se establece la necesidad del control y equilibrio de los poderes del Estado. El control de constitucionalidad se lo ha definido como una atribución conferida a un órgano del Estado para discernir si los actos de los restantes poderes públicos se ajustan al texto de la Constitución Nacional (CN). En ella se asientan el contenido de las normas y estructura el funcionamiento de los distintos órganos de gobierno y sus límites en los derechos y garantías de las personas. Por ello, el control procura resguardar la Carta Magna, en ella reposa el sistema republicano y democrático (arts. 1,5 y 31 de la Constitución Nacional).

Por su parte, el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos, si un acto o una normativa de derecho interno resulta incompatible con la norma internacional vinculada con los derechos humanos. En su caso, la reforma o abrogación de dichas prácticas o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos

<sup>1</sup> Doctor en derecho. Profesor regular de la Universidad de Buenos Aires de grado, maestría y doctorado. Diploma de estudios avanzados del Doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales de la Universidad de Castilla La Mancha, España. Profesor invitado de la Universidad de San Carlos de Guatemala en maestría y doctorado.

y la preservación de la vigencia suprema de la norma supranacional de carácter fundamental<sup>2</sup>.

El control de constitucionalidad resulta una herramienta para garantizar la supremacía constitucional donde se asientan los contenidos de los derechos de las personas que un poder estatal se encarga de reglamentar, otro de ejecutar y llevar adelante las políticas públicas y el otro de controlar que se haga conforme el proyecto constitucional a fin de asegurar los derechos y garantías de las personas.

Si bien se suele hablar de control de constitucionalidad concentrado o difuso como diferentes, no siempre es así, pero es una buena forma de ejemplificar los esquemas de los sistemas judiciales de cada país que se reduce en que «existe una aproximación en los efectos de las sentencias»<sup>3</sup>.

Las diferencias radican en razones históricas y políticas de distribución del poder, los pesos, contrapesos y un equilibrio, no siempre moderado. Entre los vaivenes y avatares políticos un ejemplo claro es el célebre caso «Marbury vs. Madison» (1803) de Estados Unidos donde se implementó el control jurisdiccional de la constitucionalidad las leyes, a diferencia de Francia e Inglaterra donde el control se dirigía hacia otro poder y la influencia del monarca autoritario hacía la diferencia notable.

Los jueces del Poder Judicial interpretan y aplican la ley para resolver el caso concreto, realizando el debido control de jerarquía suprema de la Constitución, esa forma de revisión se lo llama difuso. En este supuesto, cualquier juez del país tiene la tarea del control de legalidad y constitucionalidad.

En el sistema concentrado, en cambio, el control de constitucionalidad está a cargo de un solo órgano, es típico del modelo europeo y suele denominarse como Tribunal Constitucional.

Existe, además un tercer modelo que es que en el Poder Judicial se encuentra jueces especializados que actúan como Tribunal Supremo, como corte independiente, cuya fusión es controlar la constitucionalidad y tiene la palabra final sobre la interpretación de la Ley Fundamental, ya que permite que jueces comunes realicen el control difuso, la última palabra la da el supremo.

Otro tema que ronda en la función de estos órganos encargados del control. Por ejemplo, las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos para todos (erga omnes) y la ley tachada de inconstitucional queda abrogada, como si fuese un legislador negativo. En los casos del sistema difuso de control las decisiones de los jueces sólo tienen efectos para el litigio, aunque puede tener efectos como doctrina jurisprudencial según el caso.

El juez no debe declarar la inconstitucionalidad de una norma en cualquier circunstancia, en abstracto o por su sola voluntad, sino que debe hacerlo dentro de las facultades de decir el derecho y dentro de las posibilidades que le da la causa en la que está llamado a ex-

2 Bazán, Víctor, Control de Convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales, Suplemento La Ley Constitucional, febrero 2014, no 1, pág. 3

3 Highton, Elena I. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. Biblioteca Jurídica UNAM <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>

pedirse. Estas pautas están muy bien explicitadas en el precedente «Rodríguez Pereyra»<sup>4</sup> en donde la Corte argentina dio una explicación detallada de las condiciones que deben darse para ejercer el control de convencionalidad y constitucionalidad. Allí el reclamante no había planteado la inconstitucionalidad de la norma, sino simplemente estaba disconforme con el monto indemnizatorio dispuesto por la tarifa legal prevista en la ley 19.101 y pretendía una reparación integral.

En tal sentido, luego que el tribunal recurrido había sido desestimado el planteo porque no se había introducido en el caso el pedido inconstitucionalidad, el Máximo Tribunal respondió que conforme art. 116 de la CN corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12, y por los tratados con las naciones extranjeras (considerando 6°).

## II. Los vaivenes jurisprudenciales del control de constitucionalidad

A fin de comprender que deben hacer los jueces en su tarea de realizar ese control debemos remontarnos a la ley 27 del año 1862 en donde se estableció que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3).

En ese sentido la ley 48 prevé que: «Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes [...] los tratados con naciones extranjeras, [...] y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido» (artículo 21).

En el caso «Sojo», la Corte cita el precedente «Marbury vs. Madison» afirmando que «una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley» y para afirmar que «cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren» (Fallos: 32:120). Este criterio se mantuvo hasta que apareció el caso «Ganadera Los Lagos» (Fallos: 190:142, año 1941) en donde se formuló la primera crítica afirmando que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes.

Esta doctrina se mantuvo largo tiempo, preservando la voluntad de las partes, como una expresión del liberalismo en el proceso. Sin embargo, fueron apareciendo algunas voces críticas a este modelo. Hasta que luego del restablecimiento de la democracia, después de la última dictadura, con una nueva composición de jueces de la Corte, se revierte dicho criterio. con la siguiente reflexión «si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democrá-

4 CSJN, in re «Rodríguez Pereyra, Jorge Luis c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios» (R. 401.XLIII)-Sentencia del 27/11/2012, con votos de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt (según su voto), Petracchi (en disidencia), Maqueda y Zaffaroni

ticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay» (Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario Fallos:306:303, año 1984, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y Fallos 327:3117, considerando 4o).

Es interesante recordar el precedente la Corte Suprema sentada en el caso «Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina»<sup>5</sup>, porque abonó la idea de la imposibilidad de la declaración en tal sentido y después de más de sesenta años, el criterio fue removido con el caso «Mil de Pereyra»<sup>6</sup> y luego consolidada el caso «Banco Comercial de Finanzas S.A.», sentencia del 19/08/2004, Fallos 327:3117.

Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución.

Por otro lado, tampoco se menoscaba el derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso» (Fallos: 327:3117, considerando 4o citado), pues es el juez el que aplica el derecho.

### III. Control de convencionalidad

Según Gialdino<sup>7</sup> junto al «control de constitucionalidad», se encuentra el «control de convencionalidad», que es el examen de compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados internacionales. Cabe aclarar que se denomina «convención», aunque puede referirse tanto a los «tratados», como los «pactos» o «protocolos».

Ello sin perjuicio de las obligaciones y la responsabilidad internacionales del Estado, así también las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos, por ser fuente de derecho constitucional<sup>8</sup> con repercusión «directa e inmediata», por un lado, en el quehacer cotidiano de sus poderes, especialmente el judicial, y, por el otro, en la protección de los derechos humanos.

La doctrina de la Corte IDH en el caso «Almonacid Arellano y otros vs. Chile» (2006) señaló que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de crímenes mediante la aplicación de leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna (párr. 114). Tales normas conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, «son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana (sobre Derechos Humanos) e indudablemente afectan derechos consagrados en ella.

5 CSJN, Fallos: 190:140

6 CSJN Fallos 324:3219, Sentencia del 27/9/2001. Publicado en La Ley del 30/11/2001, Suplemento de Derecho Constitucional

7 Gialdino, Rolando E., Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos. LA LEY 2008-C, 1295.

8 Gialdino, Rolando E., «Control internacional de los derechos humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas», 2003, ED 204-683.

Frente a ello los jueces deben garantizar los derechos de la convención (artículo 1.1 de la CADH) y por lo tanto deben abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

En la función de decir el derecho, los jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a la Convención, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos» (párr. 124, *itálica agregada*).

En consecuencia, «el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana» (idem) y no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (regla según art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, párr. 125 de Almonacid).

En otro caso «Aguado Alfaro y otros vs. Perú», la Corte IDH, se estableció que: «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» [c/cita del mentado párr. 124 de «Almonacid»] ex officio entre las normas internas y la Convención Americana» (párr.128). Allí se agrega que en esta función «no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto» (idem).

En el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (sentencia del 24-11-2006, Serie C No. 158), se expresa que determinados derechos o garantías pueden tener fundamento sólo convencional. Por ejemplo, la Constitución Nacional, «se erige sobre la totalidad del orden normativo. Por otra parte, los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría (tercer párrafo del art. 75, inc. 22 de la C.N.). También se integran los Tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; las Leyes del Congreso.

El examen judicial, debe garantizar que el comportamiento del Estado esté en consonancia con las obligaciones internacionales; «la omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos»<sup>9</sup> En los casos de aplicación interna del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce dos principios del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por un lado, la Modificación del ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean parte y, por el otro, el derecho de toda persona a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales En la Observación General<sup>10</sup>, 1998, párr. 3, se observan las modalidades de control.

El disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas (3 formas) 9, a saber: a) La aplicabilidad directa del Pacto; b) La aplicación de

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O. Gral. 9, 1998, párr. 14.

10 Comité de Derechos Humanos Observación General 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 15.

disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables; c) Por el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional.

Los tribunales locales «deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad por incumplimiento de un tratado»<sup>11</sup>. Siempre se habrá de «prevenir la responsabilidad internacional del Estado por los actos de sus órganos internos, es una cuestión no ajena a la labor del Poder Judicial, en cuanto pueda constitucionalmente evitarla»<sup>12</sup>.

#### IV. Control de constitucionalidad y convencionalidad en el derecho del trabajo.

Es inocultable el cambio de paradigma constitucional que se observó en la Corte con la causa «Vizzoti» (2004)<sup>13</sup> al sostener en el considerando g (por unanimidad) que «El artículo 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad». Sin dudas que mucho tuvo que ver el cambio de composición de sus integrantes en ese entonces. En la actualidad, lamentablemente no encontramos el nivel de desarrollo de los derechos humanos en las relaciones laborales como hasta diciembre de 2013. A partir del 2014, si bien no han modificado aquella doctrina, porque les resultaría muy difícil hacerlo, sí han degradado esa tarea.

Parece que hubiesen adoptado una postura neutral sobre el punto y en la mayoría de los casos terminan revocando por arbitrariedad aquellas sentencias que son favorables a los trabajadores, en gran medida por cuestiones de hecho y prueba, con poca elaboración en materia constitucional. Es decir, se entrometen en temas que son propios de los jueces de la instancia de grado, actuando como si fuese un tribunal de casación, apartándose del mandato que surge de la ley 48 y los arts.116 y 117 de la CN.

En derecho del trabajo cabe recordar a Justo López<sup>14</sup> quien sostenía que la prevalencia del principio de jerarquía, en las fuentes estatales significa que la ley (en sentido formal) ordinaria contraría a disposiciones constitucionales, no sería válida, aunque se la pudiera considerar más favorable al trabajador e igualmente tampoco sería válido el derecho reglamentario más favorable pero contrario a la ley en sentido formal (ordinaria o supra-ordinaria). Por su parte, Fernández Madrid<sup>15</sup> sostiene que el orden jerárquico, se encuentra encabezado por la Constitución Nacional, leyes, tratados internacionales, convenios colectivos (laudos arbitrales voluntarios) usos y costumbres, jurisprudencia, la voluntad de las partes. Este orden jerárquico entre las normas no debe ser confundido con el orden de prelación. La norma de jerarquía inferior puede prevalecer sobre otra

11 CSJN, in re «Cantos», sentencia del 21-8-2003, voto del Juez Maqueda, Fallos 326:2968, 2982 y sus citas.

12 CSJN, in re «Ekmekdján c. Sofovich», sentencia del 7-7-1992, considerando 7, 2º, Fallos 315:1492, 1512/1513 (LA LEY, 1992-C, 543).

13 CSJN, «Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA s/Despido», Fallos 327:3677, 14-09-2004.

14 Justo López, «Ley de Contrato de Trabajo», ob. Cit., pág. 6

15 Fernández Madrid, Juan C., «Tratado Práctico de Derecho del Trabajo», to I, Editorial La Ley. p. 429

de jerarquía superior si es más favorable al trabajador, con las salvedades respecto a las normas imperativas de orden público.

El precedente citado («Vizzoti», Fallos 327:3677) sostuvo que el trabajador es «sujeto de preferente tutela constitucional» interpretando el texto de la Carta Magna afirma que:

« el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador.». Dicha garantía está dirigida a los tres poderes del Estado, principalmente a los jueces a la hora de interpretar y aplicar las leyes para la solución de los casos concretos. A esa interpretación agregó que el contenido de los derechos los da la constitución y no el legislador («Vizzoti»), de conformidad al art. 28 de la C.N. c).

Si bien el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio apareció en varios precedentes no laborales, cabe recordar el caso «Ricci»<sup>16</sup> del año 1998, se trataba un supuesto en que la cuestión federal no se introdujo oportunamente, es decir con la demanda. En este caso el pedido de inconstitucionalidad del tope indemnizatorio de la ley de Accidente de Trabajo (9.688 modificada por la 23.643) había sido planteado con los agravios ante la Cámara. La mayoría resolvía el caso diciendo que la exigencia de la introducción oportuna de la cuestión federal preserva el derecho de defensa de la contraria, y como había sido planteado en los agravios, con su traslado se le dio la oportunidad de defenderse del planteo, por lo que no se violentaba dicho principio. No obstante, hubo dos votos, en ese pronunciamiento de la Corte, que sostuvieron la declaración de inconstitucionalidad de oficio. En uno de ellos se dijo que dentro de las facultades del Poder Judicial se entendió al control de constitucionalidad, porque versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior (voto del Dr. Carlos S. Fayt). También en dicho precedente se señaló que si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, es decir fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento, de ello no se desprende que necesariamente la parte interesada deba requerir en forma expresa el control de constitucionalidad, ya que éste constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio *iura novit curia* y que incluye el deber de mantener la Supremacía de la Constitución (voto del Dr. Antonio Boggiano). Tal principio concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla (Dr. Antonio Boggiano).

La invocación del principio de congruencia es una de las cuestiones que aparece en el tema del control de constitucionalidad y la declaración de oficio. Tema que había sido objeto de tratamiento en el caso «Strangio»<sup>17</sup> donde se había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557 en la instancia provincial. La Corte mantuvo la impugnación respecto del art. 46 de la LRT con remisión al caso «C astillo», en cambio

16 CSJN, in re R 229 XXXI; Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/ accidente - ley 9688. Sentencia del 28-04-1998, Fallos 321:1058

17 CSJN S. 1781. XLI; REX, «Strangio, Domingo c/Cattorini Hnos. S.A.», sentencia del 12/05/2009, firmada por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Fallos 332: 1078

no hizo lo mismo respecto a los arts. 21 y 22 pues revocó el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires porque, según la Corte Nacional, los jueces provinciales incurrieron en un apartamiento del principio de congruencia, ya que el tribunal de grado no se había pronunciado acerca de la validez constitucional de las normas mencionadas, y tal defecto no se superaba ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues esa facultad no los habilitaba a dictar sentencias que transgredan aquel principio.

En disidencia votaron los jueces Petracchi y Argibay que de conformidad con el dictamen de la Procuración General mantuvieron el pronunciamiento que había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la LRT, los jueces se remitieron a Fallos: 327:3610 («Castillo») y respecto de los arts. 21 y 22 de la LRT resolvieron de conformidad con los precedentes «Castillo» y «Quiroga»<sup>18</sup> En otro caso «Mansilla»<sup>19</sup> la corte no hizo más que recordar los límites que tienen los jueces en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio (cabe aclarar que esta es una consecuencia posible, de aquella que nos convoca que es el control de constitucionalidad y convencionalidad), y en tal sentido se remitió a las reglas establecidas en el precedente «Rodríguez Pereyra» en sus considerandos 12 y 13<sup>20</sup>.

En el caso «Mansilla» se había cuestionado el tope de la indemnización del art. 245 LCT, estaban en discusión qué tope elegir entre tres posibles que habían sido objeto de debate y tratamiento, pero sin embargo la decisión de la Cámara resolvió no aplicar ninguno.

## V. Conclusión

El control constitucional y convencional es un mandato al juez que no puede soslayar y es su función aplicar el derecho conforme los principios que clara y expresamente recuerdan los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial unificado. A fin de establecer una clara definición de cómo se debe proceder corresponde tener presente cuatro reglas establecidas en el caso «Rodríguez Pereyra», ya citado, a saber:

Regla I: El ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar «en el marco de sus respectiva competencias y de las regulaciones procesales

18 El caso «Quiroga» que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la LRT había sido confirmado por la Corte nacional con remisión al citado «Castillo», in re: Q. n° 85, L. XXXIX; «Quiroga, Juan Eduardo c/ Ciccone Calcográfica S.A.», del 15.02.05, también se citó el precedente P.no 349, L. XL; «Paccetti, Daniel F. c/ Duvi S.A.», del 10.5.05.

19 CSJN, in re: M. 1391. XLVII. Mansilla, Carlos Eugenio el Fortbenton Co. Laboratorie S.A. y otros sentencia del 6 de marzo de 2014, con votos de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda Zafaroni y Argibay por su voto.

20 CSJN, in re: R. 401. XLIII «Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios», sentencia del 27 de noviembre de 2012.

correspondientes» (Comentario: Los jueces del trabajo tienen el deber constitucional de ser imparciales, pero no neutrales)<sup>21</sup>.

Regla II: Presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes (Comentario: Debe tenerse en cuenta para ello, los principios constitucionales que en materia laboral ha fijado la Corte en el caso «ATE C/Municipalidad de Salta»)<sup>22</sup>.

Regla III: La actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales deben poner de manifiesto la situación de violación constitucional y la declaración de inconstitucionalidad de la norma resulte necesaria en el caso (Comentario: En caso de ser necesario debe declararse la inconstitucionalidad, aunque no esté pedida expresamente).

Regla IV: La declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Comentario: Como última ratio no significa una valla insuperable, sino que los jueces deben decidir el caso conforme una interpretación más favorable a la realización del derecho protectorio, sea por la regla establecida en la primera parte del 14 bis, sea por el principio pro persona (pro homine) fijado por los Derechos Humanos).

Tampoco es una valla la presunción de legitimidad que goza la jerarquía del poder de donde emane el acto o norma en debate, porque en un Estado de Derecho los poderes constituidos se encuentran sometidos a las reglas y principios Constitucionales por ello no están exentas del control de constitucionalidad aún las facultades discrecionales que pudieran gozar<sup>23</sup>.

21 Ver nuestro comentario en: «Después de 50 años el ‘catorce bis’ se proyecta al ritmo universal de la justicia», Revista La causa laboral, No 30, octubre de 2007, p. 3-9. La expresión que citamos respecto del rol del juez laboral es del trabajo de APARICIO TOVAR, Joaquín y Rentero Jover, Jesús «El juez laboral, imparcial pero no neutral» Revista de Derecho Social, No 4, 1 998, p. 56, quienes citan a LARENZ, K. «Metodología de la ciencia del derecho», 2a ed. española, Ariel Barcelona, 1980, p. 204.

22 Sobre el tema ver nuestro comentario en: «El cambio de paradigma constitucional, su impacto y una relectura del ordenamiento de rango inferior y de la función de los poderes públicos. <http://www.rubinzalonline.com.ar/blog/el-cambio-de-paradigma-constitucional-su-impacto-y-una-relectura-del-ordenamiento-de-rango-inferior-y-de-la-funcion-de-los-poderes-publicos-por-david-duarte/#.Uxz4a13DYw>

23 Sobre el tema de los límites a la presunción de legitimidad ver nuestro trabajo: «Laboralización de la relación de empleo público. La óptica del Derecho del Trabajo» publicado en D.T. 2009 (octubre), pág. 1115.

---

Duración del Trabajo y Descanso Semanal - Descanso Semanal - Jornada Laboral - Derecho del Trabajo - Trabajador

---

19-noviembre-2021



## La Corte y el descanso dominical

POR WALTER NEIL BÜHLER<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16265-AR](#) | [MJD16265](#)

En mayo del corriente año, al desestimar una queja encabezada por el supermercadista chino Jinchui Shi, la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló una ordenanza del Municipio de Arroyito, en Córdoba, que prohíbe a los supermercados abrir los domingos. La resolución contó con el voto en mayoría de los jueces Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Ricardo Lorenzetti. En disidencia votaron, Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco<sup>2</sup>.

La problemática del descanso dominical coincide con el nacimiento de la legislación laboral. Hoy, su regulación es caótica, con normas ineficaces y anacrónicas, fallos contradictorios y competencias no resueltas.

Juan Bialet Massé consideraba que «La cuestión obrera más antigua que se registra en la historia de la humanidad es el descanso semanal, que en los países cristianos se llama dominical»<sup>3</sup> También Bialet Massé afirmaba en su formidable «Informe», de 1904, que «no hay pueblo libre y culto sin el descanso semanal». Luego recordaba que «desde tan remota antigüedad hasta nuestros días, millares de leyes civiles y eclesiásticas vienen repitiendo el precepto. Y cosa notable, los países que se distinguen por su violación son precisamente los países católicos, y entre los católicos sobresalen, por esta falta de instinto y de humanidad, los de habla española; produciéndose un contraste de los más resaltantes entre los pueblos de religión reformada, y éstos, que debieran ser el ejemplo en cumplirlo, puesto que para ellos es dogma religioso; creen o deben creer que la violación del precepto mata el alma, la condena a la expiación eterna, y, sin embargo, incurren en el pecado una vez cada siete días, y continúa deliberadamente».

Como es sabido la primera ley laboral (4661, de 1905) estableció la prohibición del descanso dominical; desde entonces su incumplimiento ha sido la norma.

---

1 Abogado. Docente universitario. Periodista

2 Shi, Jinchui vs. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s. Acción declarativa de inconstitucionalidad - Recurso de hecho ///CSJN; 20/05/2021; Rubinzal Online; 1751/2018; RC J 2752/21.

3 Bialet Massé, Juan «El estado de las clases obreras argentinas», Ed. Universidad Nacional de Córdoba, pág. 384.

## Los antecedentes del fallo

Jinchui Shi, de nacionalidad china y propietario del «Supermercado Arroyito», dedujo acción declarativa de inconstitucionalidad contra el municipio de Arroyito, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660 del 25/08/2014, por la cual se prohibió abrir los días domingos a los supermercados que tuvieran una superficie igual o superior a los 100 m<sup>2</sup>.

Mediante la ordenanza en cuestión se prohíbe a los supermercados de la ciudad de Arroyito abrir los días domingo, bajo pena de sanciones pecuniarias y clausura. El actor, al recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sostuvo que la ordenanza impugnada lesionaba sus derechos de ejercer el comercio y de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y que la Municipalidad de Arroyito no tenía competencia para regularlo, por ser materia de derecho común, que está delegada al gobierno federal.

El 29 de septiembre de 2017 el máximo tribunal cordobés dicta sentencia<sup>4</sup> en la que considera que «La Ordenanza 1660, dictada por la Municipalidad de Arroyito, desde su denominación misma (de “Descanso dominical del trabajador”), pone de manifiesto la extralimitación insalvable en la que ha incurrido al haber establecido la obligación de respetar el descanso dominical en forma absoluta. De este modo, ha invadido la esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, ya que todo lo comprendido por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es parte integrante del derecho de fondo; por ende, su regulación y tratamiento es atribución exclusiva del Congreso de la Nación (inc. 12, art. 75, Constitución Nacional)». Los magistrados del Tribunal Superior también sostuvieron que «en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical (art. 3) invade la esfera de competencia de la Provincia de Córdoba, en tanto dicha materia no ha sido delegada a los municipios.

Además, existe un régimen general de sanciones por infracciones laborales, uniforme para toda la Nación, que se encuentra regulado en el Anexo II, de la Ley 25212». Como consecuencia de estas consideraciones la ordenanza es calificada como inconstitucional por el Superior Tribunal.

Si bien el máximo tribunal cordobés analiza la cuestión de la autonomía municipal pone énfasis en que la cuestionada ordenanza municipal al regular un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia del estado provincial, en tanto dicha materia no ha sido delegada a los municipios.

## El fallo y su cuestión central

Como señalan Osvaldo Samuel y Emilio Romualdi<sup>5</sup> «el tema central del fallo de la CSJN fue la capacidad del municipio (que se expresa en el concepto ‘autonomía’) para dictar normas de restricción al comercio». Está claro que para la Corte el descanso dominical

4 Weng, L; Hua vs. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s. Acción declarativa de inconstitucionalidad IIIITSJ, Córdoba; 29/09/2017; Rubinzal Online; 2110724; RC J 9399/17.

5 Osvaldo Samuel y Emilio Romualdi («El descanso semanal» -La Ley 24/06/21).

o —mínimamente— los derechos de los trabajadores no se consideraron como una cuestión medular del fallo (ni siquiera coyuntural), pero quizá como efecto no deseado, se ha marcado un camino difícil de desandar. Parecería que la Corte actuó motivada por otras urgencias de carácter «político»; recordemos que en esos días se había producido el conflicto entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el gobierno nacional respecto de la suspensión del dictado de las clases presenciales en el ámbito porteño dispuestas por el DNU 241/2021 en relación a las facultades de la primera para decidir sobre la presencia o no de las clases, en el marco de la pandemia de COVID-19<sup>6</sup>.

En el fallo que nos ocupa, la mayoría de la Corte sostuvo que «Es menester destacar que, en el sub examine, la Ordenanza 1660 —en cuanto regula el horario de apertura y cierre de comercios en el ámbito territorial del municipio— no puede asimilarse en modo alguno a una regulación propia del derecho laboral, materia que es de competencia exclusiva del Congreso de la Nación». Es de hacer notar el tremendo esfuerzo dialéctico realizado por los magistrados para sostener que una norma denominada «Descanso dominical del trabajador» y que en sus fundamentos explícita claramente su motivación laboral «no puede asimilarse en modo alguno a una regulación propia del derecho laboral», como afirma el Dr. Lorenzetti en su voto. Por el contrario, los fundamentos de la Ordenanza impugnada expresan que su dictado obedece a: «la problemática del descanso dominical de los trabajadores en relación de dependencia con empresas comerciales titulares de supermercados de la ciudad» para luego sostener que «este proyecto obedece a una necesidad de carácter humanitario. El trabajador necesita contar con el descanso dominical que favorece el equilibrio laboral-familiar y respeta la tradición de los días domingos [sic] y la posibilidad de mantener y sostener el vínculo familiar». Además, el propio municipio sostuvo al contestar la demanda que «tener que trabajar los días domingo hasta pasado el mediodía impide [a los empleados] el necesario y merecido descanso [para poder afrontar las obligaciones laborales al día] siguiente», (del voto en disidencia de la minoría).

Pero el Dr. Lorenzetti va más allá cuando afirma que: «Las normas adoptadas por el legislador nacional en torno al descanso dominical no se encuentran desvirtuadas por la ordenanza municipal citada, sino que ambas coinciden en la protección del bien jurídico definido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tanto las previsiones nacionales como municipales en estudio confluyen teleológicamente en la misma finalidad relativa a permitir que los vecinos canalicen y desarrollen durante el fin de semana aspectos propios de la vida en familia y en comunidad, por lo que —en definitiva— no existe colisión normativa alguna ni se verifica agravio ni lesión al art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional». Claramente el magistrado confunde el «bien jurídico definido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional» que es la protección del trabajador, con la «protección integral de la familia» regulada en la misma norma.

Sostuvo la Corte que «No se verifican elementos que permitan concluir que la ordenanza en estudio incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada, en tanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores) y la medida

6 CSJ 567/2021, «Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Estado Nacional - (Poder Ejecutivo Nacional) si acción declarativa de inconstitucionalidad», del 4 de mayo de 2021 Cita: MJ- JU-M-131908-AR | MJJ131908 | MJJ131908.

adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles».

Continúa expresando la mayoría de la Corte que «La conclusión sostenida por el Superior Tribunal provincial, en cuanto a que la ordenanza 1660/2014, ha invadido la esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, y lesionado lo dispuesto en el inc. 12, art. 75, Constitución Nacional, aparece como irrazonable y debe ser descalificada. Corresponde también descalificar el argumento del decisorio en revisión relativo a que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia en materia de policía del trabajo».

## Ineficacia e injusticia del régimen vigente

El fallo de la Corte en realidad no aporta nada, porque hace más de cien años que en nuestro país está prohibido el trabajo en día domingo y casi resulta inconducente determinar si se trata una facultad nacional, provincial o municipal. Lo importante, lo grave, es que estamos ante un régimen que termina consagrando una palmaria injusticia en contra del trabajador. Y de eso no se habla.

Según señalaba Alfredo Ruprecht<sup>7</sup>, hasta la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo los días de descanso semanal no gozados se regían con dos criterios: o dando un reposo equivalente de igual tiempo durante la semana o abonando las horas trabajadas en esos días. El proyecto del Poder Ejecutivo mantenía ese criterio, es decir, se otorgaba el descanso compensatorio o se debía abonar —con recargo— el tiempo trabajado. Sin embargo, el Senado, al tratar el artículo 224 (actual artículo 207 LCT) modificó el esquema, estableciendo que el trabajador podía tomarse el descanso por sí y, en ese caso, percibir el salario habitual con el 100% de recargo. Según señaló el Senador Afrio Pennisi<sup>8</sup>, la variación de criterio fue para adoptar similar modalidad a la prevista para la omisión de vacaciones (aunque en este caso el recargo era de dos veces y media).

La norma inspirada en fundamentos de protección de la salud del trabajador, en la práctica solo ha servido para consolidar una tremenda injusticia y un abuso de muchos empleadores. Resulta imposible encontrar en la doctrina y la jurisprudencia de los últimos 47 años un relato de algún trabajador que haya ejercido ese hipotético derecho. En cambio, sí se encuentran numerosos fallos en los que se rechaza la pretensión del trabajador de que se le abonen los descansos no gozados. Así, los tribunales a lo largo y ancho del país han expresado que «La Ley de Contrato de Trabajo al instituir el descanso semanal tiene la finalidad de que el trabajador goce efectivamente de descanso y no que aumente sus ingresos privándose de él, por lo que en los casos en que no los ha gozado no corresponde compensarlo en dinero»<sup>9</sup>. Y que: «La falta de ejercicio del derecho previsto en el art. 207

7 Ruprecht Alfredo «Contratos de Trabajo» Ed. Lerner 1974, pag 314).

8 (Ley 20.744 (contrato de Trabajo) Antecedentes Parlamentarios- ADLA XXXIV-D pág. 329).

9 TTrab. La Matanza, N° 2,1998/03/27. - Vallejo, José E. y otros c. Mercedes Benz Argentina S.A.- DT, 1999-A, 269 - LLBA, 1998-1251). En igual sentido: SC Buenos Aires, 1986/07/08.

de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238) en relación a los francos compensatorios obsta el derecho de reclamarlos pues, en caso contrario, se desvirtuaría la finalidad higiénica de la norma<sup>10</sup>.

En esta uniforme jurisprudencia solo se ha descollado la opinión aislada del Dr. Rodolfo Capón Filas quien como integrante de la SALA VI votó en disidencia sobre el tema expresando que «El trabajo realizado en días francos debe compensado por tiempo libre, debiendo ubicarse tal afirmación en realidad de hiposuficiencia del trabajador. (Del voto del doctor Capón Filas)<sup>11</sup>. El Dr. Juan Carlos Fernández Madrid, integrante de la misma Sala, con la honestidad intelectual que lo caracteriza, supo cambiar su opinión expresando que «Un nuevo examen de la cuestión me lleva a sustentar otra posición, porque encuentro que esta tesis que podría denominarse tradicional, en definitiva, enriquece al empleador a costa del trabajador. Y los fines higiénicos del descanso no se satisfacen aunque se otorgue al dependiente la posibilidad de tomarse por sí el franco compensatorio porque por lo común enfrentará la posibilidad de perder el empleo, y el temor consiguiente justificará su inacción»<sup>12</sup>.

José Gómez Escalante<sup>13</sup> analiza un fallo más reciente de la misma Sala VI («Andreiv Jorge Daniel el Oblak Hermanos S.A.s/ despido») en el que se decidió que el trabajador que tenía derecho a un descanso pago de media hora al mediodía (aparentemente de origen convencional) y que no pudo nunca hacerlo efectivo por exigencias del trabajo, estaba legitimado para exigir que ese descanso omitido se le liquidara con el recargo correspondiente al tiempo extraordinario de trabajo. Señala Escalante la imposibilidad fáctica, real de que el trabajador por sí, se tome el descanso siendo equitativa su compensación en dinero. La situación guarda innegable vinculación con la que se plantea en los descansos hebdomadarios y merecería igual respuesta jurisdiccional.

Como bien lo señala Silvia Díaz<sup>14</sup>, no hay en el ordenamiento legal una norma que expresamente prohíba la compensación en dinero de los descansos no gozados como ocurre en el caso de las vacaciones (artículo 162 de la LCT). Con ese dato, esta autora considera que la ausencia de regulación expresa del caso en examen impone verificar si es factible encontrar dentro del sistema una respuesta y si ella se compadece con la ya brindada mayoritariamente o resulta atinente asumir una distinta. Díaz recorre un amplio andarivel de soluciones posibles en el mismo marco legal vigente. Advierte que podría considerarse como un caso de trabajo prohibido (artículo 14 LCT), pero también destaca que se ha generado pretorianamente una caducidad que la norma no ha establecido.

- López, Avelino J. c. Viganó y otros (L. 36.475) - LA LEY. 1987- 581 (37.567-S) - DT, 1987-A, 374 - DJ, 1987-2-114 - DJBA, 131-334 - CNTrab., sala X, 1999/07/16. - Sánchez Lamas, José c. Consorcio Ayacucho 1804 - DT, 2000-A, 412.

10 CNTrab., sala VIII, 1999/03/30. - Campoccia, Oscar R. c. Petrolera Argentina San Jorge S.A. - DT, 1999-B, 2103).

11 CNTrab., sala VI, 1987/12/28. - Cardozo Ruiz, Edison R. c. Grill Retiro, S.R.L. y otros - DT, 1988- 5. 1115.

12 Tratado práctico de Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 1477.

13 Gómez Escalante, José N. Fecha: 18-06-2012 Colección: Doctrina Cita: MJ-DOC-5836-AR|MJD5836),

14 (Díaz, Silvia Cita: RC D 2305/2012 Tomo: 2006 1 Jornada y descansos. Revista de Derecho Laboral)

## Conclusión

Está claro que la doctrina y la jurisprudencia se han empeñado, quizá con una especie de inercia, en sostener el latiguillo de que «los descansos no son compensables en dinero», pero, a mi modo de ver, la interpretación que se le viene dando a las normas en cuestión no solo desprotege al «sujeto de especial tutela constitucional», sino que ostensiblemente es violatoria del artículo 14 bis de la Constitución Nacional cuando expresa «descansos. pagados».

La normativa vigente sobre descanso semanal y su interpretación, no resiste el triple análisis en sus dimensiones normológicas, sociológicas y dikeológicas, como nos enseñaba el maestro Werner Goldschmidt<sup>15</sup>. Desde el punto de vista normológico se está haciendo decir a la ley lo que la ley no dice: que está prohibido compensar los descansos no gozados. Desde un punto de vista sociológico viene provocando un grave daño a los trabajadores que no solo se ven privados del descanso, sino que también se ven desprovistos de una compensación adecuada. Bajo un prisma ético, la injusticia es evidente porque se premia a la parte fuerte de la relación (el empleador incumplidor) y se castiga a la parte más débil (el trabajador acuciado por la necesidad y por una especie de temor reverencial).

15 Goldschmidt, Werner: «Introducción filosófica al derecho» Ed. De Palma, 1987, pág. 280

Huelga - Huelga Ilegal - Derecho Colectivo del Trabajo - Conflictos Colectivos de Trabajo - Despido - Reincorporación del Trabajador - Sindicatos - Asociaciones Sindicales - Afiliación al Sindicato - Representación Sindical - Personería Gremial - Constitución Nacional - Tratados Internacionales - Aplicación de Tratados Internacionales - Convenios Internacionales del Trabajo

23-noviembre-2021



## Acerca de una falacia: crítica del fallo «Orellano» de la CSJN

POR MATÍAS CREMONTE<sup>1</sup>

MJ-DOC-16266-AR | MJD16266

I. El fallo Orellano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación marcó un punto de inflexión<sup>2</sup>.

De 2004 hasta entonces, en materia de derecho social, el máximo tribunal nacional había sido prolífico en sentencias progresistas, reconociendo e incluso ampliando derechos de las y los trabajadores.

Pero en junio de 2016 comenzó a desandar aquél camino virtuoso. No sólo por lo decidido en ese fallo, sino por su pobre elaboración, estrechez de análisis, malversación de citas, y manipulación de la opinión de los constituyentes<sup>3</sup>.

1 Abogado (UBA, 2000), asesor sindical, expresidente de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboristas (AAL), vicepresidente de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboristas (ALAL), Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC), con posgrados en la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), docente de posgrado en la UBA y la USAC.

2 CSJ 93/2013 (49-0) «Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juiciosumarísimo», sentencia del 7 de junio de 2016. <https://www.cij.gov.ar/nota-21852-La-Corte-resolvi-que-solo-los-gremios-tienen-el-derecho-de-promover-huelgas-y-que-los-grupos-informales-de-trabajadores-no-pueden-promover-medidas-de-fuerza.html>

3 Guillermo Gianibelli afirmó en ese sentido: «Y ello nos lleva al lugar de este pálido Tribunal, desvaído, pero con un timonel que procura aferrarse con el recurso de dar y recibir mensajes. El fallo en este caso no es sólo una peligrosa referencia para una piedra libre al interior de los procesos de conflicto sino que, en sus fundamentos, una patética justificación de una decisión tomada. De la sólida construcción lógica y en derecho de “Vizzoti” en adelante a éste “Orellano” acudiendo a autores de rancio linaje y haciéndonos descubrir ignotos convencionales de la re-

Así, comenzó a cerrarse un ciclo que había comenzado doce años antes, a través de fallos notables en materia de seguridad social, accidentes de trabajo, protección contra el despido arbitrario, salarios, libertad sindical, nulidad de despidos discriminatorios, entre algunos otros tópicos.

Desde luego, algunos de ellos fueron polémicos, y no todos los criterios fueron bien ponderados en el iuslaboralismo, pero fue indiscutible la profundidad de los análisis, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, el prisma de los principios generales del derecho del trabajo y de la justicia social que constituyeron su sello particular.

II. El thema decidendum del caso Orellano no pasaba por la titularidad del derecho de huelga, sino por el carácter discriminatorio de un despido, en el contexto de un conflicto colectivo de trabajo.

Sin embargo, la Corte Suprema decidió abordar ese tema, convocando incluso a una audiencia pública para debatirlo<sup>4</sup>.

Es cierto que el fallo de la Sala I de la CNAT que había sido recurrido por la empleadora se refirió a la cuestión, pero en todo caso, la titularidad no era ni el único ni el más importante de los temas para resolver.

De hecho, el telegrama de despido de Orellano —citado en el fallo de la Córtese— fundamenta en la participación en reuniones en el lugar de trabajo no convocadas por el sindicato reconocido, mas no en huelgas. No es una sutileza, pues el derecho de reunión está incluso más ampliamente reconocido que el derecho de huelga.

La Corte no hace ninguna mención al despido discriminatorio, ni siquiera alude a las consecuencias del fallo en el contrato de trabajo, y devuelve el expediente a la CNAT para que dicte un nuevo pronunciamiento en base a los criterios desarrollados en la sentencia<sup>5</sup>.

III. Pero como sea, la Corte abordó el siempre polémico tópico de la titularidad del derecho de huelga, y fijó su posición en el sentido de que se trata de un derecho exclusivo de las asociaciones sindicales legalmente constituidas.

En ese sentido, amplió su jurisprudencia anterior y siguiendo la línea de otros fallos sobre libertad sindical, reconoció este derecho a los sindicatos simplemente inscriptos, y no

---

forma del '57, ha transcurrido, como se dice, un largo camino». En Primeras impresiones sobre el fallo «Orellano»: Un paso al costado, dos atrás, al que se accede en el siguiente enlace: <https://www.sipreba.org/sindicato/primeras-impresiones-sobre-el-fallo-orellano-un-paso-al-costado-dos-tras/>

4 Se celebró el 10 de septiembre de 2015 y se puede ver en el sitio del Centro de Información Judicial de la CSJN: [https://www.youtube.com/watch?v=x2PE34a8p6s&ab\\_channel=CentrodInformaci%C3%B3nJudicial](https://www.youtube.com/watch?v=x2PE34a8p6s&ab_channel=CentrodInformaci%C3%B3nJudicial)

5 La Sala IX de la CNAT dictó sentencia el 17 de diciembre de 2020, y con buen criterio no hizo demasiada referencia a la cuestión de la titularidad del derecho de huelga abordado por la CSJN, sino en el carácter discriminatorio del despido. Como saldo de ello, Orellano fue reinstalado definitivamente en su puesto de trabajo: [https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2052/pluginAppObj/pluginAppObj\\_203\\_17/6.-SALA-IX.-ORELLANO-FRANCISCO-C.-CO-RREO-OFICIAL.pdf](https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%2052/pluginAppObj/pluginAppObj_203_17/6.-SALA-IX.-ORELLANO-FRANCISCO-C.-CO-RREO-OFICIAL.pdf)

solo a los que cuentan con personería gremial. Este aspecto positivo del fallo no impide advertir lo negativo del mismo: cercena el derecho de huelga de los trabajadores y las trabajadoras por fuera de los sindicatos. O, mejor dicho, constriñe el ejercicio legal de este derecho a que sea convocada por una organización sindical reconocida por el Estado. Ciertamente no estamos ante un principio universal, y en muchos países la huelga se reglamentó de tal manera que su ejercicio se encuentra bastante restringido, y en algunos casos, en cabeza de los sindicatos exclusivamente.

Pero más allá de la opinión que cada quien pueda tener al respecto, en nuestro derecho interno —y en el derecho internacional también—, la titularidad del derecho de huelga no es exclusiva de las organizaciones sindicales, sino también de las y los trabajadores<sup>6</sup>.

Por eso es absurda la construcción que realiza la CSJN en el fallo «Orellano» para llegar a su conclusión<sup>7</sup>.

**IV.** Los argumentos del fallo son: el art. 14 bis CN refiere a que se trata de un derecho de los «gremios» que es sinónimo de sindicatos; la doctrina y el derecho internacional —incluyendo al Comité de Libertad Sindical de la OIT— mayoritariamente sostiene que es un derecho corporativo.

Ambas premisas son falsas, y falaz su conclusión. El segundo párrafo del art. 14 bis refiere a «gremios» y no a «organizaciones sindicales», como sí lo hace el primer párrafo. Refiere por tanto a cosas distintas.

Es cierto que en el seno de la convención constituyente se produjo un debate, pero es falso que ese debate no se haya saldado. Justamente el miembro informante, Luis María Jaureguiberry, es quien da por zanjado el disenso al citar la posición mayoritaria, descrita con claridad por el convencional Bravo: «Pertener al gremio es una situación de hecho. Se pertenece al gremio en razón del oficio, de la profesión que se ejerce: se pertenece al gremio de carpinteros, porque se es carpintero; pero no en razón del sindicato, cosa muy diferente: para pertenecer al sindicato hay un acto de voluntad del trabajador que se afilia a ese sindicato. Cuando tomamos la palabra 'gremio' referida a la huelga, lo hicimos refiriéndola a una situación de hecho que hacía a los trabajadores, a los que correspondía ir a la huelga, estuvieran o no afiliados: es un derecho de pluralidad de trabajadores.». Y agregó: «El sindicato puede ser una especie dentro del gremio. La huelga se la concedemos a los gremios, a los trabajadores, a los hombres que tienen ocupación determinada. En ese sentido, con la aclaración de que no necesita la huelga declarada por los trabajadores ser homologada por los sindicatos en el caso de que ella estalle»<sup>8</sup>.

6 Sobre el tema ver Cremonte, Matías, La titularidad del derecho de huelga, en *Temas de Derecho Laboral*, Noviembre de 2015, ERREPAR, pp. 23/34.

7 Imprescindible la lectura del artículo de Héctor O. García, ¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? (Sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa «Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina» y las inconsistencias de sus fundamentos), *DT*, Año LXXVI, N° 07, julio 2016, pp. 1532/1545. Se puede consultar en <http://www.relats.org/documentos/DE-RECHO.Garcia.pdf>

8 Convencional Bravo, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, Tomo II, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, pp. 1457 y 1460 respectivamente.

La interpretación auténtica, por tanto, nos lleva a esa conclusión y no a la que arbitrariamente arriba la Corte, citando la opinión de una minoría de convencionales.

Resulta algo extraño pretender que un artículo de la Constitución Nacional admita más de una interpretación auténtica al analizar el debate en la convención. Sin embargo, el más alto tribunal nacional afirmó —luego de reseñar las posturas minoritaria y mayoritaria— que «no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto en discusión en esta causa».

V. Respecto a la normativa internacional, en algunos casos suprallegal y en otros de rango constitucional, la Corte se limita a señalar que, en todos los casos, incluyendo las decisiones del CLS de la OIT, se consagra el derecho de huelga exclusivamente a los sindicatos.

Esa tergiversación de la normativa no resiste el menor análisis. Alcanza con citar algunos de esos instrumentos:

El art. 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que: «c) Los empleados y los trabajadores, tanto rurales, como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores». El art. 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales dispone que: «Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio». Y el actual art. 18 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur —revisada y ratificada en Brasilia en 2015— expresa que: «1. Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad».

Se dice que la mentira tiene patas cortas, y la reciente Opinión Consultiva N° 27 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene a hacer honor al refrán. En mayo de 2021 —es decir, cinco años después de «Orellano»—, el máximo tribunal continental afirmó que: «El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones. Así lo precisan los citados artículos 45.c de la Carta de la OEA (derecho de huelga «por parte de los trabajadores»), 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales («[l]os trabajadores tienen derecho a la huelga»), y lo indican, por la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales, los artículos 8.b del Protocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC126 (supra, párr. 47 y 48, y 56 a 60). De lo contrario, además, podría verse conculcada la dimensión negativa de la libertad de asociación en su faz individual. También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general» (párrafo 95).

Esta aclaración de la Cortel DH es muy relevante, pues deberá ser tenida en cuenta por la CSJN la próxima vez que aborde el tema, so pena de generar responsabilidad internacional al Estado argentino.

Por su parte, si bien es cierto que desde hace unos años se desarrolla un debate en el seno de la OIT respecto al reconocimiento del derecho de huelga en el Convenio 87, lo cierto es que sobre su titularidad jamás existió controversias.

En efecto, con la necesidad de armonizar las distintas realidades de cada país, la OIT refiere a organizaciones de trabajadores para incluir en ese término tanto a las legalmente

reconocidas como a colectivos inorgánicos, incluso a coaliciones espontáneas<sup>9</sup> (8). Y en cuanto a la titularidad, tanto el Comité de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones como el Comité de Libertad Sindical se han expresado acerca de que se trata de un derecho fundamental tanto de los trabajadores como de sus organizaciones<sup>10</sup>.

**VI.** En el fallo, la Corte audazmente propone una definición del concepto de huelga, algo que no existe en ninguna norma del derecho interno.

Básicamente afirma que se trata de la «abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas».

Ni la Constitución Nacional ni los tratados internacionales, ni las leyes nacionales definen qué debe considerarse como huelga. Tampoco se refieren a su finalidad.

Es importante destacar en este último sentido que a diferencia de otros sistemas en los que la huelga está ceñida a la defensa de los intereses profesionales, en Argentina se entiende «por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador» (art.3º de la ley 23.551).

Y ello es congruente con la multiformidad de los conflictos colectivos, tanto en sus modalidades como en sus fines. Tal vez por eso la más acertada definición de huelga sea: «toda conducta colectiva que, en un contexto social dado y en un momento histórico determinado, se entiende, acepta y practica como tal»<sup>11</sup> (10). Huelgas por solidaridad, en defensa de puestos de trabajo, en protesta por un accidente de trabajo, por incumplimiento de una norma, por atraso en el pago de los salarios, por malas liquidaciones, contra las formas de contratación temporales, contra la tercerización y subcontratación, por mejores condiciones en una empresa que superen el convenio colectivo de actividad, contra abusos de poder, por desconocimiento de un sindicato o de delegados, por mejoras en la seguridad e higiene en el trabajo, por cambios en los tiempos o forma de producción, contra políticas de un gobierno, en defensa del sistema democrático, son algunos de los muchos motivos por los que se desatan conflictos colectivos.

Abstenerse de trabajar con o sin presencia en el lugar de trabajo, piquetes, asambleas prolongadas, quites de colaboración, trabajo a reglamento, paros de algunas horas por

9 «En el art. 10 del convenio [87] se aclara que el término organización comprende toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores. En el marco de esta definición quedan comprendidos tanto los sindicatos inscriptos como personas jurídicas, como aquellos que no lo son (caso Bélgica), incluyendo las coaliciones espontáneas de trabajadores que se organizan para un conflicto determinado (caso España, Francia, Italia, México, Brasil, Uruguay y Perú, por dar algunos ejemplos)». Guillermo Pérez Crespo, Algunas consideraciones sobre el fallo Orellano c/ Correo, artículo publicado en relats.org.

10 Gernigon, Odero y Guido, Principios de la OIT sobre Derecho de Huelga, en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117 (1998), núm. 4, p. 8. Se puede acceder en: [https://www.fim-mucians.org/wp-content/uploads/right\\_to\\_strike\\_es.pdf](https://www.fim-mucians.org/wp-content/uploads/right_to_strike_es.pdf)

11 De La Villa, García Becedeas, y García Perrote, Instituciones de Derecho del Trabajo, Ceura, Madrid, 2da. Edición, 1991, pág. 451.

turno o en distintos lugares de la producción, manifestaciones públicas, cortes de calles o rutas, tomas de establecimiento con o sin control de la producción, daños en la imagen pública de la empresa, son comúnmente las modalidades que adquieren las medidas de fuerza, pero desde luego que existen muchas otras.

**VII.** Finalmente, es importante resaltar que sin perjuicio de que la titularidad del derecho de huelga es de las personas que trabajan —y no exclusiva de los sindicatos—, se trata siempre de una acción colectiva. Es un derecho individual que se ejerce colectivamente. Pero ese sujeto plural no necesariamente está representado por una persona jurídica.

Eso no supone desconocer la importancia de las organizaciones sindicales, sino reconocer que éstas no pueden anteponerse ni sustituir la representación del interés colectivo por parte de los propios trabajadores y las trabajadoras, que aún mandatando a los sindicatos no pierden la potestad de defender sus derechos cuando crean conveniente, adoptando medidas de acción directa.

Discriminación Laboral - Prueba - Carga de la Prueba -  
Derecho del Trabajo - Discriminación - Despido - Laboral -  
Docentes

29-noviembre-2021



## Algunas reflexiones a partir del fallo «Caminos» de la CSJN

POR VERÓNICA VIDAL<sup>1</sup>

MJ-DOC-16270-AR | MJD16270

**Sumario:** *I. Antecedentes. II. La causal discriminatoria. III. En torno al carácter no taxativo de las causales discriminatorias de la ley 23.592. IV. Límites a la injerencia patronal. V. A modo de cierre.*

### I. Antecedentes

La actora accionó judicialmente en procura de la declaración de nulidad del acto extintivo de la relación laboral -dispuesto por la accionada y calificado por aquella como discriminatorio, así como de las demás reparaciones que estimó correspondían.

La causa llegó a la CSJN frente al rechazo de la demanda de la Sala Cuarta de la Cámara del Trabajo de la provincia de Córdoba, y la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia, por parte del Tribunal Superior de Justicia de la provincia.

Para así decidir la Cámara, si bien admitió que existía concomitancia entre el despido de la actora y la difusión pública de su relación sentimental con un ex alumno, de la institución en la que se desempeñaba como preceptora, de 20 años de edad y 25 menos que ella, consideró que el derecho invocado como fundamento de su pretensión —el derecho a elegir pareja y expresarlo libremente— no se encontraba protegido por la ley 23.592. Por lo tanto, entendió que en el caso no se había configurado un supuesto de despido discriminatorio en los términos del artículo 1 de la norma.

<sup>1</sup> Experta en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla, España; Relatora de la Cámara de Apelaciones del Trabajo; Ex funcionaria del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en ámbito de la DNRT, durante el período 2006-2016; Docente en Teoría General del Derecho del Trabajo en la UBA y de Derecho Colectivo en el curso de Maestría de la Universidad de San Carlos de Guatemala; Publicista en materia de Derecho del Trabajo, Género y Derechos Humanos; miembro de la Red de Profesoras de la UBA.

El razonamiento formulado por la Sala Cuarta radicó en que la actora no había indicado ni demostrado que, a sus compañeros de trabajo en igualdad de circunstancias, les hubiere sido reconocido, o se les hubiere permitido ejercer, el derecho que alega vulnerado. Asimismo, receptó el planteo formulado por la empleadora en cuanto señaló que la actora había sido advertida respecto de que no debía mantener una relación simétrica con los estudiantes, desobedeció las directivas del empleador e incumplió, de esa manera, los deberes a su cargo. Así, agregó que, pese a ello, la demandada no intentó rescindir el vínculo con justa causa, sino que le propuso conservar el cargo con una modalidad de trabajo distinta a la que venía desarrollando, circunstancias que Caminos no aceptó; así como tampoco asumió el compromiso de modificar el modo de relacionarse con los alumnos, tal como le fuera solicitado por su empleador. De allí que concluyó la Cámara, que la actora no era idónea para continuar desempeñando la función de preceptora dado que no había acatado las directivas de la institución para la que trabajaba, y que no era posible exigir a la demandada que tolerase dicha circunstancia.

Los fundamentos de la decisión adoptada por la CSJN, en el fallo «Caminos» de revocar el pronunciamiento apelado y mandar a dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido, se encuentran principalmente en la opinión vertida en el dictamen del señor Procurador Fiscal, al cual remite, y son los que motivan las reflexiones que siguen.

## II. La causal discriminatoria

Uno de los aspectos más novedosos del caso reside en señalar la omisión de la ponderación por parte de la justicia provincial, de que la causal del despido —no expresada— puede obedecer a la simultaneidad de la desvinculación con la difusión pública en un programa de televisión de la relación sentimental que la actora mantenía con un ex alumno de la institución educativa accionada, 25 años menor que ella.

Según un estudio publicado por Pew Research en diciembre de 2019, en las relaciones heterosexuales, globalmente, los hombres tienen una media de cuatro años más que sus parejas. En ninguno de los 130 países analizados hay más parejas en las que la mujer sea la mayor o en las que lo más habitual sea que ambos tengan la misma edad<sup>2</sup>.

Es decir que, en el caso, el derecho de elegir pareja y poder expresarlo con libertad tiene una connotación especial toda vez que obedece a una conducta, que no se ajusta a los patrones socio-culturales hegemónicos. Por ello, la causal discriminatoria, si bien se presenta más como una sutileza, un refinamiento de la motivación discriminatoria por razón de «sexo» contemplada en la ley 23.592<sup>3</sup>, evidencia un aspecto del sesgo de género, no tratado en el mundo del trabajo, y que conduce a analizar las consecuencias que de ello se sigue.

2 Ver la publicación en: <https://www.pewforum.org/2019/12/12/household-patterns-by-age-and-gender/#fn-32485-63>.

3 En el entendimiento que, tal como lo expresa la Observación General n°20 del CDESC respecto del PIDESC, el concepto de «sexo» como causa prohibida ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones.

### III. En torno al carácter no taxativo de las causales discriminatorias de la ley 23.592

La opinión fiscal deja en claro la textura abierta de la enumeración de la ley 23.592<sup>4</sup>, sobre la base de estimar que el artículo primero, en su segundo párrafo, contempla algunas motivaciones prohibidas que no se presentan como taxativas por tratarse de «conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos» que no agotan los supuestos considerados «particularmente» por la norma. Así, aunque no se explicita, responde a una visión del principio de igualdad, «sociológica» (en palabras de Post) o contextualizada, de una realidad social más amplia, que contempla la pertenencia de una persona a un grupo sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser parte de él, y que Fiss denomina «estructural»<sup>5</sup>.

Esta visión se opone a la adoptada por la justicia provincial, la cual se limitó a efectuar un «examen comparativo referencial» cuya exigencia probatoria recayó sobre quien alegó ser víctima de un acto discriminatorio.

Se requirió a la actora acreditar que sus compañeros de trabajo, en igualdad de circunstancias, les hubiere sido reconocido o se les hubiere permitido ejercer el derecho que ella afirmó vulnerado (elegir pareja y expresarlo libremente). Es esta una versión individualista del principio de igualdad, como diferencia de trato «en igualdad de circunstancias»<sup>6</sup>, cuya mirada está descontextualizada de la condición de mujer de la actora, de la tarea como preceptora (altamente feminizada y asociada al cuidado<sup>7</sup>) que desempeñaba y de la diferencia de edad que la separaba de su pareja, ex alumno de la institución.

Ahora bien, el dictamen fiscal afirma que debió establecerse si el trato cuestionado tenía una justificación objetiva y razonable, lo cual implicaba evaluar si ese trato perseguía fines legítimos y era un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos. Sin embargo, la lectura estructural del principio de igualdad no se vincula con la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que considera que lo que la igualdad así entendida persigue, es el objetivo de evitar la

4 La Observación General nº20 del CDESC, hace referencia en sentido similar a que en el artículo 2.2 del PIDESC, cuando se enumeran como motivos prohibidos de discriminación «la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social», la inclusión de «cualquier otra condición social» indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría.

5 «Robert Post en Robert C. Post, «Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law», en Robert C. Post et al., Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law, Duke University Press, Durham, 2003, p.1-53 y Owen Fiss, «Groups and the Equal Protection Clause», en Philosophy and Public Affairs, Volumen 5, p.29, 1976 en Roberto Saba, «(Des)igualdad estructural», en Revista Derecho y Humanidades N511, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p.19, 2005.

6 Ver Fallos, 16:118. En base a ese criterio se pronunciaba la Corte desde 1875.

7 Eso habla de una división sexual del trabajo que responde a cómo está organizado el sistema social en función del género y que ubica a las mujeres en lo que se denomina «extensiones de su rol doméstico».

constitución y establecimiento de grupos excluidos, sojuzgados o sometidos (en la teoría de Saba) por otros grupos<sup>8</sup>.

Al igual que en el caso «Sisnero» en que la Corte de Justicia de Salta sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, la actora debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto de chofer de colectivo y que en igualdad de condiciones las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser varón, la resolución de «Caminos» en la justicia provincial, da cuenta de una práctica judicial en la que se reproducen dinámicas de dominación sexista por desconocer el entramado de relaciones de poder asimétricas en que se insertan las cuestiones a dilucidar.

Por lo tanto, si asegurar la «igualdad en igualdad de circunstancias» responde a lógicas más bien individualistas (por desconsiderar la pertenencia a grupos históricamente desventajados o sometidos), en la hipótesis que propongo, tampoco basta con proteger frente al capricho y la «irrazonabilidad», sino que se requiere adoptar una perspectiva que se dirija a revertir prácticas sociales de exclusión y «perpetuación de situaciones de inferioridad».

Tal como lo explica Post, la razonabilidad funcional puede, en ocasiones, por ser «ciega» al contexto, perpetuar prácticas sociales desigualarías<sup>9</sup> y desde esa perspectiva, tal como lo sostiene MacKinnon la prohibición de la discriminación por sexo aspira a eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a desmantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres 'desaventajadas'<sup>10</sup>.

Refuerza esta idea el análisis que hace de la «discriminación sustantiva» la Observación General n° 20 del CDESC cuando refiere que: «Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares».

El derecho a elegir pareja y expresarlo públicamente en la situación particular de la actora se evidencia como desafiante del rol social esperable, que asocia a la mujer con la maternidad y la asignación del cuidado. Efectivamente, da cuenta que las circunstancias que motivaron la decisión rupturista de la empleadora, responden a factores «extraños a la actividad pedagógica e influenciados por estereotipos como la diferencia de edad entre ambos [integrantes de la pareja], y el hecho de que éste se tratara de un ex alumno de la escuela». Ello da cuenta que la recepción de tales «factores» por la justicia provincial no tuvieron más que una finalidad disciplinadora.

8 Roberto Saba, «(Des)igualdad estructural, cit. p. 20

9 Robert Post, en, «Prejudicial Appearances», p. 40 en Roberto Saba, ob. Cit. p. 28.

10 Ver Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979, p. 103.

## IV. Límites a la injerencia patronal

La simultaneidad de la difusión de la relación sentimental de Caminos, y la admisión de la empleadora de las reacciones negativas que tuvo en la comunidad educativa, exhibe la valoración de aspectos de la vida privada en la decisión rupturista vedados al empleador, al igual que otros específicamente regulados en los arts. 172, 178, 180 a 183 de la LCT. Tal como refiere el dictamen fiscal, se trata de evitar con ello que la patronal «somete a su propio juicio el proyecto de vida de quien trabaja bajo su dependencia económica o le imponga paternalmente modelos o estereotipos de conducta pues, por más amplia que resulte la autoridad del empleador, las facultades de dirección deben ejercitarse con carácter funcional y la actividad de la empresa no puede utilizarse como excusa para la anulación de derechos constitucionales» (arts. 65 y 68 LCT y Fallos:333:2306 «Álvarez» considerandos 7o y 10o citados en el dictamen fiscal).

Desde una óptica general, vale recordar que las trabajadoras y trabajadores ceden parte de su libertad al ingresar al contrato de trabajo, pero en el marco teleológico que delimita principalmente el art. 4 de la LCT.

La nuda alegación del carácter funcional de las facultades de dirección, resulta incluso insuficiente cuando de ello deriva una limitación de derechos fundamentales (de los cuales no son despojadas las personas que trabajan en relación de dependencia) y requiere una contextualización, si el, o la titular, integran grupos históricamente desventajados, tanto en el análisis de las posibles causales discriminatorias, como de los principios que han de regir en materia probatoria.

La ley 26.485 es un claro ejemplo de ello al describir a la laboral como una modalidad de violencia en términos de discriminación contra las mujeres. El artículo 6 inc. c establece que la modalidad laboral de violencia se presenta cuando «se exigen requisitos que hacen a aspecto de la vida privada (estado civil, edad, apariencia física, maternidad o la realización de test de embarazo) para el acceso, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el empleo. Luego, el decreto reglamentario 1011/2010 la define como cláusula abierta, al señalar que discriminación laboral comprende «cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin o resultado provocar distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionados en la ley» o «cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres».

En materia probatoria, la reglamentación estipula que en los supuestos de discriminación por razón de género resultarán aplicable los principios generales receptados en materia de prueba en el Convenio OIT 111, además del Estudio General de la CEACR sobre igualdad en el empleo y la ocupación de 1988 y el Informe Global de la 96ª reunión de la Conferencia.

En el acotado margen del análisis propuesto es preciso señalar la importancia que la CEACR ha dado a la cuestión probatoria en materia de discriminación, advirtiendo sobre las circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta<sup>11</sup>.

11 Estudio General de la CEACR, de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, Informe 111 (Parte 4 B), párr. 225.

Las decisiones provinciales se apartan de estos lineamientos y de los estándares probatorios nacionales (26.485) e internacionales (convenio n°111 OIT) que receptan los precedentes de la CSJN, «Pellicori» y «Sisnero»<sup>12</sup>, al descartar los indicios serios de un acto discriminatorio prima facie evaluado que acreditó Caminos y que surgen de la cercanía entre el despido y la difusión pública de la relación sentimental con un ex alumno. Máxime cuando la empleadora, si bien alegó como causal de despido el incumplimiento de obligaciones laborales recién al contestar demanda, admitió el peso que tuvo la repercusión de la noticia en la comunidad educativa, que incluso la llevó a proponer a la actora una modificación de sus condiciones laborales, alejándola del alumnado y ocultando su continuidad laboral. El ostracismo, evidentemente, es otro modo de discriminar.

Sin embargo, como se señaló, la justicia provincial, exigió a la actora que demuestre una idéntica medida adoptada con otros compañeros de trabajo, lo cual la torna una prueba diabólica. Omite de ese modo, aplicar los estándares probatorios nacionales (legales como jurisprudenciales) e internacionales en la materia.

Resta señalar que, si la ley 26.485 describe a la discriminación ejercida contra las mujeres, como una modalidad de violencia en los espacios de trabajo, en estudios posteriores, debería profundizarse respecto de la aplicación de la inversión de la carga de la prueba que surge de la recomendación n°206 del Convenio 190 de OIT y demás alcances que podrían tener estas consideraciones.

## V. A modo de cierre

Tal como refiere Fiss<sup>13</sup> y de acuerdo al análisis que planteo en torno al reconocimiento de la ponderación de la existencia de grupos estructural e históricamente desventajados en el mundo del trabajo, los jueces o juezas podrán verse forzados a lidiar con entidades altamente especulativas como son los grupos sociales que requerirá el examen de sutiles cuestiones empíricas.

Pero la vida de los jueces y juezas bajo el imperio del principio antidiscriminatorio en el que los juicios de valor resultan innecesarios, las líneas de distinción son claras y se omiten las consideraciones empíricas, resultan altamente ilusorias, y cuando se modifican para dar cabida a «discriminaciones pasadas», «los interrogantes empíricos resultan abrumadores y la apelación a juicios de valor se convierten en norma».

De tal modo la elección, por el menor esfuerzo y compromiso que genera, de la estrategia de una «jurisprudencia mecánica» alejada del contexto social y las relaciones de poder

12 Me refiero a «Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal» fallo del 15/11/2011. En el considerando 11) afirmó que «resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación».

13 Capítulo de Owen M. Fiss «El principio de apoyo a los grupos desaventajados: Incorporando el concepto de grupos desaventajados dentro del derecho» p. 137/145, en «Derecho y Grupos Desventajados» Roberto Gargarella, editor, Ed. Gedisa 1999, España.

en que se inscriben, no la convierte en justa o inevitable. Muy por el contrario, los objetivos redistributivos en términos políticos, económicos y sociales, que en definitiva genera una lectura estructural del principio de igualdad, justifica un análisis más profundo y de carácter transdisciplinario por parte de la magistratura, que puede con ello nada menos que comenzar a revertir la situación de personas que como las mujeres, han sufrido históricamente de la subordinación y dominación, o dejar de reproducir con sus decisiones dinámicas de dominación sexista que en definitiva tienen un efecto disciplinador.

Riesgos del Trabajo - Indemnización por Riesgos  
del Trabajo - Accidente de Trabajo - Comisiones Medicas -  
Inconstitucionalidad

23-noviembre-2021



## La inconstitucionalidad de la opción excluyente. El fallo Vera de la SCBA

POR M. PAULA LOZANO<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16268-AR](#) | [MJD16268](#)

En el fallo «Vera»<sup>2</sup>, la Suprema Corte de Buenos Aires, se ha pronunciado claramente declarando la inconstitucionalidad de la «opción excluyente» reimplantada por la reforma del art. 4 de la ley 26.773<sup>3</sup>.

Cabe recordar que mediante esa norma se estableció que la persona trabajadora que sufriera un daño en su salud<sup>4</sup> y desee reclamar a su empleador, deberá optar de manera excluyente entre percibir las prestaciones sistémicas por parte de la ART o iniciar una acción fundada en otros sistemas de responsabilidad, con resultado incierto, y sujeta a condiciones extorsivas<sup>5</sup>. Desde el punto de vista formal, se puso fin a la dispensa patronal

1 Abogada laboralista (UBA). Licenciada en Sociología (UBA). Máster en Igualdad de Género: Formación de Agentes para la Igualdad (Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, UCLM, 2020-2021). Especialización en Derecho Social. Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP (Todas las materias aprobadas, Pendiente TFI). Profesora adjunta en Derecho Social (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP (2015 hasta la actualidad), Asesora sindical de la Federación de Trabajadores del Complejo Industrial Oleaginoso, Desmotadores y Afines de la República Argentina (FTCIODAyRA), del Sindicato de Obreros y Empleados de la Industria Aceitera (SOEIA) y de APSA (Asociación de Psiquiatras Argentinos). Ejercicio de la profesión de abogada en forma independiente. Vicepresidenta de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas (mandato vigente 2020- 2022), Ex Secretaria General de AAL (2016/2018 y 2018/2020). Publicista y conferencista en diversos aspectos del derecho social, con perspectiva de género.

2 SCBA, Causa L. 124.807, «Vera, Isabel contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Enfermedad accidente». 11/5/2021.

3 Ver arts.4, 5, 6 y 17, inc. 2 de la ley 26.773.

4 El art. 4, segundo párr., habla de «los damnificados», pero entiendo que se trató de un error de técnica legislativa.

5 Se derogaron los incisos 1, 2, y 3 del art. 39 LRT 24.557 (art. 17, inc. 1 ley 26.773), estableciendo la posibilidad de accionar contra el empleador, pero debiendo ejercer la opción excluyente entre la percepción de las prestaciones sistémicas y el ejercicio de acciones fundadas en otros siste-

instituida en el sistema original de la LRT 24.557<sup>6</sup>, bajo absurdas limitaciones. Su objetivo fue desalentar los reclamos a los empleadores dañantes, mediante varias disposiciones que «castigan» a la persona trabajadora y a su patrocinante que opten por la vía común. El objetivo de esta reforma fue poner «fin a la litigiosidad» pero dejando firmes las causas que generan la necesidad del reclamo<sup>7</sup>.

En el fallo «Vera», los/as magistrados/as, aclaran que sus conclusiones no se aplican a la reforma operada por el art. 15 de la ley 27.348, por tratarse de hechos anteriores. Sin perjuicio de ello, considero que las mismas son extensibles a la misma, tal cual desarrollaré muy brevemente al final del artículo.

La SCBA ubica las cosas en su lugar. Para las/os trabajadoras dependientes, la pretensión de acceder a una reparación integral no puede implicar la renuncia a los «mínimos irrenunciables». Tampoco la percepción de la tarifa sistémica puede obstaculizar el acceso a la justicia a fin de lograr una reparación plena, derecho fundamental de raigambre constitucional<sup>8</sup>.

La SCBA considera que el art. 4, ley 26.773 es inconstitucional, sobre la base de los siguientes argumentos:

Se vulnera el Principio de Progresividad y no Regresividad. La ley 9.688, en su art.17 establecía la posibilidad de que los «obreros y empleados» optaran entre la acción especial que confería dicha ley «o las que pudieran corresponderles según el derecho común, por causa de dolo o negligencia del patrón». Luego, la ley 24.028 amplía dicha opción a los derechohabientes. Finalmente, la LRT 24.557, sin perjuicio del claro objetivo de eximir al empleador de toda responsabilidad y adolecer de graves inconstitucionalidades, admite el cúmulo (art. 39, incs. 1, 2, 3, y 4) tanto en los casos de existencia de dolo —cúmulo amplio— o cuando se reclame a terceros - deduciendo las prestaciones sistémicas.

Anteriormente, «la opción» se consagraba en un sistema de responsabilidad individual, con aseguramiento voluntario, cuyo obligado era el empleador dañante. A diferencia del

---

mas de responsabilidad. En este último caso, si se optare por la acción fundada en la normativa civil - en la CABA o Provincia que adhiere - se debería accionar ante ese fuero (art. 17, inc. 2) y se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil (art. 4, último párr., ley 26.773). En este artículo por razones de brevedad no abordaré la cuestión de la competencia. Se destacan al respecto el fallo «Blasco Nelson Alberto el Asociart S.A. ART y otro s/ accidente acción civil» de la Sala V CNAT, donde se dicta la inconstitucionalidad e inconventionalidad de los arts. 4o último párr y 17, inc. 2o de la ley 26.773; y «Faguada, Carlos Humberto el Alushow S.A. y otros s/ despido», de la CSJN, Competencia CNT, 36780/2014/CS1, 9/5/2017.

6 A partir del 2004, dicha ley fue declarada inconstitucional en forma reiterada y sistemática. En los aspectos aquí tratados, se destacan: CSJN, Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, 21/09/2004, L. 334. XXXIX. Llosco, Raúl c/ Irmi S.A., 12/06/2007 y CS, «Cachambí, Santos c. Ingenio Río Grande S.A.», 12/6/2007, LA LEY, 2007- E, 154, entre otros.

7 María Paula Lozano, «Acceso a la jurisdicción, competencia e irrenunciabilidad», ERREPAR, Compendio Jurídico N° 75, Julio 2013; y Lozano María Paula, «Reforma de la LRT: Veinte años no es nada. Volver a las inconstitucionales comisiones médicas», Rubinzal Culzoni, Boletín Diario del 17/03/2017, Doctrina Online; y Revista Laboral de Actualidad, 2017.

8 Formara, Juan José, La inconstitucionalidad de la opción en materia de infortunios laborales. Antes y después de la ley 27.348, LA LEY 09/06/2021, TR LALEY AR/DOC/1625/2021.

sistema vigente, cuyo objetivo fue la externalización de costos empresariales, la aseguradora de riesgos del trabajo —o el empleador autoasegurado— es la obligada al pago de la tarifa. Si se acciona contra el empleador, el fundamento de la responsabilidad será otro, contractual o con fuente en el derecho común. Tratándose de acciones de naturaleza diferente, carece de la mínima razonabilidad la reimplantación de «la opción».

Por otra parte, el bloque federal de constitucionalidad vigente (art. 75, inc. 22 CN), reconoce el carácter normativo del Principio de Progresividad (art. 2, inc. 1 PIDESC y art. 26 CADH, entre otros) que propicia la mejora continua de las condiciones de existencia y consagra la prohibición de retroceso respecto a avances o conquistas alcanzadas, lo que veda la vuelta a un sistema de opción superado. Dentro de sus múltiples alcances, también integra el contenido de la progresividad, los avances jurisprudenciales. Claramente nuestra Corte Federal —especialmente mediante los fallos «Aquino», «Llosco» y «Cachambi»— como asimismo, la SCBA y las diversas instancias jurisdiccionales del país, han admitido el cúmulo, previa impugnación por inconstitucional de las normas correspondientes.

Por otra parte, se afirma en la sentencia que la opción excluyente conculca el Principio de Indemnidad. Impedir a la persona accidentada o enferma el acceso a una reparación integral, implica dejar subsistentes daños sin reparar. Con cita de «Rodríguez Pereyra»<sup>9</sup>, recuerda que la CSJN ratificó la dimensión constitucional de «la prohibición de dañar» y «el derecho a una reparación plena», destacando que no se cumplimenta con la manda constitucional si de la aplicación de un sistema tarifado subsisten daños sin reparar: «es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral».

Agrego ahora, el principio de reparación plena, además de derivarse del art. 19 de nuestra Carta Magna, claramente se consagra en el art. 1740 CCC, el cual afirma que la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del/a damnificado/a al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de una afectación a la integridad psicofísica, la reparación pecuniaria adquiere una importancia vital, dada la dificultad de recuperar «in natura» lo que se pierde, permitiendo reformular el proyecto de vida.

Esto se vincula con estándares de protección consagrados en el sistema interamericano de derechos humanos, donde prevalecen otras formas de reparación además de las compensatorias: las medidas de restitución, de repetición y en especie, a fin de lograr la «restitutio in integrum»<sup>10</sup>.

9 CSJN, R. 401. XLIII. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, 27/11/2012.

10 Ver entre otros Corte IDH, «Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam», [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf) y «Caso Loayza Tamayo vs. Perú», [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf)

Volviendo al fallo «Vera», también se afirma que dicho art. 4 ley 26.773 conculca el Principio de Irrenunciabilidad. Principio que vertebró el orden público laboral y se encuentra vinculado al Principio Protectorio (art. 14 bis CN y 39 inc. 3 Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Si se admitiese la renuncia, toda la protección social alcanzada a lo largo de siglos se perdería frente a la necesidad de quien depende del salario para subsistir. Asimetría que se profundiza frente al accidente o enfermedad.

Sostiene la SCBA que la reforma coloca a la persona damnificada en la disyuntiva de cobrar —relativamente— rápido, prestaciones hipotéticamente de valor inferior o demandar la reparación integral de los daños con fundamento en otro sistema de responsabilidad, asumiendo el costo del tiempo que tarda y el riesgo que implica. De este modo se induce a la abdicación del derecho a reclamar sin contraprestación ni beneficio alguno.

Tratándose de prestaciones que por decisión legislativa se las incluye en la órbita de la seguridad social, dicha abdicación afecta el principio de irrenunciabilidad reconocido en el art. 14 bis CN, tercer párrafo, que afirma «el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social. que tendrá carácter de integral e irrenunciable». El derecho a la percepción de las prestaciones sistémicas constituye un derecho de carácter irrenunciable y cuya índole excede la cuestión meramente patrimonial.

Más aun, conculca el art. 11 LRT 24.557, el cual se haya plenamente vigente y reconoce que las prestaciones dinerarias sistémicas tienen naturaleza alimentaria. «Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas».

La persona que trabaja, en doble estado de vulnerabilidad, no tiene otra opción que cumplir con el procedimiento estatuido por la LRT 24.557 y modificatorias y percibir

la tarifa. En caso contrario, se le exigiría una actitud heroica, cuestión vedada por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, si quisiera iniciar una acción con fundamento en otro sistema de responsabilidad, no tendría ninguna razón que sea obligada a renunciar a su cobro. No se trata de una voluntad «libre» —cual inversionista o especulador financiero— que puede elegir opciones diferentes y esperar el resultado. Pesa sobre la misma, su suerte y la de su familia, quienes se encuentran absolutamente condicionados a la necesidad de continuar su desarrollo vital y enfrentar los gastos necesarios para su reproducción. Con lo cual, dicho «consentimiento» se encuentra viciado.

El art. 4 ley 26.773 viola también el principio de igualdad ante la ley. Si la persona trabajadora resulta derrotada, pierde todo derecho a resarcimiento. En cambio, si resulta victoriosa, renace la obligación de la aseguradora. Se trata de un castigo inadmisibles, donde se invierte la protección constitucional y el sujeto tutelado pasa a ser el empleador. Peor aún, en el art. 6 ley 26.773, se estableció que cuando por sentencia judicial, conciliación o transacción se determine la reparación con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, la ART deberá depositar en el respectivo expediente judicial o administrativo, el importe que le hubiera correspondido según el régimen sistémico, lo cual se deducirá del importe total a abonar por el condenado. Esta previsión solo opera como una garantía patrimonial para al empleador. Por el contrario, si el trabajador pierde el pleito u obtiene un resultado inferior al reconocido por los órganos sistémicos, luego de un largo litigio en el cual debió acreditar los extremos de otros sistemas de responsabilidad, también perdería el derecho a la percepción de la tarifa que le hubiese correspondido si no hubiese ejercido la opción. No resiste el mínimo test de constitucionalidad, violando en forma flagrante al principio de igualdad ante la ley.

Constituye una represalia legal por el solo hecho de ejercer un legítimo derecho, judicializar su reclamo. ¿Por qué motivo la persona accidentada o enferma no tendría derecho a percibir de la ART, como mínimo, los pisos irrenunciables? ¿Por qué no tendría derecho, al resarcimiento de la pérdida de su capacidad de ganancia? ¿En qué se funda que dichos importes deban destinarse al fondo de garantía de la SRT y no a la persona damnificada que ha sufrido una disminución en su capacidad de poner a disposición su fuerza de trabajo? Su única razón de ser es evitar los litigios mediante una fórmula extorsiva.

Además de la irrazonabilidad de la norma, dado que de ninguna manera, garantiza los fines que propicia, hay que tener presente que el Estado Argentino se haya obligado a cumplir con los instrumentos que ratifica, y en particular, con las prestaciones mínimas en materia de seguridad social, como son los Convenios 17, 42, 102 y 155 de la OIT, entre otros.

Por otra parte, debe garantizar plenamente el acceso a la justicia, como componente central del derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.

Ya lo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso «Spoltore»<sup>11</sup>: «Como parte integrante del derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, se encuentra 'la prevención de accidentes y enfermedades profesionales' como medio para garantizar la salud del trabajador» (párr. 94). «Con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, la Corte concluye que este se refiere al derecho del trabajador a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar este derecho, los Estados, entre otras obligaciones, deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización» (párr.99).

«El acceso a la justicia es uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador [.]. Esta Corte ha señalado que los derechos laborales y el derecho a la seguridad social incluyen la obligación de disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a su violación con el fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Esto mismo es aplicable al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador» (párr. 102).

Por último, las conclusiones arribadas son plenamente aplicables a la reforma operada mediante el art. 15 de la ley 27.348, la cual modifica el art. 4 de la ley 26.773<sup>12</sup> y obliga a atravesar el procedimiento sistémico ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales con paso previo obligatorio y excluyente para poder ejercer «la opción».

11 Spoltore vs. Argentina», sentencia del 9 de junio de 2020: [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm)

12 El art. 15 de la ley 27.348, modificó el art. 4 de la ley 26.773 en el siguiente párrafo: .Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo y agotada la vía administrativa mediante la resolución de la respectiva comisión médica jurisdiccional o cuando se hubiere vencido el plazo legalmente establecido para su dictado (Párrafo sustituido por art. 15 de la Ley N° 27.348 B.O. 24/02/2017).

Desde la lógica de la propia norma, ¿cuál es el sentido de obligar a la persona que trabaja o derechohabientes a atravesar el procedimiento sistémico si decide accionar con fundamento en otro sistema de responsabilidad?

Se trata de una absurda dilación, que carece de razonabilidad y cuyo único objetivo es retrasar el acceso a la jurisdicción. Inclusive, obliga a los damnificados/as a generar «prueba» ante los órganos sistémicos que podrían desfavorecerlos/as, órganos que actúan en los estrechos límites del art. 9 de la ley 26.773.

Asimismo, la reforma de la ley 27.348 ratifica la inserción del régimen en el subsistema de la seguridad social, lo cual impide la renuncia a sus prestaciones.

Tampoco es razonable que la obligatoriedad del procedimiento ante un órgano estatal —que fija requisitos en cuanto a la homologación de cualquier acuerdo—, genere la renuncia total a acciones no ejercitadas, no siendo suficiente la mera información sobre los alcances de la opción prevista (art. 13, res. SRT 298/2017)<sup>13</sup>.

Y, por último, de ninguna manera podría aplicarse el concepto de cosa juzgada administrativa y la remisión al art. 15 de la LCT 20.744, precisamente porque en la instancia sistémica no se analiza el contenido ni alcance de la reparación integral, no existe acuerdo al respecto, ni justa composición de derechos e intereses de las partes respecto a un conflicto.

Para concluir este breve comentario, puedo decir que el fallo Vera constituye un pronunciamiento muy relevante, ya que sienta doctrina legal en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, sobre un aspecto sensible en lo que hace al acceso a la justicia de las personas que sufren afecciones laborales.

A partir de la reforma operada por la ley 26.773 —y sin perjuicio de la indudable inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la opción excluyente— en los hechos se ha demostrado una sustancial merma de las acciones comunes contra los empleadores. Lo cual no significó una mejora en las condiciones de trabajo. Si bien considero que la acción colectiva —la autotutela y la lucha gremial en los lugares de trabajo por la defensa de la salud laboral— es la herramienta más idónea para evitar los daños laborales, la obstaculización de los reclamos contra los empleadores dañantes, se convierte en un desaliento en lo que hace a la prevención, el cuidado de la salud y seguridad laboral.

Como nota típica del contrato de trabajo, el empleador tiene la obligación de garantizar la salud y seguridad laboral de sus dependientes, brindando una protección eficaz en la prestación de tareas, condiciones dignas de labor y un medio ambiente de trabajo adecuado. La apropiación de beneficio de la fuerza de trabajo ajena, obliga. En primer lugar, a brindar una prevención eficaz. Y ante el quiebre de su indemnidad, nace la obligación plena de resarcir todos los daños causados.

13 Op. Cit. «Formara, Juan José, La inconstitucionalidad de la opción».

Proceso Laboral - Despido - Tutela Sindical - Representantes Sindicales - Medidas Cautelares - Reincorporación del Trabajador

23-noviembre-2021



## Fallo Laurenzo: ¿Una limitación al acceso de la tutela anticipada en materia de despidos discriminatorios y reinstalaciones al puesto de trabajo? o ¿Una señal de cambio de la doctrina de la Corte Suprema sobre la decisión definitiva?

POR M. EUGENIA GÓMEZ<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16267-AR](#) | [MJD16267](#)

**Sumario:** I. La tutela anticipada. II. El caso Laurenzo. II.A. Los hechos y antecedentes del caso. II.B. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Análisis. III. Una última reflexión.

<sup>1</sup> Abogada, diploma de honor en la Universidad de Buenos Aires y estudios de posgrado en Resolución de Conflictos: Mediación y Estrategias de Negociación (Universidad de Castilla-La Mancha, España). Profesora adjunta interina de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Universidad de Buenos Aires; docente auxiliar de la materia «Procesos de Ejecución» de la Maestría en Derecho Procesal de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata; y profesora en la Carrera de Especialización en la Función Judicial de la Universidad de Morón. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autora de diversos artículos de doctrina.

## I. La tutela anticipada

Es innegable que todo proceso judicial es consumidor de tiempo, de allí la importancia de contar con sistemas que permitan compatibilizar plazos razonables en la resolución de los conflictos y la tramitación de los procesos judiciales. Por tal motivo, el legislador diseñó los sistemas cautelares.

La tutela anticipada es un sistema cautelar atípico en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoría, resguarda —manteniendo o alterando— una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y a la utilidad de la sentencia definitiva a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes<sup>2</sup>. Esta tutela se caracteriza porque al dictarla, la jurisdicción adelanta en todo o en parte, aquello que tiene que decidir en la sentencia de mérito, para evitar el agravamiento o consumación de un daño actual e inminente.

Ahora bien, al coincidir el objeto de la tutela anticipada con la pretensión principal, surgen interrogantes: ¿Resulta suficiente acreditar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora? ¿No hay prejuzgamiento? ¿No se está dictando sentencia de modo anticipado? ¿Qué sucede con las garantías del debido proceso legal y el derecho de las partes a la igualdad ante la jurisdicción?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1997, consagra a la tutela anticipada en el caso Camacho Acosta<sup>3</sup>, resolviendo todas aquellas dudas, en aquél precedente, nuestro más Alto Tribunal tornó operativo el anticipo jurisdiccional dentro de los pliegos de una medida cautelar innovativa, que la distinguió de la de no innovar, destacando el carácter excepcional que tiene esta vía. A su vez, señaló que, si bien se deben reunir los mismos presupuestos de toda medida cautelar, resulta justificado que los jueces desplieguen una mayor prudencia en la evaluación de los recaudos que hacen a su admisión.

Asimismo, aclaró que cuando se protege anticipadamente dentro de los pliegos de una medida cautelar la decisión siempre es provisional. No existe una condena, sino que se dicta una cautela con proyecciones sobre la sentencia de mérito, con el fin de proteger

2 Rojas, Jorge A., *Sistemas Cautelares Atípicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 150.

3 Fallos 320:1633. En el caso Camacho Acosta, la CSJN afirmó: «esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de la jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. Fallos:316:1833) en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado».

En igual sentido, fallos 333:1885, 334:1691, entre otros.

al justiciable de un daño irreparable y mantener la igualdad de las partes ante la jurisdicción. Se trata de una decisión interina no definitiva, por ello no podemos hablar de prejuzgamiento ni de sentencia anticipada, ya que el proceso de conocimiento continúa su trámite. A fin de lograr un efectivo ejercicio de la función jurisdiccional, primero se protege lo urgente —obviamente una vez ponderados y cumplidos los requisitos— y se difiere el debate para un segundo momento, también necesario en el cual se respetará el principio de bilateralidad y con ello la defensa en juicio del accionado.

## II. El caso laurenzo<sup>4</sup>

### *II.a. Los hechos y antecedentes del caso*

Juan Manuel Laurenzo se desempeñaba como chofer de Unión Platense S.R.L. y fue despedido con justa causa en los términos del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). En agosto de 2015 promovió acción de amparo persiguiendo que se declare nulo el despido, se disponga su reincorporación y se le abonen los salarios caídos, argumentando que su despido obedecía a actos discriminatorios antisindicales por parte de la empleadora debido a su participación y profusa actividad sindical. Encuadró su reclamo en el artículo 1 de la ley 23.592<sup>5</sup> y artículo 47 de la ley 23.551<sup>6</sup>. A su vez, dentro del proceso de amparo, solicitó que se decrete una medida cautelar innovativa a fin que se ordene la reinstalación preventiva a su puesto de trabajo hasta el momento de dictarse la sentencia definitiva.

El 15 de diciembre de 2015, el Tribunal de Trabajo N° 2 de La Plata, hizo lugar a la tutela anticipada. Los jueces entendieron configurada la verosimilitud en el derecho<sup>7</sup> a partir de la prueba documental y declaraciones testimoniales ratificadas ante el Tribunal, aportadas por el actor. En cuanto al peligro en la demora, consideraron que según los recibos de

4 Fallos 343:341

5 Ley 23.592. Artículo 1.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

6 Ley 23.551 Artículo 47.- Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.

7 La CSJN en fallos 330:5226, entendió que: «es apropiado recordar que las medidas cautelares, como resulta de su naturaleza, no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud»

suelo obrantes en la causa, el trabajo que desarrollara el actor en la empresa revestía el carácter de principal fuente de ingresos, y por ende, la inminente interrupción de sus tareas y del sustento que las mismas implican, requiere una decisión urgente que en modo alguno puede aplazarse hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Contra dicha decisión, la demandada, dedujo recurso de reposición y subsidiariamente recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de la ley. El primer recurso fue rechazado y la concesión de los restantes denegada. La empresa se presentó en queja ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y dicha presentación también fue desestimada. La Corte local sostuvo que las decisiones relativas a medidas cautelares no revisten carácter definitivo en los términos del artículo 278 del Código Procesal Civil y Comercial, y a su vez, que no se observan particularidades en el caso, que permitan apartarse de dicha regla. Finalmente, la demandada interpuso recurso de queja por denegación de recurso extraordinario ante la CSJN. Entre sus agravios afirmó que la decisión era equiparable a definitiva porque anticipaba la solución de fondo e irrogaba graves daños en lo económico, social y empresarial, y a su vez, afectaba gravemente su libertad de contratar invocando los argumentos de la disidencia de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay en el caso «Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud»<sup>8</sup>. Recordemos que, en dicho precedente, no se discutía la procedencia de una medida cautelar sino la revisión de la sentencia definitiva, y la CSJN —por un mayoría de cuatro contra tres votos— confirmó la decisión de la Cámara que había dispuesto la reinstalación de los actores despedidos por entender configurada la causa de discriminación antisindical de los trabajadores que estaban construyendo un sindicato de personal jerárquico de empleados de comercio. La controversia planteada se suscitaba sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador. La mayoría de los jueces concluyó que los argumentos y derechos invocados por el empleador no podían desplazar la protección de sujetos de preferente tutela constitucional a la luz de sus derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. Contrariamente, la disidencia, estableció que la reinstalación compulsiva del trabajador era contraria a la libertad de contratación que pesaba sobre el empleador y que el acto discriminatorio debía ser indemnizado con la mayor tutela establecida en la ley de contrato de trabajo (despido por causa de maternidad o matrimonio).

## ***II.b. La decisión de la corte suprema de justicia de la nación. Análisis***

Nuestro más Alto Tribunal, el 4 de junio de 2020, se pronunció en la causa Laurenzo.

El voto de la mayoría, integrado por Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Lorenzetti, decidió hacer lugar a la queja, rechazando la procedencia de la medida cautelar y devolviendo las actuaciones al Tribunal de origen a fin que dicte una nueva resolución adecuada a su fallo. La disidencia, desestimó la queja por entender que una resolución vinculada a la concesión de una medida cautelar, no reviste la calidad de sentencia definitiva o equiparable a tal en los términos del artículo 14 de la ley 48.

8 Fallos 333:2306

Al fundamentar su decisión, la mayoría de la Corte Suprema, únicamente consideró, por un lado, que la SCBA al rechazar el recurso local no tuvo en cuenta los serios planteos que introdujo la demandada en torno a la existencia del perjuicio de imposible reparación ulterior que le ocasionaba la tutela anticipada concedida —recordemos que invocó los argumentos del voto disidente del fallo Álvarez—; y por el otro, que el Tribunal a quo tampoco consideró que según la doctrina de la Corte<sup>9</sup> el hecho de que la medida precautoria anticipe la solución de fondo ordenando la reinstalación del trabajador puede ocasionar agravios de difícil o imposible reparación ulterior que justifican considerar que la decisión es equiparable a definitiva.

Ahora nos preguntamos: ¿Cuál es ese perjuicio irreparable si la decisión es provisional? ¿Y el perjuicio irreparable del trabajador en caso que la sentencia definitiva ordene la reinstalación al finalizar el proceso?

Recordemos que, a la luz de la doctrina de Camacho Acosta, esta tutela es provisional y no existe prejuzgamiento, debiendo la jurisdicción analizar con prudencia los hechos del caso concreto. De la lectura del fallo emitido por el Tribunal de Trabajo N° 2 de La Plata, surgen numerosas probanzas que permitirían tener por acreditada la verosimilitud en el derecho invocado<sup>10</sup>.

A su vez, la Corte Suprema afirma que no se tuvo en cuenta su precedente «Barrera Echevarría, María y otros el Lotería Nacional Soc. del Estado s/ acción de amparo», en el cual se admitió la queja para revisar una decisión que concedía una medida cautelar de reinstalación de trabajadores despedidos. Ahora bien, la diferencia que resaltamos con dicho

9 Fallos 340:1136

10 Resulta importante tener en cuenta que en el caso y a fin de tener por acreditada la verosimilitud en el derecho, el Tribunal de Trabajo Nro. 2 de La Plata, consideró: «. que previo a su despido, el actor desarrolló una profusa actividad sindical que culminara en su designación como miembro de la comisión organizativa de la seccional La Plata de la Unión de Conductores de la República Argentina (ver acta de fecha 3 de marzo de 2014 obrante a fs. 13 que lo designa en tal carácter, juntamente con las declaraciones testimoniales de Daniel Arturo Largel y Javier Eduardo Foglino obrantes a fs. 9/12, las que fueran ratificadas por los mismos a fs.77 y vuelta). En cuanto a ello resta aclarar que de la propia acta que lo designa al actor miembro de la comisión organizativa del sindicato surgen previsiones de la organización sindical frente a posibles represalias patronales en tanto se destaca que, como contrapartida del desarrollo del gremio, se estaban produciendo despidos discriminatorios de muchos de sus miembros. Los reparos de la organización profesional de trabajadores no parecen exagerados si tenemos en cuenta que de las cinco personas que suscriben el acta referida (agregada en autos afs. 13), por lo menos cuatro han sido objeto de despidos que fueran judicializados como discriminatorios, encontrándose uno de los procesos en trámite ante el Tribunal del Trabajo N° 3 de La Plata (el caso de Maximiliano Daniel Bernardi, causa «Bernardi, Maximiliano Daniel C/ Unión Platense S.R.L. S/ amparo sindical»), y los otros tres con sentencias favorables a la parte actora que decretaran la nulidad por discriminatorios de los despidos dispuestos y en consecuencia ordenaran la reinstalación de los trabajadores en sus tareas (en el caso de Daniel Arturo Largel y Javier Eduardo Foglino la medida se dispuso en el marco de la causa «Largel, Daniel Arturo y otros c/ El Rápido Argentino S.A. s/ sumarsimo», CNTrab, Sala VII, 13/9/2011, en el caso de Cristian Ariel Bernardi en el marco de la causa «Bernardi, Cristian Ariel C/ Unión Platense S.R.L.S/ reinstalación», TT4 de La Plata, sentencia del 9 de octubre de 2015)»

fallo es que en Barrera se aseveró que no existían en la causa elementos suficientes para considerar configurado el recaudo de verosimilitud del derecho al que hallaba supeditada su viabilidad y que la cuestión debatida requería un minucioso análisis de la situación»<sup>11</sup>. En Laurenzo, el Alto Tribunal no decide revocar la medida cautelar por ausencia de verosimilitud —de hecho no hace mención de éste presupuesto ni analiza los planteos de la parte actora— sino por los agravios invocados por la demandada —daño económico, derecho a la libertad de contratar— y el perjuicio irreparable que puede ocasionar una tutela anticipada que disponga la reinstalación.

Nos preguntamos si, más allá de los hechos y pruebas del caso concreto, la Corte no está poniendo un límite o vedando el acceso a las tutelas anticipadas en materia de reinstalación por despidos discriminatorios.

Y podemos ir aún más allá y reflexionar sobre la posible modificación de la doctrina de la Corte Suprema sobre el fondo de la cuestión, pretendiendo dejar atrás precedentes como Álvarez<sup>12</sup>, Pellicori<sup>13</sup>, Sisnero<sup>14</sup>, adoptando un criterio restrictivo sobre la procedencia de la reinstalación laboral por despidos discriminatorios convirtiendo en mayoría los argumentos de la disidencia de fallo Álvarez<sup>15</sup>.

---

11 En el considerando 5a) de caso Barrera Echavarría, la Corte afirmó: «la complejidad de la situación fáctica planteada, la determinación de su correcto en cuadro no depende únicamente de un juicio de compatibilidad entre preceptos de diversa jerarquía normativa sino que requiere previamente un acabado estudio tendiente a dilucidar la real naturaleza de las relaciones habidas entre las partes litigantes, que como lo advirtió el magistrado de origen, exige un ámbito de debate y prueba que excede ampliamente el ceñido marco de un proceso cautelar» (Fallos 340:1136)

12 Fallos 333:2306

13 Fallos 334:1387

14 Fallos 337:611

15 El voto disidente consideró: «8e) la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona 9g) no se puede obligar a un empleador -contra su voluntad-a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. 15g) en la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización 16s) cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa. Nada de esto sucede, sin embargo, con al le 23.592 que requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182) resulta la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego»

Contrariamente, la mayoría consideró:«4S) el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus cogens 7ty tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un trato discriminatorio y el derecho de contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante 83) la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen las instancias jurisdiccionales interna-

### III. Una última reflexión

Al comentar el fallo, nos surgió la curiosidad de conocer cuál había sido la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Trabajo de origen, en el proceso de amparo promovido por el trabajador en el año 2015. Lo cierto es que, en la actualidad, pasados casi 6 años, el caso aún no ha tenido decisión sobre el fondo de la cuestión.

Debemos tener presente que la función del proceso judicial es privada y pública, toda vez que satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional. De este modo, el derecho satisface una necesidad individual, pero debemos hacernos cargo de la proyección social que esta tutela lleva consigo.

Todo juicio debe constituir un sistema que respete el principio de tutela judicial efectiva consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, y por ende, brinde a los justiciables respuestas en tiempo oportuno.

Y la efectividad de la tutela no solo debe provenir de la decisión en sí misma, sino además de la sencillez y rapidez de su operatividad, que muchas veces se logra a través con la concesión de una medida cautelar.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de los justiciables y, a su vez, un deber funcional para el órgano jurisdiccional llamado a hacerla realidad. Los tiempos procesales de la justicia resultan de incertidumbre notoria.

Se ha instalado una crisis que hemos normalizado y debemos trabajar para que todo proceso judicial laboral reporte al principio protectorio y al de tutela judicial efectiva, para lograr la resolución del conflicto en un plazo razonable.

---

cionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación 11º) nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con fecundo y auténtico sentido constitucional, y por el otro, el trabajador es un sujeto de preferente tutela por parte de la Constitución Nacional. Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes), no lo es en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias, tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada. Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador» (Fallos 333:2306.

---

Contrato de Trabajo - Relación de Dependencia - Locación de Servicios - Monotributo - Profesiones Liberales - Medicos - Registración de la Relación Laboral - Subordinación Técnica, Jurídica y Económica 23-noviembre-2021

---



## Algunas consideraciones sobre los hechos del caso «Rica»

POR DIEGO M. TOSCA<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16269-AR](#) | [MJD16269](#)

### I. Explicación del título, límites de este comentario y reconocimiento de estar comprendido por «las generales de la ley».

Intento dejar constancia en estas líneas de ciertas circunstancias fácticas, las que considero más relevantes, que han sido materia de análisis y resolución en el ya bastante difundido pronunciamiento de la C.S.J.N. en autos «Rica, Carlos Martín c/ Hospital Alemán A.S. y otros», de fecha 24 de abril de 2018.

Este propósito lo encaro con una gran limitación, por un doble orden de razones, las cuales se relacionan entre sí.

En diversos foros o publicaciones en los que se efectuaron comentarios sobre lo decidido en «Rica» —en esos pequeños mundos que solemos transitar— se han pasado por alto o dado por ocurridos hechos de la causa que no son tales.

Así, en unos de los primeros y necesarios estudios del caso, Jorge Elías comenta que de la causa surgiría que el médico habría integrado una asociación que brindada servicios al nosocomio, y que en tal condición gozaba de libertad en lo referido a la organización de las tareas, a la incorporación de profesionales y a la designación de jefes de servicio (Elías, Jorge, Un fallo que no habilita el fraude bajo la figura del monotributo, publicación del 2.5.2018 en sitio web [eliasvasociados.com.ar](http://eliasvasociados.com.ar)).

Desde ya esto no constituye un reproche al querido jurista rosarino, todo lo contrario, el modo en que titula la nota constituyó de por sí una útil y justa advertencia a quienes, con o sin intención —muchos con— pretendieron a partir de «Rica» sostener que el contrato de servicios —la locación de servicios en el código de Vélez— pasaba a ser una modalidad

---

1 Abogado laboralista. Especialista en DT y DDHH, Universidad Castilla La Mancha. Profesor Regular DT. UBA.

admitida sin tapujos para enmarcar la relación entre el personal profesional de la salud y los centros médico asistenciales a los que brinda su trabajo.

Ha sido justamente la sentencia de la Corte la que, a través de una cuanto menos poco clara exposición de los hechos, llevó a discusiones en las que no debimos enredarnos. De allí la necesidad de dar a conocer al «público en general» qué plataforma fáctica ha sido juzgada en el caso.

Me desempeño —hablo en presente porque ciertas consecuencias de la causa que no corresponde aquí aún citar siguen discutiéndose— como uno de los letrados del accionante en la causa analizada. Esa posición me otorga una posición de privilegio y, por supuesto, una «capitis diminutio».

Lo primero, en tanto he tenido naturalmente un conocimiento directo de los hechos del expediente que dieron lugar al pronunciamiento. Y lo segundo, en razón de la notable limitación, que adiciona a este comentario mayor subjetividad de la que ya de por sí, toda obra humana, presenta, por mi calidad de letrado de parte.

Con esa limitación y advertencia transmito lo que continúa. Quien considere que existen «tachas absolutas» puede ya dejar de leer, y me allano al cuestionamiento.

## II. Hechos constatados en la causa «Rica»

En la sentencia dictada por la primera instancia interviniente en la causa (Sentencia del 15.11.2012, Juzgado Nacional del Trabajo Nro.24), en el pronunciamiento confirmatorio de segunda instancia (Sentencia del 30.9.2013, C.N.A.T., Sala VII) e incluso en el fallo de la Corte, se constató que:

Rica prestó servicios como neurocirujano en el área del mismo nombre del Hospital Alemán, en forma ininterrumpida y diaria, atendiendo a pacientes que concurrían al nosocomio con cobertura de obras sociales, prepagas, plan médico o como asociados particulares; que cumplía funciones como médico de planta, recibiendo órdenes del director y del jefe del departamento de cirugía; que trabajó para el Hospital Alemán y Médicos Asociados Sociedad Civil (MASC) —la otra codemandada en la causa, sociedad civil que actuó como colocadora exclusivamente de personal médico en el ámbito del Hospital Alemán, que no demostró la existencia de una estructura empresarial o establecimiento sanitario en el que el actor pudiera realizar tareas— y que percibió honorarios en forma directa de parte de dichos entes (sentencia de grado).

Que MASC ha reconocido que ambas accionadas mantienen una relación comercial mediante la cual el Hospital Alemán contrata los servicios de MASC para que mediante sus prestadores le brinde asistencia a afiliados al plan de salud de la institución hospitalaria, figurando el actor como uno de esos prestadores; y que el actor prestó servicios en forma personal e ininterrumpida como médico de neurocirugía en el Hospital Alemán, percibiendo honorarios que eran abonados por dicha institución y por MASC, habiendo actuado esta última como colocadora de personal médico en el ámbito del hospital, figurando el actor en los libros de ambas como «monotributista» (sentencia de Cámara).

Y que Rica concurría todos los días a trabajar, que trabajaba en el establecimiento del Hospital Alemán y que sus honorarios han sido su única fuente de ingresos (sentencia de la Corte, considerando 9 del voto de la mayoría).

De lo hasta aquí reseñado, que constituye fiel transcripción —no textual por razones de espacio, pero sí fidedigna— de pasajes de relevantes de las sentencias de las tres instancias que intervinieron, esto es, también de la Corte, se advierte que el modo en que prestó servicios Rica a una institución hospitalaria no se diferencia de la situación que a diario se constatan en casi todas las relaciones de trabajo habidas entre personal de salud e instituciones sanitarias: prestación de servicios personales, en una estructura propia del centro hospitalario, atención de pacientes que tienen relación con dicho ente (a través de convenios con obras sociales, prepagas, etc), inserción en estructura jerárquica del nosocomio (jefe de servicio especializado, dirección médica, etc.), cumplimiento de una jornada más o menos regular y percibiendo honorarios en forma directa de parte del ente hospitalario, que en este caso desdoblaba el pago a través de dos sujetos, el propio hospital y una institución denominada MASC, que proveía personal al hospital, y de la cual Rica no era miembro.

Hasta aquí los hechos relevantes.

### **III. El «tercero en discordia» que sobrestima la Corte, y que la llevó a decidir como falló.**

La Corte se tomó cuatro años —desde 2014 hasta 2018, patentizando muy poco respeto por la urgencia con que debe atenderse la resolución de un conflicto en el que se discute un crédito de naturaleza alimentaria— para encontrar en la causa, resaltar y tomar por decisiva una prueba documental que nadie hasta ese momento del expediente había considerado de entidad (ni siquiera las condenadas, que en ninguno de los recursos planteados, tampoco en el extraordinario, hicieron mención).

Observó el tribunal supremo que Rica era uno de los socios de la «Asociación de Médicos y Profesionales del Hospital Alemán», una asociación civil constituida por los profesionales médicos que se desempeñan en el Hospital Alemán.

Cabe destacar antes que nada, pese a que de la lectura atenta de su nombre debe advertirse, que dicha asociación nada tiene que con la codemandada MASC.

MASC, como se explicó, es una suerte de proveedora de médicos al Hospital Alemán, que pagaba parte de los honorarios de Rica, demandada y condenada en la causa.

Inadvertida y ligeramente la sentencia que la Sala VIII dictó en la causa Rica cuando la misma fue devuelta de la Corte —el nuevo y último, por ahora, pronunciamiento de Cámara, luego que la Corte declarara arbitraria la sentencia de la Sala VII— confunde a MASC con «Asociación de Médicos y Profesionales del Hospital Alemán», al indicar que «/a prestación de del actor, como médico en el Hospital demandado, lo hizo fsic) asociándose con otros médicos de la demandada (llamada «MASC») donde los cargos jerárquicos (jefe de área o especialidad) eran elegidos por el propio actor junto con los otros colegas, con votación y decisión mayoritaria». (Sentencia del 29.8.2018, Sala VIII, CNAT).

Esta consideración de la última sentencia de la causa, como se viene señalando, es producto de un evidente y lamentable error. Nadie en el expediente dijo que Rica haya sido socio de la codemandada MASC, ni que ésta entidad haya previsto un sistema de votación y decisión en la designación de cargos jerárquicos en las áreas médicas.

Lo que la Corte dijo, al invalidar por arbitraria la sentencia de la Sala VII, es que Rica era socio de la ya reiteradamente nombrada «Asociación de Médicos y Profesionales del Hospital Alemán» y que —siendo esto el punto neurálgico que hace al Máximo Tribunal decidir como lo hizo— esta asociación redactó una serie de normas denominadas «Guía de la Actividad del Cuerpo Profesional del Hospital Alemán» para regular las relaciones de los médicos a ella asociados y el Hospital Alemán.

Antes de continuar con el análisis y los hechos que para la Corte fueron definitivos para resolver me parece importante decir algo sobre la naturaleza y funciones de la «Asociación de Médicos y Profesionales del Hospital Alemán».

De acuerdo a su propio sitio web ([www.ampha.org.ar](http://www.ampha.org.ar)) dicha entidad es la representante de los profesionales del arte de curar que ejercen regularmente su actividad en nuestro hospital y, conforme especifica, «la función de representar a los profesionales significa defender sus intereses laborales intermediar ante conflictos entre profesionales y ante las autoridades .la participación de la Asociación Médica no se restringe sólo a mediar cuando hay conflictos sino también a tener acceso y participar en las decisiones que hacen a la marcha del Hospital mediante un permanente diálogo con las autoridades».

Es evidente que la mentada asociación tiene una función, cuanto menos, cuasi gremial, defiende intereses laborales de los médicos y demás profesionales, pretende participar en decisiones que hacen a la marcha del hospital y se erige como sujeto de diálogo con las autoridades.

«Intereses laborales», «participación en las decisiones», «diálogo con autoridades», expresiones propias y bien conocidas para quien representa intereses de trabajadores subordinados frente a empleadores.

Sin embargo, la Corte toma la «guía» que elaboró esta entidad para sostener que «la actividad del actor tenía tres rasgos relevantes que el tribunal a quo debió haber tenido en cuenta para caracterizar de modo adecuado la relación jurídica existente entre el actor y los aquí demandados».

Se refiere a que, siempre siguiendo esa «guía», la elección de los médicos de cada servicio debía contar con el aval de los dos tercios de los médicos ya integrantes del servicio antes de ser elevado a la Dirección Médica del hospital, la que efectúa en cada caso la designación, señalando a partir de esto que el hecho de que los médicos hayan tenido una injerencia directa debió haber sido evaluado por el tribunal a quo para establecer si el Hospital Alemán tenía las facultades necesarias y suficientes para organizar según su exclusiva voluntad el modo en que los medios personales debían ser articulados para prestar servicios médicos; a la circunstancia, como segundo rasgo relevante, que surge de la «guía» en relación a cómo debían cumplir los médicos las prestaciones asistenciales, a partir de lo cual concluye la Corte que el hospital no estaba facultado para introducir por su sola voluntad cambios en una modalidad esencial del contrato de trabajo (llamativa y preocupante consideración de la Corte, que parece pasar por alto que esa limitación es propia de todo empleador, art. 66 L.C.T.) y, finalmente, el hecho de que, según la guía,

los médicos sólo reciben una contraprestación por los servicios efectivamente prestados y nada reciben si no realizan prestaciones.

En el oportuno y muy fundamentado trabajo doctrinado titulado «Reflexiones sobre la sentencia de la CSJN en el caso “Rica”», comentario redactado en base a la exposición del autor en la Reunión Académica convocada por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el 23 de mayo de 2018, Juan Ángel Confalonieri deja muy en claro las razones por las cuales esos «rasgos relevantes» no resultan obstáculo alguno para reconocer el carácter laboral de la relación mantenida por Rica con el nosocomio, siendo lapidario y terminante al expresar su disconformidad con el fallo del Máximo Tribunal, al manifestar que «la verdad es que no hay que esforzar demasiado el intelecto para rebatir los argumentos de nuestra Máxima Autoridad Judicial. Es tan notorio su desacierto, que bastarán pocos renglones para ponerlo de manifiesto».

Cumpliendo el objeto que me propuse al asumir este breve comentario, seguiré absteniéndome de formular, por mi parte, opinión o juzgamiento sobre el mérito o sin razón jurídica del pronunciamiento de la Corte. Aquí solo intento hablar de los hechos que se tuvieron en mira para sentenciar.

Y lo cierto, concreto y definitivo, estimadas y estimados lectores, es que el tribunal del cuarto piso del Palacio de Justicia, no dijo ni observó en el expediente que efectivamente Rica haya actuado con el grado de participación en la gestión que pregona la tan sobrestimada «guía». Ninguna prueba se produjo al respecto, ningún testimonio de los muchos vertidos dio cuenta de ello. Ni siquiera se les pregunto a los testigos sobre el acaecimiento o no de las situaciones regladas por la «guía».

La Corte —y aquí sí me permito opinar, o, en rigor, dejar constancia de un hecho— falló en base a la letra de una «guía» de desempeño, no con sustento en la realidad subyacente de la causa, que quedó evidenciada con los muchos otros elementos de prueba, en particular con la prueba testimonial.

Es decir, privilegió las palabras de un documento —de dudosa relevancia— por sobre los hechos que se observaban como efectivamente sucedidos.

Concluyendo, en la causa Rica en nada incide la existencia de un tercero que pudo haber cumplido un papel de cierto protagonismo en la relación anudada entre el profesional médico y la institución de salud (como puede haber sucedido en el precedente «Cairone», del 19.2.2015, teniendo en cuenta el lugar que ocupó la Asociación Argentina de Anestesiólogos en lo referente a la modalidad de pago y cobro de los servicios del galeno por parte del hospital); tampoco se ha observado que algún tercero, alguna asociación integrada por Rica, haya efectivamente entrado en competencia con el dador de trabajo, limitando o cercenando sus facultades de organización y dirección. Menos aún que alguna entidad de la cual el médico haya sido partícipe haya tenido intromisión en la determinación de la prestación dineraria —del salario— que percibía Rica, bajo el título de honorarios.

En definitiva, en «Rica» no hubo nada nuevo bajo el sol.

Los hechos observados no han sido distintos a las circunstancias que habitualmente se presentan en la generalidad de las prestaciones de servicios personales brindados por profesionales de la salud en y para entidades hospitalarias y clínicas. Esa realidad tan conocida y habitual que llevó al profesor Ricardo Lorenzetti a decir, en su obra doctrinaria, que «Cuando el profesional, aún actuando fuera de la empresa, se dedica a una gestión

típica de ésta y que es inherente al objeto negocial empresario, estamos en el plano laboral. El profesional en sí mismo es un «medio», un «recurso» de la empresa. El profesional sirve a la actividad comercial del principal. Asume como propia la causa fin del negocio que el patrono celebra con terceros; su prestación se colorea nítidamente con esos fines. Ésta es una asunción típica del vínculo dependiente'. (Lorenzetti, Ricardo L., La empresa médica, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 392/3), realidad que, extrañamente, observó con un juicio tan diverso, junto a otros dos miembros del tribunal, cuando lo tocó resolver en la causa «Rica».



## El fallo «Abdurraman»: Posibilidades de revertir el criterio de la Corte

POR JORGE ELÍAS<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16255-AR](#) | [MJD16255](#)

La limitación en el pago de costas judiciales establecida en los artículos 277 LCT y 730 CCivCom.

La ley 24.432 dictada en 1994, instituyó para el condenado en costas en un proceso judicial una suerte de garantía estableciendo que el total de las costas del proceso no podrá superar el 25% del monto de la condena en primera o única instancia. Ese límite, según el texto legal, comprende «el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados». La fórmula legal se impuso como un párrafo adicional al texto del artículo 505 CC y, con la misma redacción se incorporó al artículo que ahora comentamos. El texto se mantuvo con la misma redacción en el nuevo Código Civil y Comercial como artículo 730.

La disposición ha sido sumamente cuestionada, en tanto, como veremos presenta efectos muy disvaliosos para el actor vencedor en el juicio, así como para los profesionales intervinientes, situación que resulta particularmente injusta en el caso de los pleitos laborales.

La norma alude genéricamente a «costas» y específicamente incluye el valor de «os honorarios correspondientes a todas las profesiones y especialidades». De ello resulta que quedan alcanzados por esta enumeración los honorarios de abogados y peritos, más las contribuciones a las cajas de previsión para abogados que tienen organizadas las provincias (no así la CABA).

1 Abogado. Asistente regular al Curso de Postgrado Derecho de Daños (FCJS - UNL - 2000/2002). Asistente al Curso de Actualización en Derecho Procesal Civil -UCA-Facultad de Derecho. Paraná marzo a julio 2005 -30 horas reloj-. Secretario del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de Entre Ríos -períodos 2007/2009 y 2009/2011-. Concurrente a Congresos Provinciales de Derecho organizados por el Colegio de Abogados de Entre Ríos. Asistente a Congresos Nacionales de Derecho Procesal (AADP). Autor de artículos jurídicos y ponente en Congresos Académicos. Subdirector del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Entre Ríos (2012/2014). Director del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Entre Ríos (2015/2018).

En muchos casos corresponderá sumar a los honorarios el 21% el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, que deben adicionar a sus facturas los profesionales que revistan como responsables inscriptos de esa obligación.

Particularmente grave se torna la cuestión en los supuestos en que intervienen en el pleito dos o más peritos (en un juicio por reparaciones de la LRT no es raro que concurren un perito médico, un ingeniero en higiene y seguridad y un contador), lo que disminuye notoriamente las posibilidades de cobro de los honorarios a cargo directamente del condenado en costas, ya que aumenta el número de sujetos que deberán participar de la prorrata.

Si bien la extensión solicitada para este trabajo no nos permite explayarnos en la cuantificación del daño patrimonial que provoca esta norma<sup>2</sup>, el referido menoscabo en la retribución de los abogados puede llegar a más de un 50% del crédito.

## El fallo «Abdurraman»

La Corte Suprema de Justicia abordó el tema a través del pronunciamiento recaído en la causa «Abdurraman Martín c. Transportes Línea 104 S.A. s Accidente Ley 9688»<sup>3</sup> en el que revocó una sentencia proveniente de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había declarado la inconstitucionalidad del art. 277 LCT.

Este fallo se ha transformado en una suerte de dogma para muchos tribunales del país que lo toman como una decisión absoluta de alcance general a toda situación en la que se controvierta esta institución lo que ha llevado a muchos colegas a desistir de cuestionar constitucionalmente la norma.

La Corte, en lo más recordado de su pronunciamiento, justifica el menoscabo de derechos de los abogados de la parte vencedora, al afirmar que la aludida limitación en el pago de las costas a cargo de la parte perdedora «se manifiesta como uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, asegurando la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos.» Procede además a justificar la norma dejando constancia de que la misma «no conculca el derecho de igualdad, ya que no evidencia un fin persecutorio o discriminatorio sino que, por el contrario, otorga el mismo tratamiento a todos los profesionales que asisten a la parte no condenada en costas, sea ésta actora o demandada, trabajador o empresario, con el objetivo de disminuir los gastos procesales.» Las referencias a la finalidad de «evitar abusos o excesos» y disminuir los gastos procesales, deja entrever un cierto prejuicio contra el trabajador que litiga en pos del reconocimiento de su derecho y que, vale apuntarlo, obtuvo un fallo favorable firme de un tribunal de justicia.

2 En nuestro comentario al art. 277 LCT en la Ley de Contrato de Trabajo comentada dirigida por el Dr. Mario Ackerman hay un ejemplo preciso del daño patrimonial que provoca la aplicación de este instituto. Ver Ley de Contrato de Trabajo comentada, M. Ackerman Director Tomo III pág.546 Rubinzal Culzoni Santa Fe 2016.

3 Sentencia del 05.05.09 Fallos 332:921.

## Una puerta abierta a los planteos de inconstitucionalidad

Pese a esta toma de posición tan contundente, el Alto Tribunal parece apartarse de ese dogmatismo al habilitar una eventual declaración de inconstitucionalidad. Se advierte que el propio fallo «Abdurraman» la Corte destaca que en el caso «se verifica prima facie la existencia de agravio» para los letrados de la parte actora «en lo que atañe a la afectación de la garantía de la propiedad que les asiste, en la medida en que toda limitación a la extensión de la responsabilidad —como la incorporada al art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo por el art. 8 de la ley 24.432, con respecto al condenado en costas— es susceptible de provocar a los titulares del crédito por honorarios un gravamen cierto y actual, un perjuicio concreto, que se hace evidente al cercenar el derecho de reclamar al vencido la prestación en forma íntegra, y ello con independencia de que se les reconozca o no la posibilidad de exigirla contra su propio cliente.» En el considerando sexto del fallo, el Alto Tribunal se impuso la tarea de «determinar si, en el caso concreto que se somete a su decisión, los letrados de la parte actora acreditaron que el art. 8o de la ley 24.432 les ha originado un menoscabo sustancial a las garantías constitucionales que invocaron en autos. Ello así, ya que «de otro modo, carecería de sustento la descalificación de dicha norma con base constitucional, decidida por el tribunal a quo.» En base a este argumento, en el citado caso «Abdurrahman» la Corte imputó a la sentencia de Cámara el haber declarado la inconstitucionalidad de la norma sin tener en cuenta que «los letrados de la parte vencedora no demostraron, mínimamente siquiera, en qué medida la aplicación de la norma impugnada resultaría violatoria de la garantía constitucional a una retribución justa».

## Carácter relativo de la inconstitucionalidad

La Corte ha sentado así el criterio de que la norma del art. 277 LCT no es, en sí misma inconstitucional<sup>4</sup>, sino que su invalidación constitucional sólo operará siempre que quien la invoque acredite el daño causado por la norma que impugna. Es lo que en doctrina se conoce como inconstitucionalidad relativa, lo que se verifica, según Sagües, cuando «la misma ley, aplicada a una relación jurídica específica, produce un resultado constitucional; pero efectivizada en otra, acarrea una respuesta inconstitucional»<sup>5</sup>.

De lo expresado concluimos en la necesidad de que, en el mismo acto de contestar el pedido de la condenada en costas de que se aplique el citado art. 277 LCT, quienes pretendan resistir la misma deberán cuantificar con números precisos, el menoscabo de su crédito. Para ello deberán sumar todos los conceptos que quedan alcanzados por el prorrateo y confrontar ese importe con el 25% que el derrotado pretende pagar a fin de que surja así la magnitud del despojo que se pretende consumir.

4 El rechazo fundado en la falta de demostración del perjuicio que alegan los litigantes de la parte también se repite en el fallo «Villalba, Matías Valentin c. Pimentel, José» del 27.05.09 (Fallos: 332:1276).

5 SAGÜES, Néstor Pedro, «La interpretación judicial de la Constitución», p. 228, Depalma, Buenos Aires, 1998.

El hecho de que la postulación de inconstitucionalidad debe articularse una vez establecida la magnitud de la pérdida, hace que no pueda reprocharse a quien la alega el no haberla planteado al comienzo del proceso, ya que hasta no configurarse un daño no hay posibilidad de alegar la inconstitucionalidad.

Será decisivo poner de resalto en esa presentación que la cuestión de las costas judiciales, como hemos visto, va más allá de los honorarios de letrado y peritos, ya que incluyen además los aportes a las cajas de previsión de abogados (que no existen en el orden nacional), el IVA, y la tasa de justicia, como así también destacar el efecto que provoca la intervención de varios peritos en el proceso.

Asimismo, deberá tenerse presente que la sugerencia contenida en el fallo «Villalba» citado más arriba en cuanto a que la norma no reduce los honorarios profesionales, y habilita al letrado de la vencedora a cobrar el saldo a su propio cliente, lo que entendemos extensivo a los peritos u otros acreedores de costas pagadas insuficientemente, choca con dos impedimentos muy relevantes. En primer término, la injusticia que subyace en el hecho de que el trabajador, en este caso, pese a haber ganado el pleito tenga que pagar costas devengadas por su contraparte. Pero además, la invitación a ir a cobrarle al trabajador vencedor en el juicio, en la mayoría de los casos, será de imposible ejecución, dado la condición de insolvente de buena parte de los trabajadores, o, en otros casos, la protección de su patrimonio que resulta de lo dispuesto por las leyes 20.744 y 24.557.

### **Una batalla que no debería terminar aquí.**

Buena parte de tribunales de primera y segunda instancia nacionales y locales se han pronunciado declarando la inconstitucionalidad de la aplicación de la reducción de costas prevista en el artículo 277 LCT (a veces invocado como artículo 730 CCivCom.). Tal circunstancia nos estimula, y al mismo tiempo nos obliga a persistir en este planteo apoyando los planteos de dichos magistrados.

Será necesario también procurar que otros tribunales que, sin adentrarse a considerar la magnitud del agravio en los casos en que los impugnantes lo hayan fundado y desarrollado- rechazan todo planteo de inconstitucionalidad de esta norma con una mecánica remisión a lo sostenido por la Corte en «Abdurraman» sin advertir que la validación constitucional del artículo 277 no tiene efectos erga omnes, revelan su criterio aplicando los principios sentados por la propia Corte.

No podemos evitar la comparación con la gesta —por cierto de mayor relevancia— relativa a la impugnación constitucional del tope indemnizatorio en el artículo 245 LCT, que llevó largos años y arduas batallas hasta que la Corte —revisando su criterio— dictó el recordado precedente «Vizotti».

Riesgos del Trabajo - Accidente de Trabajo - Enfermedades - 19-noviembre-2021  
Indemnización por Riesgos del Trabajo - Incapacidad



## Algo más que un baremo

POR CARLOS A. TOSELLI<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16257-AR](#) | [MJD16257](#)

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes. III. La ley 26.773. IV. El texto en cuestión. V. El fallo de primera instancia. VI. La sentencia de Cámara. VII. La intervención de la C.S.J.N. VIII. Algo más que un baremo. IX. Conclusiones.

### I. Introducción

La ley 24.557 en su afán de reducir los juicios laborales por vía de la determinación administrativa del daño (hasta su máxima pretensión que era la eliminación de tal litigiosidad) impuso un corset, que en última instancia debió ser dirimido por el propio gobierno a partir de la falta de acuerdo de los actores principales del sistema. Esta decisión determinó el famoso listado de triple columna que contemplaba el agente causal, la afección producida y reconocida y la actividad con capacidad para provocar el daño.

Como nota a favor de tal decisión se determinaba que, en el caso de la confluencia de la triple columna, de una patología así listada, el derecho a la reparación procedía, iure et de iure, siempre y cuando, lógicamente se determinara el padecimiento de un grado de incapacidad cuantificable, pues paradójicas de la ciencia médica, en ocasiones, aun así los galenos del órgano administrativo del sistema especial, determinaban que no se verificaba daño constatable.

La cuestión de la magnitud del daño fue otro aspecto a meritar, ya que para las distintas patologías que figuraban reconocidas en el listado se establecieron rangos, que bajo la apariencia de cientificidad y evaluación subjetiva, marcaban un cerrojo al reconocimiento del padecimiento, que si bien no podía ser inferior al pautado mínimo tampoco podía superar el límite máximo de reconocimiento.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Sala Décima de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Autor de numerosas obras sobre la especialidad y conferencista y panelista de congresos nacionales e internacionales.

Este listado era esencial al sistema, ya que como señala el art. 6 inc. 2 párrafo final, las enfermedades no listadas así como sus consecuencias en ningún caso serían consideradas resarcibles. Esto que motivara que el Profesor Antonio Vázquez Vialard allá por el lejano 1.996 señalara la notoria inconstitucionalidad de dicha disposición cuando se lograra determinar el nexo causal adecuado, fue lo que llevó al avance sobre las patologías no listadas, esencialmente a través de los casos «Silva»<sup>2</sup> y «Rivadero»<sup>3</sup>, ambos fallados por la anterior CSJN.

Pero, el problema era más amplio, puesto que en esas dolencias reconocidas como laborales por la justicia, se perdía todo el control sistémico, ya que la pericia médica judicial no estaba sujeta a baremos de una patología no reconocida y por ende su cuantificación dependía del buen saber científico del profesional del arte de curar a la hora de emitir su dictamen judicial.

## II. Antecedentes

Esta situación de notoria confrontación con el art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto al deber de no dañar a otro, o la obligación de reparar derivada de tal daño, había sido advertida, no sólo por el precitado maestro juslaboralista, sino por los propios operadores del sistema, que idearon una solución intermedia. Admitieron que más allá que no se lograran configurar los requisitos de la triple columna, había patologías detectadas, cuya ausencia de reconocimiento no iba a supervivir el cuestionamiento jurisdiccional por su incuestionable nexo demostrable de causalidad adecuada con la labor cumplida a las órdenes del empleador.

Bajo esta concepción y con el fin no declarado de evitar la fuga sistémica hacia el derecho civil (que si bien a esa época estaba prohibido) ya se avizoraba por pronunciamientos de muchos tribunales que salteaban dicha valla descalificando el art. 39 inc. 1 de la ley 24.557, es que el DNU 1278/00 modifica el art.6 de la LRT agregando la posibilidad de reconocimiento de algunas patologías, que no figuraban en la lista cerrada, con valor exclusivo para el trabajador reclamante y siempre y cuando mediara la actuación de la Comisión Médica local en primera instancia y ello fuera ratificado por la Comisión Médica Central, la que además debía fijar el porcentaje de incapacidad, aspecto que le era vedado a la Comisión médica local para de esa manera mantener el control y la uniformidad de los grados de afecciones que iban a ser reconocidos.

El sistema comenzó a fallar cuando el decreto reglamentario del DNU 1278/00, el decreto 410/01 determinó que sólo se reconocerían aquellas afecciones que tuvieran causalidad exclusiva en el trabajo desarrollado, lo que era científicamente inadecuado y en muchos casos improbable. Además, se agravó la situación por la poca predisposición administrativa a reconocer tales patologías. De hecho en los alrededores de 700.000 siniestros anuales había numerosos reclamos por algunas de las afecciones más comunes que no figuraban listadas (de hecho Silva tenía asma y Rivadero un problema de columna

2 CSJN Autos: «Recurso de Hecho: Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.» - Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2007

3 CSJN Autos: «R. 720. XLIV. RECURSO DE HECHO Rivadero, Nicolás Cayetano el Liberty A.R.T. S.A. Y otra» - Sentencia de fecha 14 de Agosto de 2013.

y en ninguno de los dos casos eran admitidas sus afecciones por el sistema), pero tengo registrados con los dedos de mis manos, los pocos casos que lograron ese dictamen favorable que habilitaba al peticionante a la percepción de las prestaciones dinerarias por incapacidad definitiva (un caso de várices y algunas variantes de cáncer ocupacional).

Consecuentemente todos esos reclamos recaían en la justicia, que en algunos pocos casos comenzó a utilizar el mecanismo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales para reconocer el pago de las prestaciones dinerarias correspondientes a patologías no listadas y a fin de que las ART no denunciaran un quiebre de la ecuación económica financiera de la contratación, al obligarlas a tener que asumir un monto cuyo costo asegurativo no había estado incluido en la prima cotizada y abonada por el empresario.

### III. La ley 26.673

Así estábamos hasta el año 2012, cuando por vía del trámite express ordenado, los legisladores decidieron introducir una nueva reforma a la ley 24.557, con claroscuros favorable, pero también marcados retrocesos, que impactaron en el sistema de reparación hasta ese momento vigente. Con relación a los primeros claramente la incorporación de un mecanismo de ajuste automático con el índice salarial RIPTE, la derogación de la prohibición de la acción civil y la supresión de la renta periódica obligatoria para los casos de mayor grado de incapacidad y muerte se cuentan para ese lado.

Respecto de los puntos más criticados de la reforma sin duda que estuvo la reinstalación de la acción renunciativa eliminando el cúmulo amplio establecido a partir de «Aquino»<sup>4</sup> y sobre todo de «Llosco»<sup>5</sup>, la discriminación hacia el trabajador que sufría un accidente in itinere al que le era traído el 20% que el art. 3 estipulaba para la cobertura de los daños no abarcados por la reparación sistémica y la sinuosa aparición del art. 9 que bajo pretexto de igualdad de trato, marcó o pretendió hacer un quiebre esencial a la hora reparatoria, con el cerrojo allí dispuesto.

### IV. El texto en cuestión

El art. 9 de la Ley 26.773 prescribe lo siguiente: «Para garantizar el trato igual a los damnificados cubiertos por el presente régimen, los organismos administrativos y los tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos al Listado de Enfermedades Profesionales previsto como Anexo I del Decreto 658/1996 y a la Tabla de Evaluación de Incapacidades prevista como Anexo I del Decreto 659/1996 y sus modificatorios, o los que los sustituyan en el futuro».

Claramente el texto legal pretende conformar un mandato hacia las instancias administrativas de las ART, las Comisiones Médicas tanto locales (jurisdiccionales en la jerga le-

4 CSJN Autos: «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688» - Sentencia de fecha 21 de setiembre de 2004.

5 CSJN, Autos: Recurso de Hecho - «Llosco, Raúl c/ Irmí S.A.»- Sentencia de fecha 12 de junio de 2007.

gal) como Central, como también al Poder Judicial al decirle al perito médico designado por el Tribunal que no podría apartarse en su decisión ni de la tabla, ni del baremo de los decretos 658/96 y 659/96.

Pero más grave aún es la interferencia expresada al afectar la independencia del Juzgador que con todos los elementos probatorios podría eventualmente determinar un mayor grado de incapacidad o la incorporación de patologías no listadas que por vía de esa decisión jurisdiccional lograrían así su reconocimiento.

## V.- El fallo de primera instancia

El Juzgado Nacional de Primera instancia del Trabajo número 55 a cargo del Dr. Julio Armando Grisolia (como Juez subrogante) sostuvo que los baremos son tablas que relacionan en abstracto enfermedades con disminución de la capacidad laborativa, estimando frente a una secuela o dolencia determinada un porcentaje. Afirma que el mismo es estimado, ya que diferentes tablas pueden informar resultados diferenciados para una misma dolencia. Un ejemplo claro de ello es lo que acaece con el baremo previsto por la ley 24.241 para lograr el beneficio de jubilación por invalidez o bien con la evaluación que se suele utilizar en sede civil para determinar incapacidades por accidentes de tránsito. Al respecto se señala «no basta impugnar el grado de incapacidad o el uso de un baremo determinado, a través de la mera disconformidad o la crítica genérica, sino que hay que criticar concretamente el uso que el experto hace del mismo o señalar con argumentos científicos-lógicos que la incapacidad acordada es inadecuada a los padecimientos del trabajador».

Con ello claramente el Juez, cuando así lo hiciera, daría prevalencia a una pericia médica (la judicial) sobre un dictamen administrativo que no lo obliga y cuyas reglas de imparcialidad en muchos casos merecían cuestionamiento. A más cumpliría el rol asignado no sólo por la Constitución Nacional, sino por el propio sistema especial, al actuar como órgano revisor para dirimir el aspecto jurídico de la valoración de la cuestión médica (a más del nexo de causalidad, en muchas oportunidades) sin inmiscuirse en la cuestión del conocimiento médico científico para el cual se requirió la opinión experta.

## VI.- La sentencia de cámara

La Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, a través de su Sala VII, entendió en el recurso de apelación interpuesto por la ART demandada, cuyos agravios fundamentales eran la aplicación del 20% adicional para casos in itinere y la falta de utilización del baremo de incapacidades laborales reglamentario de la Ley de Riesgos de Trabajo (decreto 659/96) y por tanto, según entendía Asociart ART SA, la excesiva incapacidad otorgada. Prosperó en esta instancia revisora sólo el primero de los argumentos en virtud del precedente «Espósito»<sup>6</sup> y la Cámara pese a no compartir el criterio, decidió hacer lugar

6 CSJN. Autos: «Espósito, Dardo Luis vs. Provincia ART S.A. s.Accidente - Ley especial# - Sentencia de fecha 7 de junio de 2016.

al planteo recursivo en aras de no generar un dispendio jurisdiccional innecesario, en aspecto que luego mereciera ratificación de la Corte Nacional en «Páez Alfonso»<sup>7</sup>.

Con respecto al grado de incapacidad la Cámara sostuvo «los magistrados deben recurrir a la opinión de un experto en determinadas materias quien, por sus conocimientos científicos contribuya al esclarecimiento de la cuestión litigiosa, pues los jueces carecen de conocimientos en estas materias, o aún teniéndolos, no forman parte del área correspondiente a la que se deben abocar, por lo que necesitan de estos auxiliares de la justicia». Es dable destacar el fundamento del Tribunal al decir que «los baremos son sólo tablas indicativas y en definitiva el órgano facultado legítimamente para determinar la existencia o no del grado incapacitante y su adecuación es el jurisdiccional» y en esa línea expresó: «el experto sólo tiene atribuciones para determinar la presencia de una dolencia en el trabajador siendo el Sentenciante quien debe valorar, a través de los elementos de prueba arribados a los autos, si existe nexo causal en los términos del Código Civil» «si el juez pretende apartarse del dictamen pericial, dicha circunstancia debe obedecer a la existencia de argumentos científicos que lo fundamenten». Claramente, si no hay informe en disidencia del perito médico de la accionada no se puede so pretexto de obligatoriedad del baremo socavar la facultad de los jueces de determinar el grado de incapacidad y la calificación legal de un determinado infortunio laboral.

## VII. La intervención de la C.S.J.N.

Siguiendo con los razonamientos procesales, en el caso que se comenta, y teniendo en cuenta que la demanda es sistémica, sostiene el máximo tribunal de la Nación que se deben aplicar los baremos previstos por los decretos 658/96, 659/96 y 49/14 los cuales sólo contemplan las consecuencias inmediatas del accidente de trabajo o enfermedad profesional desconociendo las mediatas previsibles pese a tener sustento claramente en el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>8</sup>.

La C.S.J.N. ratifica la línea de razonamiento que estableciera a partir de los autos «Espósito» en cuanto al modo de interpretación literal del texto analizado. Efectivamente si uno lee el art. 9 de la ley 26.773 supra referenciado, no existe duda alguna de la intención del legislador de aplicación del mismo. En ese sentido el texto es claro, incluso mucho más claro que otras normas que el máximo tribunal nacional convalidara por vía de su análisis lingüístico.

Lo que no hace el Tribunal es verificar si la norma en cuestión tiene apego constitucional o si por el contrario repugna a nuestra Carta Magna. El hecho de que en el caso no se hubiera planteado ni declarado la inconstitucionalidad del referido texto no implica su

7 CSJN Autos: Páez Alfonso, Matilde y otro c/ Asociart ART S.A. y otro s/ indemnización por fallecimiento, - Sentencia de fecha 27 de setiembre de 2018.

8 En idéntico sentido Schick, Horacio. (2017) Ley 27.348, complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo: Análisis y perspectivas. Tercera parte, en cita MJ-DOC-11907-AR|MJD11907.

aplicabilidad inmediata e incondicionada, al menos a tenor del precedente de los autos: «Rodríguez Pereyra»<sup>9</sup>.

Este parece ser el meollo de la cuestión en los últimos precedentes en materia de riesgos del trabajo de la Corte Suprema de Justicia, retomando el criterio fijado en la causa «Gorosito»<sup>10</sup> al definir el alcance de la actuación judicial, dejando de lado los criterios de oportunidad y conveniencia, destacando que ello le está vedado al Magistrado, se supone que so pretexto de convertirlo en legislador, violentando así, a juicio del máximo tribunal de la nación, la independencia de poderes que deben actuar interrelacionados.

Esta discusión parece ser central en la hora actual: el juez activista tendría muy poca cabida en el marco referencial de esta Corte Suprema de Justicia. Bastaría que el legislador dijera que una cosa es de tal modo, para que el Magistrado se viera obligado a acatar esa disposición literal, quedando solamente la función judicial para resolver aquellos supuestos de interpretación difusa o confusa.

Entiendo que ello resulta una visión parcial del rol del Magistrado obviando el análisis constitucional y (actualmente) también convencional del texto referido. No se sostiene la existencia de un juez Hércules<sup>11</sup> a la hora de un conocimiento omnipresente, sino simplemente el diálogo de fuentes que proclama el nuevo Código Civil y Comercial a la hora de rescatar la obligatoriedad de aplicar los preceptos del *ius Cogens* en resoluciones que devienen trascendentes como es determinar el grado de incapacidad de sujetos trabajadores afectados en su bien máspreciado, que es su salud.

Renunciar a indagar el apego constitucional del texto analizado, so pretexto de la claridad lingüística de su norma, es limitar la función judicial a un mero rol de interpretación escrituraria, dejando de lado la decisión del constituyente de 1.853 del balanceo de los poderes, a fin de evitar que el ciudadano sufra los avances de eventuales y ocasionales mayorías parlamentarias, sabiendo que de esa manera existiría una barrera infranqueable de garantía pétrea en defensa de los intereses individuales y colectivos.

## VIII. Algo más que un baremo

Deviene de inusitada gravedad el modo de resolver este caso y los que le han seguido en zaga, en especial el reciente «Seva c/ Asociart»<sup>12</sup>, donde incluso el máximo tribunal se aparta del criterio de habilitación del recurso extraordinario federal para, ingresando por vía de una supuesta arbitrariedad de los tribunales inferiores, perforar el remedio federal y transformarse en tribunal de instancia común.

9 CSJN, Autos: Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios - Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2012.

10 CSJN, Autos: «Gorosito c/ Riva S.A. y otro s/ daños y perjuicios» - Sentencia de fecha 1 de febrero de 2002.

11 Conforme análisis de Ost, Francois, nota de doctrina titulada: Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez en Revista sobre Enseñanza del Derecho Año 4 Nro. 8, 2.007, págs., 101-130.

12 CSJN - Autos: «Seva, Franco Gabriel c/ Asociart ART S.A. s/ accidente - ley especial» - Sentencia de fecha 5 de Agosto de 2021.

Nuestra Corte Federal parece ignorar que la República Argentina ha ratificado los Convenios de la O.I.T.187 y 155 mediante las leyes 26.693 y 26.694 los cuales han cambiado el concepto de enfermedad profesional<sup>13</sup>. Paradójicamente cuando la Corte analizara el alcance del Convenio 95 de la OIT fue claro en descalificar el marco individual, legal y convencional que pudiera oponerse al mismo para reivindicar la preminencia de la norma internacional y del carácter supra legal de la misma. La Corte recurre nuevamente a la rigidez de la lista de triple columna y al concepto que el DNU 1278/00 había pretendido aligerar, al terminar sosteniendo, en una especie de círculo virtuoso, que si el legislador dijo que las enfermedades no listadas no serían resarcibles, el Magistrado carece de facultades para inmiscuirse en tan soberana decisión.

Como dice Diplotti: «La propuesta reiterada de aplicación obligada de los baremos impuesta a los jueces del trabajo, que ya fue cuestionada cuando fue incorporada en la Ley 26.773, constituye una abierta afectación de la capacidad autónoma de los magistrados de determinar las incapacidades, sometiéndolos exclusivamente sobre la base de las pautas rígidas establecidas por el imperfecto baremo de incapacidades laborales sobre todo si se tiene en cuenta la forma en la que la Corte fundamenta su intervención en el caso»<sup>14</sup>.

Nos interrogamos qué es lo que va a acontecer con los casos que deberán ser analizados en tiempos cercanos respecto de aquellos supuestos vinculados con el Covid 19, donde el DNU 367/2020 ha establecido que la Comisión Médica Central ejerce potestad originaria para determinar no sólo el nexo causal exclusivo de una patología con la labor desempeñada, sino esencialmente las secuelas derivadas de la infección por causa de la pandemia.

Sabido es que el modo en que fue establecida dicha reparación con la remisión al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales tiende a excluir la reparación y el resarcimiento de las secuelas que ya la ciencia médica admite como derivadas de dicha afección. Básicamente nos referimos a secuelas cerebrales, de corazón o de pulmón, a más de insuficiencia respiratoria y fibrosis a nivel pulmonar. De igual manera ya existen estudios que se están desarrollando para verificar los casos crónicos Post-Covid, tal como se señalara recientemente en el III Congreso Internacional de Salud Ocupacional<sup>15</sup>, donde el suscripto participara junto con los médicos Hugo Pizzi (integrante del COE) y Nora Glatstein (epidemióloga) en el panel vinculado a las secuelas del Covid 19.

Qué interpretación hará el máximo tribunal de la Nación cuándo se pretenda controvertir una decisión de la Comisión Médica Central que desestime el reclamo de causahabientes por fallecimiento de un trabajador contagiado en su lugar de trabajo? Ratificará que de conformidad con el texto de los DNU 367/2020 y 39/2021 si la Comisión Médica Central no consideró que había causalidad exclusiva y desestima la pretensión, ella es la palabra santa final o se remitirá al concepto de causalidad adecuada que sentara en la causa «Silva» ya referenciada y a la cual el art. 2 de la ley 26.773 también relaciona.

13 En tal sentido ver Mezio, E. (2015) La necesaria adecuación del sistema de enfermedades profesionales a la legislación en vigencia.

14 DIPLOTTI, Matías: La igualdad de trato disfrazada de previsibilidad financiera. La orden de sometimiento sumiso al baremo 659/96. Análisis y propuestas. Comentario al fallo de la C.S.J.N. «Ledesma, Diego, Marcelo c/ Asociart ART SA s/ accidente - ley especial -

15 III Congreso Internacional Interdisciplinario de Salud Ocupacional realizado en Córdoba los días 26 y 27 de Agosto de 2021, organizado por el Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba

Triste futuro nos queda por delante, si la validez e importancia de la función jurisdiccional queda atrapada por los textos lingüísticos que con criterio economicista, sostienen que quienes cumplieron las diversas funciones esenciales que determinara la excepción del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio no merecen un reconocimiento ciudadano. Ya demasiada complejidad van a tener los titulares del crédito para pretender percibir de un fondo que no es solidario, de escasa cuantía y de rápido agotamiento, para además tener que enfrentarse al frontón del análisis literal excluyente.

## IX. Conclusiones

La primavera laboral del año 2.004 marcó un auge del reconocimiento de derechos constitucionales justificando además que el derecho a la salud y su indemnidad reconocía por otro lado protección del Bloque de Constitucionalidad Federal ingresado por vía del art. 75 inc. 22 a nuestra Carta Magna. Lamentablemente los cambios políticos y sus avatares en los últimos años con la actual integración del máximo tribunal de la Nación, han marcado un claro y definido retroceso a la hora del reconocimiento de los derechos laborales, en todo lo que hace a criterios generales con alcance de derrame a los tribunales inferiores. Ello abarca básicamente temas como relación de dependencia o solidaridad en el marco del contrato individual, pero ha habido un especial énfasis en modo de reversión de todo el reconocimiento de derechos en materia de riesgos de trabajo que habían sentado, entre otros, los precedentes que han sido citado en el curso de esta nota. Las pocas sentencias que ha dictado la Corte Nacional favoreciendo a trabajadores (casos «García Aguila»<sup>16</sup> «Puig»<sup>17</sup> o «Caminos»<sup>18</sup>) son sólo válidos para el reclamo incoado y carecen de impacto futuro como para que puedan ser considerados precedentes. Por el contrario la adecuación a criterios de reimplantación de la teoría económica del derecho, desplazando al rol de la axiología, no puede ser ignorada cuando se lee el último y decisivo golpe a las esperanzas de una solución que combine justo resarcimiento y reconocimiento de derechos de jerarquía internacional, tal como lamentablemente se desprende del análisis que dogmáticamente se realizara para fallar «Pogonza»<sup>19</sup> del modo en que ha sido dictado.

16 CSJN - Autos: «García Águila, Mario Gabriel y otros c/ Techint Compañía Técnica Internacional S.A. y otro s/ accidente - acción civil», Sentencia de fecha 26 de febrero de 2019.

17 CSJN - Autos: «Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido» - Sentencia de fecha 24 de setiembre de 2020.

18 CSJN - Autos: «Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido» Sentencia de fecha 10 de junio de 2021

19 CSM - Autos: «Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s/ accidente - ley especial» - Sentencia de fecha 2 de setiembre de 2021.

Laboral - Asociaciones Sindicales - Libertad Sindical -  
Gremios - Derecho a la Libertad

25-noviembre-2021



## Análisis jurisprudencial fallo Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura - APSAI c/Autopistas del Sol SA s/acción de amparo

POR RAQUEL CORONEL<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16254-AR](#) | [MJD16254](#)

El 4 de marzo de 2021 la Corte Suprema de Justicia dicta sentencia en la causa «Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura - APSAI c/ Autopistas del Sol SA s/ acción de amparo».

En este fallo el supremo tribunal reconoce el derecho, a los sindicatos simplemente inscriptos, de poder percibir las cuotas de afiliación u otros aportes de los trabajadores representados por las mismas, indicando además que el empleador debe cumplir su función como agente de retención obligatoria.

<sup>1</sup> Abogada. Doctora en Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Derechos Humanos. Posgrado en Derecho Colectivo. UBA. Especialista en normas Internacionales otorgado por la OIT. Especialización para expertos latinoamericanos en Relaciones Laborales Universidad de Boloña y Toledo La Mancha. Especialización en Modelo Social Europeo: Problemática de la Ciudadanía Social y de la regulación del trabajo en la Unión Europea. Universidad de Castilla La Mancha. Especialización: Análisis comparativo del teletrabajo en Iberoamérica: Normas, prácticas y jurisprudencia en el contexto de la pandemia” OIT. Diplomada en Derechos Humanos de la Mujer. Universidad Austral. Diplomada en Derechos Humanos. Universidad de Ginebra. Profesora Titular Universidad San Carlos de Guatemala en Maestría y Doctorado Para Guatemala, Honduras y Colombia. Titular en tribunales examinadores de Maestrías y Doctorados Universidad San Carlos de Guatemala. Profesora invitada en UNINORTE Universidad de Colombia Barranquillas para Maestría. Profesora de derecho colectivo en Escuela de graduados de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular en Diplomatura en Derecho del Trabajo en Colegio de Abogados de San Isidro. Profesora en Diplomaturas de en Derecho del Trabajo de los Colegio de Abogados de Salta y La Rioja. Profesora en Diplomatura Derecho Colectivo del Trabajo de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Publicista en Medios de la Especialidad y Conferencias en Distintos foros nacionales e internacionales.

En consecuencia declara la inconstitucionalidad del art. 38 de la Ley 23.551, por ser contrario al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás tratados internacionales sobre la materia.

I.- Esta acción es iniciada por el sindicato simplemente inscripto Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura (APSAI) quien interpone acción de amparo peticionando que se ordene la retención de la cuota sindical respecto de los afiliados de esa asociación sindical y que se habilite el mecanismo de descuento de la cuota sindical por planilla salarial.

Refiere, asimismo en su presentación, que se trata de una asociación sindical de primer grado, con ámbito de actuación en empresas viales en la P.B.A. y otras regiones del país, con representatividad del personal de categoría superior, jerárquica y profesional.

Es aquí, luego de dar las explicaciones del caso, donde se plantea la inconstitucionalidad del art. 38 ley 23.551, ya que el mismo establece en sus letra: que «Los empleadores estarán obligados a actuar como agentes de retención de los importes que, en concepto de cuotas de afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial» por entender que limita sus derechos tanto en el plano individual como colectivo.

Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada. El Ministerio citado deberá pronunciarse dentro de los 30 (treinta) días de recibida la misma. Si así no lo hiciera, se tendrá por tácitamente dispuesta la retención.

El incumplimiento por parte del empleador de la obligación de obrar como «agente de retención» o —en su caso— de efectuar en tiempo propio el pago de lo retenido, tornará a aquél en deudor directo. La mora en tal caso se producirá de pleno derecho».

Luego la actora, funda sus pretensiones en «el art.14 bis C.N., que establece que «el trabajo, en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial»; en el Convenio 87 de la OIT, en cuanto estipula que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho a organizar su administración y actividades y formular su programa de acción, e impone a las autoridades públicas el deber de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar estos derechos o a entorpecer su ejercicio legal; y, además , entre otros, en el caso «ATE», donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó el derecho y la libertad de asociarse libremente, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del mismo.

II.-La demandada reconoce que la actora es una asociación sindical de primer grado con simple inscripción gremial y afirma que, como agente de retención de las cuotas sindicales, efectúa el pago al sindicato con personería gremial (SUTPA). Llama la atención que no haya efectuado la citación de tercero interesado a su respecto, ya que en todo caso dicha entidad es la principal beneficiaria de las cuotas sindicales, actuando el empleador como un mero canal de transferencia.

Finalmente, niega los restantes hechos expuestos en el inicio y solicita el rechazo de la pretensión, con costas.

III.- Con fecha 31 de agosto de 2017, la sentencia de Primera Instancia (Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 43) declara la inconstitucionalidad de art.38 ley 23.551, por ser contrario al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hace lugar a la acción de amparo y ordena a la empresa a proceder con la retención de la cuota sindical respecto de los afiliados de la actora, y a cesar toda obstaculización al accionar gremial.

El fallo es apelado por la demandada.

IV.- Con fecha 22 de diciembre de 2017, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dicta sentencia que comparte los argumentos del juez de primera instancia referidos a la supralegalidad del Convenio 87 de la OIT y al carácter vinculante de las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Confirma el fallo de grado.

Contra tal decisión la demandada interpone Recurso Extraordinario Federal, el que es denegado. Finalmente, se abre la instancia recursiva ante la interposición del recurso de queja.

V.- Ante el traslado de rigor, el Procurador General de la Nación considera que existe cuestión federal suficiente pues se ha cuestionado la validez constitucional de una ley del Congreso (ley 23.551), y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, ley 48). Emite dictamen en el que propone confirmar la sentencia apelada.

VI.- Con fecha 04 de marzo de 2021 la CSJN dicta sentencia y se remite al dictamen del Procurador General en todos sus términos.

La Corte Federal entiende que el art.38 Ley 23.551 es inconstitucional porque vulnera el Convenio 87 OIT sobre Libertad Sindical, y en conjunción con tratados Internacionales que constituyen el bloque de Constitucionalidad.

Considera que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en la norma nacional configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de esas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de intereses legítimos de orden gremial, porque los aportes de los afiliados son la fuente de financiamiento que contribuye a sostener en el plano económico las actividades del sindicato.

Resalta enfáticamente la importancia de las cuotas sociales para los sindicatos de reciente fundación, por ser su principal fuente de ingresos, y entiende que el acceso a los recursos presupuestarios fortalece la autonomía del sindicato frente al Estado y al sector empresario.

Establece que la autonomía de las entidades gremiales para fijar su programa de acción y su estrategia es inocua si no se les asegura la disponibilidad de los medios económicos indispensables para su funcionamiento y su actividad externa.

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

**VII.-** Como reflexión final podemos señalar que el fallo comentado se inscribe en un contexto de precedentes en los cuales la Corte Federal fue delineado un sistema de protección que tiende a colocar en un plano de mayor igualdad a las entidades sindicales, con independencia del grado de reconocimiento otorgado por la autoridad estatal, al criticar las restricciones del régimen legal argentino que favorece a los sindicatos con personería gremial. Los órganos de control y aplicación de la OIT han efectuado reiteradas observaciones al artículo 38 de la ley 23.551 —que impone obligaciones en materia de retención de aportes sindicales—, señalando que «establece privilegios discriminatorios en favor de las asociaciones con personería gremial ya que vulnera la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, colocándolas en una situación de desventaja respecto a los que poseen personería gremial». Así el Supremo Tribunal conforme la línea argumental seguida en fallos de la materia<sup>2</sup>, reafirma el criterio establecido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en cuanto a que si bien la legislación nacional puede establecer una distinción entre las asociaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones, esa diferenciación no puede admitir conceder privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales, únicas prerrogativas admitidas en el Convenio 87 de la OIT.

Indiscutiblemente la Corte mantiene su posición al señalar que este tipo de accionar, implica un cercenamiento de la libertad sindical y del libre ejercicio de los derechos de los trabajadores, quienes expresamente decidieron optar por determinada entidad, permitiendo sus aportes el desarrollo de las actividades necesarias de la organización gremial, y poder continuar con su construcción.

Como también ratifica que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en el artículo 38 de la ley 23.551, configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de intereses legítimos de orden gremial, sostenida recientemente en forma expresa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-27/21DE 5 de mayo de 2021<sup>3</sup>

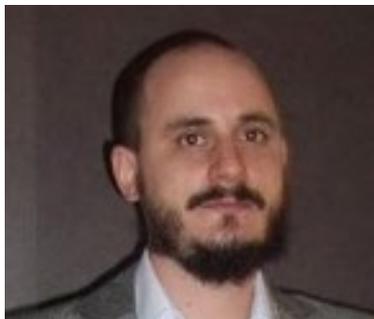
2 «ATE 1» (fallos 331:2499) dispuso que la exclusividad que otorga la ley a los trabajadores afiliados a los sindicatos con personería gremial para poder ser elegidos delegados es inconstitucional por afectar la libertad de agremiación; en «Rossi» (fallos 332:2715), declaró inconstitucional la norma que limita sólo a representantes de sindicatos con personería gremial la protección contra suspensiones o despidos; en «ATE 2» (fallos 336:672) se amplió la legitimación procesal de los sindicatos y en el fallo «Orellano» (CSJN, 07-06-16) se reconoció el derecho a huelga de los sindicatos con simple inscripción.

3 SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA, Y SURELACIÓN CON OTROS DERECHOS, CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 13, 15, 16, 24, 25 Y 26, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, DE LOS ARTÍCULOS 3, 6, 7 Y 8 DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, DE LOS ARTÍCULOS 2, 3, 4, 5 Y 6 DE LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ, DE LOS ARTÍCULOS 34, 44 Y 45 DE LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Y DE LOS ARTÍCULOS II, IV, XIV, XXI Y XXII DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE)

La relevancia del fallo también se centra en el análisis económico de la cuestión, en cuanto considera que la norma es inconstitucional por menoscabar la libertad sindical respecto de los obstáculos para el ingreso de las cuotas, lo que en la práctica implica una limitación en la sostenibilidad y capacidad de acción de las asociaciones simplemente inscriptas y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial.

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Sentencia -  
Laboral

26-noviembre-2021



## El cambio y la Corte: Un quinquenio regresivo

POR SEBASTIÁN SERRANO ALOU<sup>1</sup>[MJ-DOC-16256-AR](#) | [MJD16256](#)

Sumario: I. La Corte de las Estaciones. II. Los avances que hoy se desmontan. La primavera y el verano de los derechos laborales. III. Un anticipo del quiebre. IV. El Otoño de la Corte. Inicio de los excesos y del abandono del BCF. V. El Invierno de la Corte. La multiplicación de casos regresivos. VI. Las sentencias distractivas. VII. Una Corte ilegítima. Necesidad de una Corte que bregue por la Justicia Social.

### I. La corte de las estaciones<sup>2</sup>

Es parte de la naturaleza que existan las estaciones y los ciclos, pero no es natural, o al menos no debería naturalizarse, que un tribunal, especialmente la máxima instancia nacional, tenga estos cambios de ciclos, avances y retrocesos. La naturaleza tiene sus propias

1 Abogado Laboralista. Egresado de la Universidad Nacional de Cuyo. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Docente Adscripto a la Cátedra Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Rosario (Resolución C.D. No 252/2021). Miembro de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario desde el año 2009. Integrante de la fundamentación de la «Carta Socio-laboral Latinoamericana», documento de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas. Presidente de la Comisión de Seguimiento de la Reforma Laboral del Colegio de Abogados de Rosario (años 2016/2017). Presidente (años 2018, 2020 y 2021) y Vicepresidente (año 2019) del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Colegio de Abogados de Rosario. Conferencista y autor de artículos de doctrina en distintas publicaciones jurídicas. Como suele advertirse en estos casos, las manifestaciones de esta nota son de exclusiva responsabilidad del autor y para nada comprometen a los colectivos en los que participa.

2 El desarrollo que se realiza a continuación tiene su base en distintas notas (SERRANO ALOU, Sebastián, SERRANO ALOU, Sebastián, La CSIN y el fallo Álvarez: un paso fundamental en la defensa de la dignidad de los trabajadores frente al capitalismo y por la democratización de

leyes que pueden estudiarse y el derecho también; en el primero de los casos, el cambio circular de las cuatro estaciones es la norma que no puede ser ignorada o impedida, en el segundo de los casos, y cuando se trata de Derechos Humanos (DDHH) fundamentales, la progresividad como avance lineal es el criterio. En uno y otro caso, ir en contra de las leyes tiene sus consecuencias negativas. En septiembre de 2004 se habló de la «primavera laboral», con el inicio de una jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que generó un desarrollo doctrinario positivo, que receptó los principios del Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF), haciendo florecer el Derecho del Trabajo (DT) y dando luego sus frutos a favor del sujeto de preferente tutela constitucional, en lo que parecía ser un agradable verano. A partir de junio de 2016 podríamos hablar, en relación a la jurisprudencia del mismo tribunal, de un «otoño laboral», con el inicio de una jurisprudencia de la Corte Nacional que genera una involución doctrinaria, que deja de lado los principios del BCF y las leyes que fijan su competencia, haciendo caer los avances del DT y dejando a la persona de preferente tutela constitucional desprotegida, a la intemperie, para recibir desguarnecida un frío y duro invierno de privación de derechos.

## II. Los avances que hoy se desmontan. La primavera y el verano de los derechos laborales

La etapa 2004-2014 se inició con precedentes<sup>3</sup> que abordaron el sistema de la ley de riesgos del trabajo (24.557) y el despido arbitrario. En estos casos se resolvió a favor de la persona que trabaja, de preferente tutela constitucional, de su derecho a una reparación más justa que la que establecían las leyes sancionadas o modificadas en la década de los 90, así como el derecho de las trabajadoras y los trabajadores que habían sufrido un acci-

las relaciones de trabajo, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, Año 5, Miércoles 15 de Diciembre de 2010; La finalidad del poder judicial como poder del estado. El caso del juez del trabajo, Rubinzal on-line, Doctrina On line, 19 de junio de 2015, RC D 1759/2017; Cambiamos de Corte; del principio de progresividad al de regresividad, Microjuris, 30 de junio de 2016, MJ DOC-9937-AR / MJD9937; La discriminación y la protección de la familia, Diario La Ley, Miércoles 20 de Abril de 2018, Cita on line: AR/DOC/679/2018; La Corte de las estaciones, Microjuris, 15 de mayo de 2018 - MJ DOC-13548-AR / MJD13548; El cambio y la Corte: Lecciones para discriminar, Microjuris, 21 de septiembre de 2018, MJ-DOC- 13708-AR / MJD 13708; ¿Los jueces de la Corte están por encima del Bloque de Constitucionalidad Federal?, Rubinzal on-line, Doctrina On line, 31 de mayo de 2019, RC D 616/2019 - Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2019-2, pág 81 y ss; La Corte nuevamente se solidariza con el mercado y los empresarios, Microjuris, 13 de septiembre de 2019, MJ- DOC-15047-AR / MJD 15047; La Corte en tiempos del coronavirus, Microjuris, 24 de agosto de 2020 - MJ-DOC-15492-AR MJD15492; Las razones de un fuero del trabajo: pasado, presente y futuro, 18 de septiembre de 2020, MJ-DOC-15531-AR | MJD15531; La Corte y sus lecciones: cómo despedir en pandemia en fraude a la ley, Microjuris, 30 de septiembre de 2020, MJ-DOC 15564-AR | MJD15564; Máxima regresión: La Corte privilegia planteos económicos sobre derechos humanos, Rubinzal Online, 2 de julio de 2021, RC D 430/2021) y exposiciones (<https://www.youtube.com/watch?v=zaWqIxVYqE>).

3 CSJN, 07/09/04, «Castillo, Ángel S.c/ Cerámica Alberdi SA»; 14/09/04, «Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA»; 21/09/04, «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA»

dente o enfermedad laboral de acceder al juez natural con su reclamo. Con el paso de los años se fueron sucediendo las sentencias que reparaban los derechos que en la década anterior se había recortado con normas injustas o por vías de hecho. El derecho a trabajar plasmado en el BCF, comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, derecho inalienable de todo ser humano, sea empleado público o trabajador privado, tanto en materia de indemnización<sup>4</sup> como de reparación por medio de la reinstalación<sup>5</sup>, tuvo un lugar destacado en la jurisprudencia de la etapa. La discriminación, grave vulneración a la dignidad, también fue un tema abordado, tanto en lo que hace a su prueba como en lo relativo a su reparación<sup>6</sup>. La protección del salario también tuvo un lugar especial en la jurisprudencia<sup>7</sup> de la Corte de esta etapa. Pero sin lugar a dudas el tema más recurrente fue el de la protección de las personas que sufrieron una enfermedad o accidente del trabajo, teniendo quizás la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), ley 24.577, el triste récord de ser la que recibió más declaraciones de inconstitucionalidad, de diversos artículos, de parte de la Corte, con base en el BCF, yendo el Tribunal más allá de este marco normativo, abordando la responsabilidad de reparar plenamente con base en normas del Derecho Común, ya fuera que se tratara de empleadores o de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo<sup>8</sup>. Estos son solo algunos de los temas abordados en una riquísima jurisprudencia que la Corte fue desarrollando con fundamentos tomados del BCF, dentro de su competencia, fundamentalmente del art 14 de la ley 48.

4 CSJN, 14/09/04, «Vizzoti, Carlos Alberto d/ AMSA SA», 03/05/07, «Palmer, Alfredo Mateo d Kraft Suchard Argentina SA», 28/06/11, «Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.»

5 CSJN, 03/05/07, «Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas», 07/12/10, «Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA», 23/06/11, «Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA»; 23/08/11, «Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA»

6 CSJN, 07/12/10, «Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA»; 15/11/2011, «Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal», 20/05/2014, «Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros»

7 CSJN, 01/09/09, «Pérez, Aníbal c/ Disco SA»; 19/05/10, «González, Martin Nicolás c/ Polimat SA y otro»; 04/03/13, «Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes»

8 CSJN, 07/09/04, «Castillo, Angel S. c/ Cerámica Alberdi SA», 21/09/04, «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA», 26/10/04, «Milone, Juan A. c/ Asociart SA ART», 13/03/07, «Venialgo, Inocencio di Mapfre Aconcagua Aseguradora de Riesgos de Trabajo», 12/06/07, «Llosco, Raúl c/ Irmi SA» 18/12/07, «Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina SA»; 08/04/08, «Arostegui Pablo Martin c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pamental Peluso y Compañía», 25/05/08, «Maldonado, Pedro c/ Kursaal SA»; 31/03/09, «Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro»; 24/11/09, «Trejo, Jorge Elías c/ Stema SA y otros», 10/08/10, «Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA», 17/08/10, «Lucca de Hoz, Mirta Liliana c. Taddei, Eduardo y otro»; 02/03/11, «Guerrero, Estela Mónica por sí y sus hijos menores c/ Insegna, Rubén Leandro», entre otros.

### III. Un anticipo del quiebre

El precedente «Álvarez c/ Cencosud»<sup>9</sup>, de diciembre de 2010, fue quizás el caso donde se pudo ver un quiebre fundamental, que presagiaba lo que vendría en caso de un cambio de composición de la Corte. En este caso pueden verse 2 posturas diferenciadas dentro de la Corte. Por un lado, quienes actuaban con apego a la defensa de los DDHH del BCF, votando progresivamente en favor de la justicia social con el derecho interpretado y aplicado en sentido pro persona (voto de Zaffaroni, Petracchi, Fayt y Maqueda). Por otro lado, quienes venían votando con mayor apego a formalidades y/o valiéndose de normas de inferior jerarquía constitucional, obviando analizar las situaciones en relación a los DDHH del BCF entendido como un sistema, privilegiando la protección de derechos individuales como el de propiedad frente a los derechos humanos del trabajador como su derecho a trabajar (voto de Argibay, Highton de Nolasco y Lorenzetti). Para fines de 2015 solo 3 de los integrantes de 2010 continuaban en el Tribunal, volviéndose mayoritaria la postura que hasta poco tiempo atrás había sido minoritaria. Un dato no menor es que el presidente y la vicepresidenta de la Corte eran en 2015 parte de la nueva tendencia regresiva. Otro dato no menor, con el paso del tiempo quien antes era parte de la postura que fue mayoritaria entre 2004-2014 cambió y se sumó, con los integrantes de la anterior minoría, a la nueva postura mayoritaria.

### IV. El otoño de la corte. Inicio de los excesos y del abandono del bcf

En el otoño del 2016, el 7 de junio, la Corte dictó 2 fallos que marcaron el inicio de un quinquenio regresivo en materia de derechos para las personas que trabajan. Fue el inicio de los excesos y el abandono de los límites que se imponen a su actuación por parte del Tribunal; de la intervención en cuestiones referidas a los hechos, la prueba y la interpretación del derecho común sin que existieran otras razones que la intención de marcar una regresión en materia de Derechos de las trabajadoras y los trabajadores. Este proceso se dio en un contexto de alejamiento de sus propios precedentes y abandono del BCF con sus principios. El precedente «Espósito»<sup>10</sup>, a contracorriente de lo que venía fallando la Corte, convalida una limitación a la reparación por accidentes y enfermedades, atendiendo solo al texto de la norma, pero no la validez constitucional y convencional de la misma. Es contundente en evidenciar el cambio del principio de progresividad por el de regresividad, así como el abandono de los principios de justicia y equidad. Los efectos de este precedente, de impacto regresivo por vías de hecho, se asemejan a los que en la década de los 90 y los primeros años del siglo XX tuvo «Rodríguez c/ Embotelladora»<sup>11</sup>, pero fueron más nefastos por los derechos afectados, no solo a una reparación justa y la protección de créditos alimentarios sino también la salud y la vida de las víctimas. Este precedente ha sido utilizado como fundamento regresivo en más de 300 casos fallados por el mismo tribunal, a lo que cabe sumar las veces que ha sido citado con la misma tenden-

9 CSJN, 07/12/10, «Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA»

10 Corte Nacional, 07/06/2016, «Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A.»

11 Corte Nacional, 15/04/1993, «Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro»

cia en precedentes de otros tribunales y juzgados. En «Esposito» la Corte se inclina por la interpretación gramatical de las leyes, sin importar si son justas o equitativas a la luz del BCF; es más, la justicia y equidad son referidas en el fallo como razones dogmáticas, la causa de arbitrariedad que permite anular una sentencia. Esto contrasta con los fallos de la Corte que entre 2004 y 2014 declararon la inconstitucionalidad de distintos artículos de la LRT, no porque fueran difíciles de interpretar gramaticalmente o su texto no fuera claro, sino porque eran contrarios a los principios del BCF, como son los de justicia y equidad. El precedente «Orellano»<sup>12</sup> aborda la titularidad del derecho de huelga. Al hacerlo, también se enrola en el retorno de la Escuela de la Exegesis del siglo XIX, abandonando y menospreciando principios y pautas de interpretación constitucionales, arquitectónicos y fundamentales. Lo anterior se complementa con una conducta de infidelidad hacia las fuentes en las que dice abreviar, las que recorta o tergiversa para cambiar su sentido. Es tan evidente la destrucción del principio constitucional de progresividad, que vuelve a épocas en las que se demonizaba y penalizaba el derecho de huelga; es decir, no solo en lo que hace a escuelas de interpretación del derecho, sino también en lo relativo al ejercicio de derechos, es un fallo que atrasa siglos<sup>13</sup>. A poco de cumplirse 5 años de este fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva<sup>14</sup> que demuestra lo equivocado del criterio restrictivo y regresivo de la Corte.

## V. El invierno de la corte. La multiplicación de casos regresivos

En julio de 2017 el gobierno nacional de ese momento buscaba concretar un recorte de derechos laborales, vociferando contra la pretendida existencia de una «mafia de los juicios laborales»<sup>15</sup>, cargando contra abogados laboristas, jueces del trabajo y trabajadores. En este contexto, la Corte decidió dar difusión en su sitio de noticias, el Centro de Información Judicial (CIJ), a una sentencia que no resultaba interesante más que por el meta-mensaje que se pretendía dar a trabajadores y trabajadoras. Se buscaba, mediante el miedo, disminuir los reclamos laborales que llegan al poder judicial, al publicitar que un trabajador que había perdido el juicio debía cargar con todos los gastos del mismo. La tan «publicitada» decisión de la Corte fue eminentemente un «hecho político», porque se trataba de un caso excepcional, donde un trabajador inició un juicio y, al parecer, luego se desentendió completamente del mismo (no se presentó a las pericias medicas a pesar de ser citado reiteradamente en las dos instancias del proceso), perdiendo el juicio por su

12 Corte Nacional, 07/06/2016, «Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A.»

13 Cfr. GIALDINO, Rolando, La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso Orellano: un regreso al siglo XIX, La Ley, DT 2016 (octubre), 2367

14 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, 05/05/2021, OC-27/21, [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_27\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf) (última visita 30/08/2021)

15 ROSEMBERG, Jaime, Macri volvió a criticar la «mafia de los juicios laborales», en La Nación, 03/07/2017, <https://www.lanacion.com.ar/2039109-macri-volvio-a-criticar-la-mafia-de-los-juicios-laborales>

«obrar negligente» —al decir de la Corte<sup>16</sup>—. Con el transcurso del tiempo y a partir de sus fallos, la Corte se fue convirtiendo en la ejecutora del plan de flexibilización laboral del gobierno que se extendió de diciembre de 2015 a diciembre de 2019. Los temas donde centró sus esfuerzos regresivos son: la relación de dependencia, el combate de la discriminación, la protección contra el despido arbitrario, la solidaridad en el marco de las relaciones de trabajo y la reparación en caso de accidentes y enfermedades del trabajo. Era tal la sintonía con el plan de gobierno, que llegó a imprimir su impronta regresiva en cuestiones atinentes al proceso de memoria, verdad y justicia; negando la reparación de los daños por delitos de lesa humanidad en el marco de las relaciones de trabajo. En «Rica»<sup>17</sup> la Corte falla en contra de la protección para las relaciones de trabajo dependiente y a favor de la aplicación de la locación de servicios. En este precedente empiezan a verse diferencias entre los votos, las que dejan al descubierto la arbitrariedad de quienes se empeñan en el recorte de derechos. La negación del BCF y de la Regla de Contrato de Trabajo (RCT)<sup>18</sup> queda evidenciada en el voto de Highton de Nolasco y Rosenkrantz, algo que disimula el voto de Lorenzetti; mientras que Rosatti y Maqueda declaran inadmisibles los recursos. En contra de toda lógica, los incumplimientos del DT por la demandada y el fraude en perjuicio del trabajador, como la presencia de algunas instituciones del Derecho del Trabajo —constitucional y legal—, se toman como pautas de NO dependencia. Un principio fundamental del DT, el de irrenunciabilidad, no solo es dejado totalmente de lado, sino que se aplica una doctrina totalmente opuesta, la de los actos propios. Se invierte el sujeto protegido, en lugar de la persona que trabaja pasa a ser el empresario, y se reemplaza el análisis constitucional del derecho por el análisis económico del mismo.

En «Varela»<sup>19</sup> la Corte da lecciones teóricas para discriminar sin consecuencias. El eje del cambio está en la prueba de la discriminación. Quienes votan por la mayoría dicen seguir «Pellicori»<sup>20</sup>, pero en realidad hacen todo lo contrario, buscan dificultar la prueba para la víctima de discriminación, que además es la persona de preferente tutela constitucional, y facilitarla para quien discrimina, el empleador. Se pone un límite a lo que es considerado discriminatorio, indicando que en caso de discriminación gremial solo esta comprendido lo que vulnera la «actividad sindical específicamente protegida» por la ley 23.551, ejercida de «modo regular»; es decir, se busca desplazar la ley 23.592 y la amplitud protectoria de la misma. Como si lo anterior fuera poco, todos los ministros justifican un inexistente derecho a despedir. Puede leerse en el considerando 15o del voto individual de Rosatti:

16 Ver: CIJ, La Corte Suprema resolvió que cuando un trabajador pierde un juicio laboral por su culpa debe pagar todos los gastos por honorarios profesionales que ese juicio ocasionó, 04/07/2017, [http://cij.gov.ar/nota\\_26557-La-Corte\\_Suprema-resolvi--que-cuando-un-trabajador-pierde-un-juicio-laboral-por-su-culpa-debe-pagar\\_todos-los-gastos-por-honorarios-profesionales-que-ese-juicio-ocasion.html](http://cij.gov.ar/nota_26557-La-Corte_Suprema-resolvi--que-cuando-un-trabajador-pierde-un-juicio-laboral-por-su-culpa-debe-pagar_todos-los-gastos-por-honorarios-profesionales-que-ese-juicio-ocasion.html)

17 Corte Nacional, 24/04/2018, «Rica, Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros»

18 No utilizo las siglas comunes LCT, Ley de Contrato de Trabajo, por no ser el régimen actualmente vigente en materia de contrato de trabajo una ley, ya que lo que se encuentra vigente desde la última dictadura militar -año 1976-, es la Regla 21.297. La dictadura derogó 29 artículos y cerceno más de 100 de la ley 20.744, en claro perjuicio de las personas que trabajan y en beneficio de los capitales económicos.

19 Corte Nacional, 04/09/2018, «Varela, José Gilberto c/ Disco S.A.»

20 CSJN, 15/11/2011, «Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal»

«a libertad de contratación del empleador, constitucionalmente reconocida, de la que deriva la posibilidad de despedir». En «Páez»<sup>21</sup> la Corte recorta la indemnización para los accidentes in itinere. El voto de la mayoría, ignorando sus precedentes del 2004 al 2014 sobre accidentes y enfermedades del trabajo, citando 2 casos penales, con base en la interpretación gramatical de las leyes y su precedente «Espósito», rechaza la procedencia del pago adicional del 20% del art 3 de la ley 25.773 para el caso de accidentes in itinere. Ya en «Espósito» la Corte actual había planteado una distinción entre lo que consideró «un verdadero infortunio o enfermedad laboral» y «un accidente 'in itinere», como si este último fuera falso o no fuera realmente un accidente relacionado con el trabajo. El voto en minoría de Rosatti, luego de aclarar que la interpretación del derecho común no compete a la Corte, indica que aún cuando se hiciera el análisis, a partir de anteriores fallos de la Corte relacionados con la temática, la solución debía ser protectoria, porque no hay diferencia entre el accidente in itinere y el resto de los accidentes del trabajo. En «Rodríguez»<sup>22</sup> la Corte revierte una condena a reparación integral con base en el derecho común y le pone vallas a este tipo de reclamos. Al hacerlo, sienta doctrina contraria a «Torrillo»<sup>23</sup>; ahora para la Corte basta con la prevención en general para librarse de responsabilidad, sin importar si en el caso particular se tomaron las medidas que hubieran prevenido el daño concreto reclamado. Nuevamente modifica su postura en relación a la prueba en perjuicio de la víctima, que es la persona que debería tener preferente tutela de acuerdo a la CN, al facilitarla para quien resulta responsable del daño. En «Payalap»<sup>24</sup> la Corte nuevamente se solidariza con el mercado y los empresarios. En un fallo que refleja una carencia argumentativa y jurídica casi absolutas, se manifiesta en contra de lo que considera «una extensión desmesurada del ámbito de aplicación del artículo 30», algo que considera desnaturaliza su contenido al asignarle «un significado que excede inaceptablemente sus fines y que por ello debe ser descartada», sin que se explique cuál sería el ámbito de aplicación y los fines de la norma, y por lo tanto de donde surgen esas cuestiones para decidir como lo hace. La Corte busca fijar una interpretación restrictiva del art 30 de la RCT, como hizo en «Rodríguez»<sup>25</sup>, dejando de lado que eso está fuera de sus facultades, como bien señaló también la Corte en «Benítez»<sup>26</sup>. Es uno de los casos donde más se expone como la Corte excede las facultades que tiene por ley, de manera arbitraria y con claros objetivos de recortar derechos a personas de preferente tutela constitucional, volviendo a intentar limitar la «plenitud jurisdiccional» que tienen los jueces de otras instancias. En «Laurenzo»<sup>27</sup> la Corte actúa claramente en contra de la protección en casos de despido discriminatorio, pero también contra la mayor protección frente al despido en momentos de pandemia. En su fallo deja sin efecto una medida cautelar, materia en la que no debía intervenir por no ser sentencia definitiva, algo que indica el voto de Maqueda y Rosatti, en función del artículo 14 de la ley 48. La medida disponía

21 Corte Nacional, 27/09/2018, «Páez Alfonso, Matilde y otro c/ Asociart ART, S.A. y otro»

22 Corte Nacional, 12/03/2019, «Rodríguez, Hermogenes Héctor c/ Industrias Perna S.R.L. y otro»

23 CSJN, 31/03/09, «Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro»

24 Corte Nacional, 29/08/2019, «Payalap, Marcelo Adrián c/ Sernaglia, Raúl y otro»

25 Corte Nacional, 15/04/1993, «Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina SA y otro»

26 CSJN, 22/12/09, «Benítez, Horacio Osvaldo c. Plataforma Cero S.A. y otro»

27 Corte Nacional, 04/06/20, «Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L.»

la reincorporación de un trabajador despedido y la Corte la revierte atendiendo fundamentalmente los argumentos del empleador, sin analizar la situación del sujeto de preferente tutela y en el contexto del ASPO, mientras juezas y jueces del trabajo de distintos puntos del país ordenaban la reincorporación de trabajadoras y trabajadores despedidos por medio de cautelares similares pero fundadas en el DNU 329/2020 (y sus prorrogas)<sup>28</sup>. También se privilegia en el desarrollo del fallo la postura minoritaria en «Álvarez», con la referencia a una «afectación a la libertad de contratar», que es el pretendido fundamento de un inexistente derecho a despedir. En «Ocampo»<sup>29</sup> la Corte da lecciones para despedir en pandemia burlando toda la normativa protectoria, tanto la que prohíbe y nulifica los despidos (DNU 329/2020 y sus prorrogas) como la que duplica los montos indemnizatorios (DNU 34/2019 y sus prorrogas). Inmediatamente surgieron notas<sup>30</sup> en los medios indicando que la Corte avala despidos formalizados ante escribano y sin homologación oficial, dando explicaciones de cómo es el proceso para avanzar en estos despidos. Esta sentencia se complementa con la dictada en «Laurenzo» y la del caso «Varela», en el marco de una Corte que ha cambiado el cumplimiento de la manda constitucional de protección frente al despido arbitrario por la defensa de un inexistente derecho a despedir, aún en los peores momentos y de las formas más aberrantes. En «Fontana»<sup>31</sup> la Corte da lecciones prácticas para discriminar sin consecuencias. La clase teórica había sido impartida por la misma Corte en «Varela». En una Argentina y un mundo donde la economía es volátil y las crisis recurrentes, más aún en pandemia, la Corte establece cual será la excusa mejor receptada para disfrazar la discriminación: alegar razones económicas. La forma de desactivar la protección frente a los despidos discriminatorios elegida por la mayoría de los integrantes de la Corte actual ha sido evidentemente transitar el camino de una regresión en lo relativo a la prueba. Como el efecto de la discriminación de un despido, la nulidad, y la forma de reparación que conlleva, la reinstalación, tiene sólidos fundamentos objetivos en el BCF y la normativa infraconstitucional (ej ley 23.592), eligieron dificultar la prueba para la víctima y facilitarla para el victimario, cuestiones que pueden ser más subjetivas, desvirtuando fallos que dicen respetar, como «Pellicori» y «Sisnero»<sup>32</sup>. Así como en «Ocampo» se validó la eficacia de una escritura para establecer la causa de extinción de una relación laboral, ahora en «Fontana» se pretende que la causa alegada en la misma borra toda discriminación. Nuevamente, las diferencias en los votos son elocuentes, tanto en el caso de Maqueda, que acompaña la decisión de la mayoría pero modificando una oración fundamental sobre la prueba<sup>33</sup>, como de Rosatti, que vota recha-

28 La prueba más evidente de la intencionalidad de la Corte es que rápidamente lo hayan advertido quienes defienden los intereses empresarios: DE DIEGO, Julián A., La Corte Suprema pone límites a las medidas cautelares de reinstalación en la cuarentena, LA LEY 25/06/2020, 8/AR/DOC/2040/2020

29 Corte Nacional, 10/09/20, «Ocampo, Alessio Matías Yair / BGH S.A.»

30 Ver: OLVEIRA, Dolores, La Corte ahora avala despidos formalizados ante escribano y sin homologación oficial: cómo es el proceso, IProfesional.com, 14/09/2020, <https://www.iprofesional.com/actualidad/323483-justicia-avala-despidos-de-empleados-como-es-el-proceso>, (última visita el 30/07/2021)

31 Corte Nacional, 08/04/2021, «Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A.»

32 CSJN, 20/05/2014, «Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros»

33 Mientras la mayoría reitera lo dicho en «Varela»: «corresponderá al demandado (.) que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere»; el

zando la procedencia del recurso por aplicación del art 14 de la ley 48. En «Juarez»<sup>34</sup> y «Valotta»<sup>35</sup> la Corte aplica la doctrina de «Rodríguez», apartándose de «Torrillo» y la «prevención de los riesgos en concreto». Son casos en que la elocuencia del voto en disidencia de Rosatti evidencia con crudeza los objetivos del resto de los integrantes del tribunal, de protección de los intereses de las ART y desprotección de las personas que trabajan. El ministro desarrolla en su voto porque no es cierto, como pretende el voto de la mayoría, que no estaban dados los extremos para la reparación con base en el derecho común, denunciando en uno de los casos el apartamiento de «Torrillo». Pero lo que es más importante, deja al descubierto que las presentaciones recursivas de las ART condenadas no solo no cumplían con los requisitos mínimos, sino que en algunas partes ni siquiera guardaban relación con el pleito (recurso armado con «copiar y pegar»). En «Pelozo»<sup>36</sup> la Corte dificulta la prueba para víctimas de accidentes y enfermedades del trabajo que buscan una reparación integral con base en el Derecho Común. Da una nueva vuelta de tuerca a anteriores precedentes. El objetivo es el endurecimiento de la prueba para las víctimas (como en el caso de la discriminación), por eso el sitio de la Corte lo presenta entre las novedades en materia laboral con una primera referencia al «Estándar Probatorio». El sumario resalta lo siguiente: «El estándar probatorio del derecho civil difiere del previsto en la legislación laboral»; el desarrollo invierte el sentido de la norma y la carga de la prueba, centrándose en exigir la prueba del riesgo o vicio a la víctima y no los eximentes de responsabilidad al culpable del daño. El fallo «Ingenieros»<sup>37</sup> es quizás uno de los que mejor desnuda la profundidad del cambio operado a partir del 2016 en la Corte Nacional, como también lo hicieron los casos «Fontevicchia»<sup>38</sup> y del «2 X 1 para genocidas»<sup>39</sup>; el abandono del BCF y la protección central de la persona humana y su dignidad. En este caso la Corte, en ajustada mayoría, decide que las acciones laborales por daños derivados de delitos de lesa humanidad son prescriptibles. El voto de Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Lorenzetti, considera que en estas acciones indemnizatorias está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes. El voto de Maqueda y Rosatti, por el contrario, indica que la causa de la obligación esto es, el crimen de lesa humanidad- permite remover los factores que determinan la impunidad de los autores y demás responsables de estos crímenes, satisfacer el derecho a la verdad, la memoria y la justicia, y asegurar el acceso de las víctimas a la reparación de forma tal que se asegure su realización

voto de Maqueda, que en «Varela» era parte de la mayoría, ahora cambia, indicando: «corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación

34 Corte Nacional, 08/04/2021, «Juárez, Sergio Daniel c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otro»

35 Corte Nacional, 22/04/2021, «Valotta, María Concepción c/ Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.»

36 Corte Nacional, 01/07/2021, «Pelozo, Jacinta c/ Méndez, Enrique (Fallecido) y Otros»

37 Corte Nacional, 09/05/2019, «Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional»

38 Corte Nacional, 14/02/2017, «Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos»

39 Corte Nacional, 03/05/17, «Bignone, Benito A. y otro s/recurso extraordinario» (Recurso interpuesto por Luis Muiña)

como seres humanos y se restaure su dignidad; por lo tanto, el deber de reparar los daños derivados de los delitos de lesa humanidad, que pesa tanto sobre el Estado que los cometió como sobre los particulares que actuaron como cómplices, no se extingue por el paso del tiempo, ni en la faz penal ni en la patrimonial.

## VI. Las sentencias distractivas

En algunos casos, parecería que para disimular su postura claramente contraria a los derechos de trabajadoras y trabajadores, hay sentencias de la Corte que son favorables en el caso concreto y particular. Pero en esos casos pueden darse 2 situaciones: o no tienen proyección a otros casos, o tienen una proyección negativa para el resto de los casos sobre la misma cuestión. Entre los casos de la primera situación pueden mencionarse «Leguizamón»<sup>40</sup>, «Ortiz»<sup>41</sup> y «Veyrat Durbex»<sup>42</sup>. El primero de los casos deja sin efecto una sentencia que rebaja sin justificación suficiente el monto de una indemnización por incapacidad en el marco del derecho común, algo poco frecuente, más en un contexto donde priman los reclamos de reparación sistémica y cuando la misma Corte da argumentos para rechazar reclamos con ese encuadramiento normativo. El segundo, con dictamen de la procuración al que adhieren los ministros, declara la inconstitucionalidad de normativa que ya no está vigente, relacionada con el estatuto de servicio doméstico del año 1956 que fue remplazado por la Ley de Trabajadoras de casas particulares del 2013. El tercero, reconoce el derecho a indemnización de un trabajador que durante 27 años no fue registrado y cursó su primera intimación 20 días después del cierre del establecimiento, por lo que en anteriores instancias habían rechazado su reclamo al considerar que el tiempo que se dejó transcurrir era excesivo; una situación particular que difícilmente tenga similares en la práctica. A modo de ejemplo de la segunda situación, puede mencionarse la sentencia del caso «Varela», ya referido, y la del caso «Caliva»<sup>43</sup>. El segundo de los casos resuelve un despido discriminatorio por maternidad. Al hacerlo omite resolver con base en el BCF, la ley 23.592 y antecedentes como «Pellicori» y «Sisnero», cristalizando y endureciendo formalismos obsoletos como los del art 178 de la RCT configurado por la regla 21.297, como exigir que se acredite el nacimiento, lo que dificulta en lugar de facilitar la protección de la maternidad y la familia ante actos de discriminación.

40 Corte Nacional, 12/09/2017, «Leguizamon, Santiago Adolfo d Provincia Art S.A. y otro»

41 Corte Nacional, 23/08/2018, «Ortiz, Graciela c/Serpa de Torres, Nidia y/o Torres, Carlos y/o quien resulte responsable»

42 Corte Nacional, 03/09/2019, «Veyrat Durbex, Héctor c/ Antonio Abdenur e Hijos S.H. y/o Confitería del Hotel Crystal»

43 Corte Nacional, 20/02/2018, «Caliva, Anabela Soledad c/ Projection S.A.»

## VII. Una corte ilegítima. Necesidad de una corte que bregue por la justicia social

A modo de conclusión, partiendo de considerar que la Corte Nacional es cabeza de un poder del Estado, se debe analizar su actuación en función del cumplimiento de las normas que la regulan y sus decisiones a la luz de la normativa que aplica y los objetivos que persigue. Hoy no puede soslayarse, de las consideraciones sobre sus decisiones, el hecho de que la Corte viene excediendo arbitrariamente los límites que se impone a su actuación, y lo hace con objetivos políticos muy diferentes a los que debe tener el Poder Judicial. Su doctrina no resulta obligatoria y solo debe ser seguida en la medida que resulte acorde a sus facultades y los objetivos para los que fue creada, una verdad no siempre recordada. Esta nueva línea de doctrina regresiva, que va en contra del derecho y pretende al parecer crear nuevas normas de hecho, no solo no resultan de imperativo acatamiento, sino que debe ser rebatidas con los fundamentos que se encuentran en el ordenamiento jurídico que rige en nuestro país, con el BCF a la cabeza, así como con la anterior jurisprudencia de ese mismo tribunal en tiempos no tan lejanos, la que era adecuada a sus atribuciones y fundada en derecho. Como a mediados del siglo XX y a principios del siglo XXI, cada vez hay más razones para un juicio político a los integrantes de la Corte Nacional. Es un buen momento para discutir cómo se integra en cuanto a cantidad y características de los miembros, buscando que este reflejada la diversidad social y los intereses de las mayorías en proporción adecuada, como se elige a quienes ocuparan los cargos, hasta cuando duran en sus funciones, como se los puede remover, quien los controla, como funciona, que objetivos y atribuciones tiene; todo buscando ampliar el conocimiento y participación del pueblo. Urge contar con una Corte al servicio de la Justicia Social.



## Inspección del Trabajo - «Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo s/Recurso de Hecho» CSJN (24/02/09)

POR SEBASTIÁN GODOY LEMOS<sup>1</sup>

MJ-DOC-16261-AR | MJD16261

**Sumario:** I. El fallo en cuestión. II. Antecedentes del Ejercicio del Poder de Policía. Un breve recorrido histórico. II.a. Primera etapa. II.b. Segunda etapa: Competencia exclusiva de la Nación. II.c. Tercera etapa: Comienza a limitarse la competencia nacional y da paso al ejercicio autónomo de las provincias. II.d. Cuarta etapa: Coordinación entre Nación y Provincias. II.e. Quinta etapa: Competencia exclusiva de la Nación. III. El Pacto Federal de Trabajo. IV. Fundamentos que justifican la competencia administrativa laboral provinciales. VI. Competencia Concurrente Nación-Provincias. VII. Conclusión.

A partir del fallo del 24/02/2009 recaído en A 1792 XL | Recurso de Hecho «Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo» (<https://sj.csjn.gov.ar/>) intentaré analizar brevemente las facultades y competencias en el ejercicio del poder de policía en materia del trabajo que las administraciones provinciales y la administración nacional poseen, las que han seguido un amplio derrotero con diversos conflictos que si bien han tratado de superarse a través de la colaboración o coordinación no siempre ha sido posible y que a la fecha no ha logrado ser un sistema eficiente para el cumplimiento efectivo de las funciones atribuidas.

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional del Litoral y Doctorando en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo y en la Diplomatura en Derecho Procesal del Trabajo de la UnCuyo y de la U.M., respectivamente. Expositor y participante de congresos y jornadas, nacionales e internacionales referidos a temas vinculados al Derecho del Trabajo. Autor de numerosos trabajos de la especialidad en obras colectivas y publicaciones periódicas. Abogado asesor del Sindicato de Empleados de Comercio de Mendoza.

## I. El fallo en cuestión

En su momento el Director de Inspección Federal del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, en ejercicio de las atribuciones conferidas por las leyes 18.695 y 25.212 en materia de policía laboral, le impuso una multa a Aerolíneas Argentinas S.A. por cuanto consideró, que la empresa había incumplido lo dispuesto por el art. 1 del decreto 392/03 al liquidar el incremento salarial establecido por esta última norma, no lo incorporó al sueldo básico de convenio, sino que lo había sumado a un renglón compuesto por aquél más ciertos adicionales, sustrayendo de ese modo del aumento a estos adicionales que se calculaban en porcentajes sobre el sueldo básico.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó esa resolución, con base en que «la facultad de sancionar se halla en cierto modo inhibida en tanto el presunto incumplimiento de una norma laboral está acompañado por elementos de interpretación sujeta a debate», como en este caso «respecto al modo en que debió incorporarse al salario básico el incremento otorgado por el Dec. Nro.392/03».

Contra este pronunciamiento, el Ministerio interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja por ante la CSJN, sosteniéndose que en modo alguno podía considerarse que la atribución de sancionar a los empleadores por incumplimiento de las normas de derecho del trabajo resulta excluida cuando la inteligencia de estas suscita dudas, ya que interpretar lo establecido por ellas es inherente al cometido de comprobar su cumplimiento.

Recordemos para abordar el tema planteado, que el anexo II de la ley 25.212 califica como infracción grave penada con multa a la violación de las normas legales y/o reglamentarias relativas al monto de las remuneraciones, confiere a la autoridad administrativa del trabajo de la jurisdicción que corresponda la atribución de verificar tal infracción e imponerle al empleador la sanción respectiva mediante un procedimiento de plazo breve que garantice la eficacia del régimen sancionatorio (arts. 1,3.c, 5, 6, 7 y 9).

En el orden nacional ese procedimiento se encuentra contemplado por la ley 18.695, conforme a la cual, contra la resolución administrativa que impone una multa, cabe interponer un recurso de apelación que permite revisar en sede judicial la procedencia de la sanción (arts. 1, 10, 11 y 13).

Debemos tener presente que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte Federal, la mencionada atribución de comprobar y sancionar infracciones laborales implica el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del organismo administrativo que actúa como autoridad de aplicación, cuyas decisiones se encuentran sujetas al control posterior del tribunal de justicia, quien decidirá, en definitiva, sobre la legalidad o razonabilidad de lo resuelto («S.A. Cantegril Internacional», Fallos: 298:714, 716/717 C1977C; asimismo: Fallos: 261:36 y 296:531).

La Corte con total acierto dispuso al resolver la queja, entre otras cuestiones, que: «de ser aceptado el criterio sustentado por el a quo, se consagraría una suerte de excepción que, además de ser enteramente extraña a las disposiciones legales que confieren competencia a la policía del trabajo, conduciría a una atenuación de esta autoridad, cuando no a su paralización, ya que le bastaría al empleador inspeccionado aducir que la inteligencia de la norma en la que se sustenta el reproche es distinta de la sostenida por el órgano administrativo de aplicación, para que éste debiera inhibirse de ejercer sus facultades punitivas».

«La caracterización que efectúa la doctrina de la facultad de contralor inherente a la policía del trabajo pone de relieve que su ejercicio no se reduce a una mera actividad de «comprobación», sino que «comprende la prevención, información o investigación y represión de las infracciones (conducta ilegal por el no cumplimiento de un deber)» (confr. Vázquez Vialard, Antonio, «Naturaleza y Caracteres de la Función que Desarrolla la Administración Laboral», Legislación del Trabajo, T.XX, pág. 957-965)».

«Siguiendo los conceptos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, sobre la cual se volverá infra, si un servicio de inspección, aun bien organizado, no puede apoyarse en un sistema de sanciones apropiado en caso de infracción a la legislación laboral «corre el riesgo de perder toda credibilidad», lo cual daña a una autoridad cuya existencia «constituye la mejor garantía para que las normas laborales nacionales e internacionales se apliquen no sólo en derecho sino también en la práctica» (La Inspección del Trabajo, 1985, Organización Internacional del Trabajo, párrs. 253 y 318)».

«La obligación de «garantizar» los derechos humanos se encuentra plasmada en numerosos instrumentos internacionales, entre otros y amén del PIDESC, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, art.1), la Carta de las Naciones Unidas (art. 55.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1 y 2), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Preámbulo) (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados», cit., párrs. 72/81). En suma, los estados deben «velar» tanto por «el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores», cuanto «para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales en normativa interna», para lo cual les corresponde adoptar todas las medidas necesarias, sean de orden legislativo y judicial, así como «administrativo».

«En conclusión, si algo impone el conjunto normativo y doctrinal del que se ha hecho mérito es, por cierto, que las facultades del Director de Inspección Federal del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, derivadas de las leyes 18.695 y 25.212, en materia de policía laboral, no pueden válidamente verse limitadas en los términos resueltos por el a quo, señalados al comienzo».

## II. Antecedentes del ejercicio del poder de policía. Un breve recorrido histórico

Desde un principio se fijaron dos posturas claras:

a) la que sostiene que el ejercicio del poder de policía del trabajo y las competencias en el llamado Derecho Administrativo del Trabajo, debe ser llevado adelante por las pr basada fundamentalmente en la descentralización o federalismo, y b) la que propicia la centralización o predominio de la Nación sobre las Provincias. Estas dos posturas han tenido su manifestación normativa a lo largo del tiempo.

Siguiendo al maestro Antonio Vazquez Vialard realizaré una breve reseña de las etapas por las ha pasado el tema de la descentralización o centralización de la función administrativa laboral a partir de 1.943.

Primera etapa: Coexistencia de competencia nacional y competencias provinciales: con la sanción de la ley 4661 del año 1.905 (prohibición de trabajar en fábricas y negocios los días domingos) que limita su alcance a la Capital Federal y territorio nacionales, conservando las provincias su autonomía laboral, al igual que la ley 5291 del año 1.907 (régimen de mujeres y menores); o el caso de la ley 9688 de 1.915 con ámbito de aplicación nacional reglamentada para la Capital Federal y algunas provincias como Santa Fe, Córdoba, Buenos Aires, entre otras, que dictaron sus propias normas reglamentarias, adoptando íntegra o mayoritariamente la reglamentación nacional. Como vemos, se caracterizó esta etapa como de respeto absoluto a las competencias provinciales en la aplicación o en el control de las normas.

Segunda etapa: Competencia exclusiva de la Nación: Con la creación de la Secretaría de Trabajo y Previsión de la Nación (Decreto-Ley 15.074/43) el poder de policía del trabajo pasó a ser ejercido desde las Delegaciones Regionales de la misma, en tanto que los organismos provinciales fueron absorbidos y pasaron a depender del organismo nacional. Cabe destacar que este Decreto 15.074/43 fue declarado inconstitucional por la Corte Federal en el caso «Cía. Dock Sud de Bs.As. Ltda.» (D.T. 1946, 149).

Tercera etapa: Comienza a limitarse la competencia nacional y da paso al ejercicio autónomo de las provincias: A partir del Decreto-Ley 5.205/57 el centralismo fue morigerándose al reducirse las competencias de la Delegaciones Nacionales y reconocer la independencia de las provincias en el ejercicio del poder de policía.

Cuarta etapa: Coordinación entre Nación y Provincias: Comienza a partir de 1.970 con la sanción de la Ley 18.608 que estableció la coordinación del ejercicio del poder de policía del trabajo entre Nación y Provincias, reconociéndosele a estas últimas la competencia en la administración laboral en sus jurisdicciones y manteniendo la Nación su autoridad limitada a los lugares de jurisdicción federal o en aquellos en los cuales se desarrolle una actividad vinculada al comercio interprovincial o internacional o empresas que actúen en virtud de concesiones otorgadas por el gobierno nacional.

Quinta etapa: Competencia exclusiva de la Nación: Con el restablecimiento de la democracia, se retoma la competencia de la nación de modo exclusivo en materia del trabajo, dictándose el Decreto 1111/73 por el cual se transfieren a la Nación los organismos provinciales con competencia laboral.

Sexta Etapa: Se establece la coordinación entre Nación y provincias a través de convenios: A partir de 1984 se firmaron diversos convenios entre nación y provincias cuyo objeto principal era la coordinación en el ejercicio del poder de policía y termina en el dictado de la Ley 25.212, la cual ratifica el Pacto Federal del Trabajo<sup>2</sup>.

2 Vazquez Vialard Antonio y Navarro Marcelo J.: «Policía del Trabajo». Ed. Astrea 1.990. VAZQUEZ VIALARD Antonio «Competencia Administrativa Nacional en materia de Trabajo y Seguridad Social». TySS 1.973/74 - 81/91

### III. El pacto federal de trabajo

El Pacto Federal de Trabajo fue suscripto el 29/07/98, ratificado por la Ley N° 25.212 (BO 06/01/2000) y pretende finalizar con esta historia inacabada de la división de competencias en la administración del trabajo. Resalta la división de competencias y las facultades en materia de inspección y aplicación de sanciones, reafirmando el ejercicio autónomo de las provincias.

Se acordó propiciar e impulsar los mecanismos legales pertinentes para la aprobación de los siguientes Proyectos, Planes y Programas, los cuales son agregados al mismo como anexos del Pacto Federal y forman parte integrante del mismo: Primero - El Proyecto de creación del «Consejo Federal del Trabajo». Segundo - El «Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales». Tercero - El «Plan Nacional de Mejoramiento de la Calidad del Empleo». Cuarto - El «Programa Nacional de Acción en Materia de Trabajo Infantil». Quinto - El «Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral». Sexto - El «Plan Nacional para la Inserción Laboral y el Mejoramiento del Empleo de las Personas Discapacitadas».

La mayoría de las provincias argentinas en esa época comenzaron a legislar sobre la creación de sus organismos administrativos del trabajo, con diversas jerarquías funcionales pero con las mismas funciones y competencias en sus respectivos territorios.

Así, se dictaron las siguientes leyes provinciales : a) Buenos Aires, ley 10.149; b) Catamarca, ley 4.124; c) Córdoba, ley 8.015; d) Corrientes, ley 3.869; e) Chaco, ley 2.956; f) Chubut, ley 2.772; g) Entre Ríos, ley 7.325; h) Formosa, ley 473; i) La Pampa, ley 736; j) La Rioja, ley 4.388; k) Mendoza, ley 4.974; l) Misiones, ley 2.221; m) Neuquén, ley 1.625; n) Río Negro, ley 1.789; ñ) Tucumán, ley 5.650<sup>3</sup>.

En el caso de Mendoza se dictó la Ley 4794, la cual fue modificada en diversas oportunidades, siendo la última la efectuada por Ley 8.990 (BO 26/07/2017) que crea la Oficina de Conciliación Laboral (OCL), organismo que deberá dirimir con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, todo conflicto de derecho en los que versen reclamos individuales y pluriindividuales de competencia de la justicia laboral provincial.

### IV. Fundamentos que justifican la competencia administrativa laboral provinciales

Nadie cuestiona la existencia del federalismo en nuestra organización política, puesto que las provincias no son simples expresiones geográficas ni divisiones administrativas, son entes autónomos y preexistentes a la organización nacional. Su personalidad jurídica resulta del Preámbulo de nuestra Constitución que fue ordenada, decretada y establecida en cumplimiento de pactos preexistentes y por voluntad de las Provincias que la componen. El Gobierno Federal es un gobierno de poderes delegados y no posee una autoridad que no se le haya sido conferida por el instrumento público que lo creó. Los

3 DOMINGUEZ Roberto J.: «La Administración del Trabajo en la Provincia de Mendoza», pág. 47, Ediciones Dike - Foro de Cuyo. Julio de 2.016

poderes nacionales no pueden ensanchar, bajo pretexto alguno, la esfera limitada que la Constitución Nacional les ha trazado.

El art. 121 de nuestra Constitución Nacional, dispone que las Provincias el art. 122 se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas, sin intervención del gobierno federal y por el art. 123 cada Provincia dicta su propia constitución conforme el art. 5º que dispone las condiciones a satisfacer para que el gobierno federal garantice a cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Helio J. Zarini, dice que «las provincias conservan todo el poder no delegado por la CN al Gobierno Federal, pero ésta no enuncia los poderes exclusivos de las provincias, porque son amplísimos. El Gobierno federal es de poderes delegados y definidos, mientras que los gobiernos provinciales son de poderes reservados e indefinidos»<sup>4</sup>.

La delimitación, distribución y asignación de la competencia entre el Gobierno Nacional y las Provincias está establecido en la Constitución nacional donde se resuelve una distribución de competencias que comprende: a) poderes delegados al Gobierno federal (Arts. 75, 99, 116, entre otros, CN); b) poderes no delegados al Gobierno federal (Arts. 3, 5, 6, 13, parte 2º, 32, 34, etc., CN); c) poderes reservados (Art. 121, parte 43; d) poderes prohibidos a las provincias (Art. 126, CN) y e) poderes concurrentes de los gobiernos federal y provinciales (Arts.4, cláusula 4º, 75, inc., 18, y 125).

Las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son jurisdicciones federales autónomas que conviven en el sistema federal nacional. En cada una hay una instancia administrativa, como se dijo de distinta jerarquía funcional, que tienen asignadas, entre otras facultades, el ejercicio del poder de policía del trabajo.

Dicha función en la Nación está regulada por el Decreto 772/96 (BO 16/07/1996) que le asignó al Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social –MTEySS– el rol de autoridad central de inspección del trabajo y de la seguridad social y la función de superintendencia de todos los servicios de inspección laboral. A partir de ello se implementaron programas nacionales que tienden al desarrollo de actividades conjuntas entre la Nación, las provincias y otros organismos nacionales (AFIP y ANSES).

## V. Competencias específicas

Es de competencia del estado nacional, la inspección de todas las actividades que por su ubicación corresponden a espacios reservados a la esfera federal, como es el caso de los puertos y los aeropuertos; o aquellas que por el tipo de actividad impliquen tareas interjurisdiccionales, tales como el transporte interprovincial de cargas y de pasajeros y el transporte marítimo, fluvial y lacustre. En materia de riesgos del trabajo, el control de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo de establecimientos ubicados en jurisdicción federal es competencia de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), organismo dependiente del MTEySS, creada por Ley 24.557, que también controla el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART).

A su vez las Secretarías de Trabajo y de Seguridad Social y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) firmaron la Resolución Conjunta ST 91/2003, SSS 5/2003 y

4 ARINI Helio J.: «Constitución Argentina». Editorial Astrea 1996, pág. 455

AFIP 1552/03 (BO 29/08/2003) en la que se establece que «las Secretarías de Trabajo y de Seguridad Social comprobarán y verificarán, indistintamente, el cumplimiento por parte de los empleadores de la obligación de declarar e ingresar los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial con destino al Sistema Único de Seguridad Social y de la presentación de la solicitud de la Clave de Alta Temprana, de conformidad con lo establecido en la Resolución General AFIP N° 899/002.

Por Resolución General de AFIP 1891/96 (BO 21/03/2006) se crea el «Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social», donde se centraliza la información a nivel federal sobre las relaciones empleador trabajador. Esta base contiene los datos referidos al sistema de «Clave de Alta Temprana» (CAT, Resolución General de AFIP N° 899/00 y su modificatoria N° 943/00), según el cual los empleadores comprendidos en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) están obligados a registrar a sus nuevos trabajadores dependientes con anterioridad al efectivo inicio de la relación laboral. Los empleadores están obligados además, a informar las altas y bajas de sus trabajadores en este Registro. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación se ha reservado la facultad de controlar las Asociaciones Profesionales de Trabajadores, tanto las que se encuentran simplemente inscriptas, como las que poseen personería gremial; la homologación, el registro y la publicación de los Convenios Colectivos de Trabajo, conforme lo dispone la Ley 14.250.

## VI. Competencia concurrente nación-provincias

Con la ley 25.877 (B. O. del 19-3-2004) de «Ordenamiento Laboral», se estableció el criterio de competencia concurrente basado en el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social que tiende a asegurar los postulados de los Convenios de la OIT N° 81 y 129, en cuanto requieren la presencia de una autoridad central que garantice la inexistencia de asimetrías entre las distintas jurisdicciones.

«El artículo 28 de la ley 25877, dispuso la creación del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS) y el artículo 29 dispone que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación de la ley». (Machado, José Daniel y Ojeda, Raúl Horacio (2012). «La prevención de los daños en el derecho laboral» en Rubinzal Culzoni Cita online: RC D 188/2012»).

Los referidos Convenios OIT N° 81 sobre inspección en la industria y comercio, aprobado por Ley 14.329 (BO 10/10/54 y ratificado en 1955), y Convenio N° 129 sobre la inspección del trabajo en la agricultura, aprobado por Ley 22.609 (BO 24/06/82 y ratificado en 1985), le asignan al «Sistema de Inspección del Trabajo» las funciones de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo, seguridad e higiene. La Argentina incorporó un número importante de normas internacionales a su derecho interno, al ratificar los principales instrumentos internacionales adoptados en el marco de la OIT, entre los cuales está también el que concierne a la Administración del Trabajo, Convenio N° 150 ratificado por Ley 25.802 (BO 02/12/2003)<sup>5</sup>.

5 El Convenio núm. 81, convenio de gobernanza, prevé que los Estados que lo hayan ratificado deberán mantener un sistema de inspección del trabajo en la industria y el comercio. Se podrá exceptuar a las empresas mineras y de transporte. Se establece una serie de principios respecto de

## VII. Conclusión

Si bien la ley 25877 pone a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación el sistema de inspección integral del trabajo, lo cierto es que en la práctica existe cierta superposición con las facultades que las Administraciones Provinciales del Trabajo realizan en función de la Resolución Conjunta ST 91/2003, SSS 5/2003 y AFIP 1552/03 (BO 29/08/2003), en la que se establece que las provincias comprobarán y verificarán el cumplimiento por parte de los empleadores del cumplimiento de la obligación de declarar e ingresar los aportes y contribuciones de los trabajadores con destino al sistema único de seguridad social.

Esta superposición, aun cuando puede ser parcial, conspira contra la eficiencia del sistema desde que existe una duplicación de organismos, tareas y recursos en la verificación del cumplimiento registral, por lo que la responsabilidad de los organismos encargados de velar por el cumplimiento de la normativa laboral se puede ver diluida por la reiteración de funciones, más allá de lo que ello le significa al propio administrado y a pesar de los postulados que la Corte hace al resolver en el caso Aerolíneas Argentinas.

No obstante la buena voluntad, la colaboración, la coordinación y la concurrencia puesta de manifiesto entre Nación - Provincias en el ejercicio del poder de policía del trabajo, si hay funciones superpuestas, ellas son fuentes de conflictos no deseados que atentan contra la eficiencia del mismo, y conforme oportunamente hace la Organización Internacional del Trabajo, atentando y por ende no logrando el postulado deseado por el organismo internacional <sup>6</sup>.

---

la determinación de los campos de la legislación que abarca la inspección del trabajo, las funciones y la organización del sistema de inspección, los criterios de contratación, el estatus y las de servicio de los inspectores del trabajo y sus competencias y obligaciones. Los servicios de inspección del trabajo deben publicar y comunicar a la OIT un informe anual precisando su funcionamiento sobre determinadas cuestiones. El Protocolo de 1995 relativo al Convenio núm. 81 dispone que todo Estado que lo ratifique, deberá ampliar la aplicación de las disposiciones del Convenio núm. 81 a los lugares de trabajo considerados como no comerciales. También permite que los Estados ratificantes adopten disposiciones especiales relativas a la inspección de los servicios públicos enumerados. Por su parte, el Convenio núm. 129, también convenio de gobernanza y con un contenido similar al del Convenio núm. 81, establece que los Estados que lo ratifiquen deberán establecer y mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura. La cobertura de la inspección del trabajo puede extenderse a los arrendatarios que no empleen mano de obra externa, aparceros y categorías económica colectiva, como los miembros de cooperativas; o a los miembros de la familia del productor de la empresa agrícola, según los defina la legislación o la reglamentación nacional.

<sup>6</sup> «Desde su origen, la Organización Internacional del Trabajo incluyó la inspección del trabajo entre sus prioridades. Una eficaz inspección del trabajo constituye un elemento fundamental de todo sistema de administración del trabajo, y permite la implementación de las políticas laborales y la aplicación adecuada de la legislación nacional» [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima\)---sro-san-jose/documents/publication/wcms566145.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima)---sro-san-jose/documents/publication/wcms566145.pdf)



## **El Nuevo Derecho: Su implementación en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Fallo L.R.M. y otros c/Polici a Federal Argentina s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad. Expte. CAF 269/1989**

POR ADRIANA A. MICALE<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16260-AR](#) | [MJD16260](#)

En un fallo de la C.S.J.N, d onde se pone en juego la admisibilidad de una pensión por fallecimiento, en una clara tendencia de deconstrucción del marco positivo local y la adecuación a los parámetros internacionales de cobertura de los sujetos vulnerables conforme los compromisos internacionales contraídos, según lo establecen el «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Con entrada en vigor el 3 de enero de 1976 de conformidad con el artículo 27 y el Pacto de los Derechos civiles y Políticos, del 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49.

En el control difuso de constitucionalidad que admite la declaración de inconstitucionalidad de determinadas normas, sea declarada por los jueces naturales de las causas en sus diferentes jurisdicciones e instancias de tribunales inferiores y supremos de las provin-

1 Abogada. Magister en Seguridad Social y en Prevención y Protección de Riesgos del Trabajo. Universidad ALCALA de Henares. Profesora Regular Investigadora de la Facultad de Derecho y Profesora de la Carrera de Relaciones del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Políticas De Seguridad Social para América Latina, OIT Universidad de Turín. Especialista En derecho Social Y Magister en Empleo y Doctoranda U.C.LM. Conferencista y Publicista Nacional e Internacional.

cias que conforman la República de organización federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N) con competencia de declaración, en última ratio.

Se aplican principios y convenios internacionales que garantizan derechos humanos para reconocer derechos fundamentales a la protección básica en la estructura del derecho, en causas donde se pone en juego el derecho de acceso a prestaciones de la seguridad social, reflejando la conducta global señalada, en base a los compromisos convencionales ratificados, y reflejados en el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional.

Así, los Derechos Económicos, Sociales Culturales y Ambientales, como derechos de segunda y tercera generación en escena, permiten el efectivo ejercicio de los derechos de primera generación, haciéndose palpables, y representando la base esencial de los derechos, para que los seres humanos puedan desarrollar sus capacidades.

Los DESCAs, refieren a los derechos que posibilitan el goce de un nivel de vida adecuado, no haciéndose vacuos los derechos de primera generación universalmente reconocidos en las constituciones nacionales de los países que integran la comunidad internacional y vienen a materializar esa garantía que de lo contrario no encontrarían aseguramiento verdadero a través de las normas que permiten hacerlos efectivos.

Sin los DESCAs en verdadera acción no hay posibilidad de lograr el efectivo cumplimiento de los derechos en juego y por tanto se encontraría desvanecido su ejercicio.

Vano sería confirmar el «derecho a la salud y a la vida» si los estados en tanto no definen las medidas necesarias para dicho reaseguramiento. No solo las concebidas como primigenias para el sostenimiento real de la vida humana, como lo constituyen las prestaciones económicas, como las sanitarias, las que claramente se ponen en juego cuando está interferido el acceso a las prestaciones de la seguridad social.

La causa llega al Supremo Tribunal, por el Recurso de hecho deducido por la actora en la causa «Lencina, Ramona Magdalena y otros c/ Policía Federal Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.», a quién se le denegó el beneficio de Pensión por Fallecimiento administrativamente y en las instancias judiciales del fuero contencioso administrativo que revisaron tal decisión.

Ha dicho el supremo tribunal, que «Una interpretación situada, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de los mandatos constitucionales, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general, y. que » En el contexto de la previsión social las normas deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos que procuran y requieren de la máxima prudencia, toda vez que la inteligencia que se les asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo conforme se ha dicho en Fallos: 330:2093).

En el caso se examinan las normas de fondo —los arts. 7° y 113 de la ley 21.965, de acceso al personal de la Policía Federal— que en función a los hechos antecedentes, dejaron fuera de cobertura al grupo familiar, por cesantía del causante, aunque posteriormente la justicia penal consideró sin mérito el delito denunciado, sobreseyendo al causante.

Por ello, se dijo que, de Una lectura que compatibilice dichos extremos con el citado articulado, y la finalidad asistencial y protectoria que las inspira, lleva a prescindir del tiempo mínimo de servicio previsto a fin de reconocer a los deudos de un agente cesanteado, el derecho a gozar de la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113 de la ley 21.965. De lo contrario, bajo una mirada formalista se convalidaría una desprotección

de derechos de carácter alimentario provenientes de un sistema destinado a asegurar a los individuos contra contingencias sociales vinculadas a la vejez, invalidez y fallecimiento, desatendiendo las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso a los beneficios previsionales (340:840, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

La mayoría, se fundó en el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, que recabó que la viuda, por derecho propio y en representación de sus hijos —en ese entonces, menores de edad— promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina) a fin de obtener que se declarara la nulidad del acto administrativo que dispuso la sanción de cesantía de su extinto cónyuge que revistaba como sargento de la fuerza policial; se dispusiera el pago de los salarios caídos hasta su fallecimiento; se declarara su carácter de pensionista junto con sus hijos menores y, consecuentemente, se reconociera su derecho al cobro de los haberes de pensión correspondientes, con todos los beneficios derivados de la obra social.

Contestó demanda el Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina) y Asimismo, compareció la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, citada al proceso en calidad de litisconsorte pasivo necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V), confirmó la sentencia de la instancia anterior, que rechazó la demanda. Para decidir de esa manera, el juez tratante recordó que en el marco del sumario sustanciado iniciado con motivo de actuaciones judiciales por hurto de automotor y violación de los deberes de funcionario público, se había resuelto dejar cesante al sargento por haber violado deberes esenciales a su condición de policía, al haber recibido un rodado que tenía pedido de secuestro, sin las chapas patentes colocadas, ni documentación respectiva, resultando afectado a actuaciones judiciales. Seguidamente, destacó que el principio de que eran independientes el sumario administrativo y la causa penal tenía recepción normativa, por lo que resultaba acertado el criterio del juez de primera instancia al sostener que lo resuelto en sede penal era irrelevante a los fines del ejercicio de la potestad disciplinaria. Por ello, se consideró que el sobreseimiento dictado por el juez penal lo que implicaba que no se afirmó que no hubiera existido delito, sino que sólo no podía determinarse su autoría, lo que no impedía que se investigaran otros hechos a los fines de determinar si había existido una falta administrativa, lo que si consideró que no era necesario que se determinara la participación como autor de un ilícito penal, ya que los hechos comprobados eran suficientes para acreditar la infracción a diversos deberes impuestos a los agentes policiales, lo que motivó la sanción disciplinaria que ya había sido juzgada, y por tanto no revisable.

Así, respecto del derecho a la pensión, consideró que había sido correctamente desestimado por la jueza de primera instancia en tanto el agente había perdido el estado policial y su derecho al haber de pasividad estaba condicionado a la acreditación de 17 años simples de servicios, que no habían sido alcanzados; En cuanto a la obra social, señaló que la reglamentación establecía el cese de la afiliación por renuncia, baja, cesantía o exoneración, y que el reingreso como afiliado obligatorio estaba supeditado a la reincorporación del agente; La conclusión del juez de primera instancia en cuanto a la improcedencia de conceder el beneficio de pensión a la actora, había sido bien denegado.

La parte actora interpuso el recurso el que fue denegado, toda vez que, a juicio del a quo, lo decidido no se vinculaba con la interpretación de normas federales, sino que se sustentaba en cuestiones de hecho y prueba, materias propias de los jueces de la causa y ajenas, como principio, a la vía prevista por el art.14 de la ley 48, a lo que se sumaba que la

causal de arbitrariedad invocada no era, como regla, susceptible de ser considerada por ese tribunal. Sus agravios pueden resumirse en: a) el no reconocimiento de la pensión; b) la desestimación del pago de haberes caídos durante el servicio pasivo del sargento y c) el rechazo del pedido de revocación de la sanción de cesantía de dicho agente. Con relación al primero de ellos, aduce que la denegación del beneficio de pensión, con fundamento en que el causante no alcanzó la antigüedad mínima de 17 años al tiempo del cese, omite considerar lo dispuesto en la última parte del art. 7º de la ley 21.965, de modo que deja al cesanteado y a sus familiares en peor situación que la del exonerado respecto del beneficio de pensión que establece la ley. A su criterio, dicha interpretación se robustece en virtud de la previsión del art. 113 de la misma ley, que fija una pensión global mínima sin distinguir en cuanto a antigüedad ni a la situación del personal de la fuerza; agrega que el art. 108 de ese texto legal menciona los casos de pérdida del derecho a pensión sin incluir la cesantía o exoneración como causales ni a los deudos del agente segregado, mientras que el art. 102 detalla los deudos con derecho a pensión y no hace distinción alguno respecto de los del personal cesanteado o exonerado. Respecto del segundo agravio, tilda de irrazonable la interpretación del a quo en tanto la norma no distingue la sede donde debe recaer la absolución o el sobreseimiento del agente para integrar los haberes caídos en situación pasiva, y afirma que la postura de la cámara se contradice con el principio según el cual tienen distinto alcance el proceso penal y las actuaciones administrativas. Finalmente, acerca del tercer cuestionamiento a la sentencia recurrida, alega que en ella se omitió realizar un examen razonado de las constancias de la causa. Al ser el recurso extraordinario formalmente admisible, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue. Si bien es cierto que, la actora no fundó su pretensión alegando su derecho sin embargo, se entendió que ello no puede resultar un obstáculo para juzgar su procedencia pues, según doctrina del Tribunal, la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde «decir el derecho» (iuris dictio o jurisdicción) de conformidad con la atribución *jura curia novit*, principio que faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes, siendo función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso. Y como se ha sostenido que las cuestiones suscitadas en el ámbito de la previsión social deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos de las normas de la materia, y que las leyes de previsión social requieren una máxima prudencia, ya que la inteligencia que se le asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (Fallos 330:2093 y sus citas) en la línea de dichos precedentes, la Intervención del máximo Tribunal y dada las analogías con dichos precedentes se entendió que corresponde reconocer a la parte actora el derecho a gozar de la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113, inc. b), de la ley 21.965.

Es esta, una síntesis de Derechos, que sin duda prioriza el carácter tuitivo, y de realización de los derechos económicos, políticos y sociales que los tratados internacionales ratificados garantizan.

Laboral - Relación de Dependencia - Informatica -  
Internet - Contrato de Trabajo - Organización Internacional  
del Trabajo

25-noviembre-2021



## Nuevas configuraciones del derecho a la información laboral

POR CÉSAR ARESE<sup>1</sup>

MJ-DOC-16264-AR | MJD16264

**Sumario:** I. El derecho humano a la información. II. El sistema de información laboral. III. El subsistema de información sobre violencia y acoso laboral. A. Saber para actuar. B. Vigencia interna. C. Incidencias. IV. El control en el teletrabajo. V. Información sobre IA, algoritmos y otros recursos tecnológicos. VI. Conclusiones.

### I. El derecho humano a la información

Desde ya que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión» (art. 19). Para poder ejercer la libertad de expresión, opinar, sustentar posturas ideológicas y religiosas e inclusive adoptar decisiones y hasta cotejarlas y mudarlas dado el caso, en fin, practicar el proceso de transmitir ideas, es esencial informarse previamente o durante el mismo acto de emitir el pensamiento. Para los derechos humanos de naturaleza mundial y regional americano, al igual que la libertad de expresión con la que está conectada indisolublemente en sus traducciones individuales y colectivas, se constituye en libertad y derecho generador y asegurador de otras libertades y otros derechos.

En lo que hace a derechos colectivos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se detuvo especialmente en esta institución al dictar la Opinión Consultiva 27, 5-5-21, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros

1 Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director de Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

derechos, indicó que «conforme al artículo 13 de la Convención, el derecho a la libertad de expresión protege el derecho de las personas de acceso a la información» y, a la vez, reconoce la consiguiente obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla». Este derecho «adquiere un carácter instrumental para lograr la satisfacción de otros derechos humanos»<sup>2</sup>.

También el Comité de Libertad Sindical de OIT sostiene que la libertad de opinión y expresión constituye una de las libertades esenciales para la normal expresión de los derechos sindicales<sup>3</sup>. También el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas coincide en que las libertades de opinión y expresión «constituyen la base para el pleno goce de una amplia gama de otros derechos humanos. Por ejemplo, la libertad de expresión es fundamental para el disfrute de los derechos a la libertad de reunión y de asociación»<sup>4</sup>.

Este derecho posee la doble dimensión individual y colectiva. En el primer aspecto porque toda persona posee el derecho subjetivo a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente, sin discriminación alguna. En el ámbito americano toda persona goza de esos derechos según el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, cuenta con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Así lo entiende la CSJN en «Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A.», 10-11-15<sup>5</sup>.

Pues bien, en este informe se describe someramente el sistema de información laboral, para luego detenerse en tres aspectos relevantes y novedosos en la materia: a) violencia y acoso laboral; b) teletrabajo y c) inteligencia artificial y algoritmos.

2 CortelDH, Opinión Consultiva 27, 5-5-21, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, párrafo 136; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, 2010 y Comité de Derechos Humanos, 102º período de sesiones, Observación general N° 34, art. 19, Libertad de opinión y libertad de expresión, 12/9/11.

3 OIT, CL, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018, párr. 233.

4 NU, Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, párr. 4.

5 CSJN, «Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A.», 10-11-15 en que, por mayoría se consideró que el derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. IV) y por el art.13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, en ese contexto, la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la descripción de sus dimensiones individual y social.

## II. El sistema de información laboral

En el ámbito de las relaciones laborales el derecho a la información nunca ha sido pacífico por ante su solo anuncio, provoca reacciones de oposición en el ámbito empresarial. Con todo se ha consolidado en derecho individual, por ejemplo en materia de controles personales (arts. 70 y 71) y de inspección sobre documentos sobre ventas y utilidades (arts.108, 109 y 110, la LCT) pero fundamentalmente el área colectiva.

Las disposiciones de las leyes 24467, 25877 y 23546 relativas a pequeña y mediana empresa, balance social y procedimiento en negociación colectiva incluyendo los de crisis, establecieron desde hace tiempo, en forma pacífica, aunque no muy transitado, el derecho a la información laboral.

De otro lado, la ley 24.576 de 1995 incorporó el Capítulo VIII del Título II de la Ley de Contrato de Trabajo relativo a la formación laboral. Luego de declarar la formación profesional carácter de «derecho fundamental» indica: «La organización sindical que represente a los trabajadores de conformidad a la legislación vigente tendrá derecho a recibir información sobre la evolución de la empresa, sobre innovaciones tecnológicas y organizativas y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional».

Por supuesto que, si existe un área que requiere y está generando instrumentos relativos al acceso a información laboral es el relativo a las tecnologías de la comunicación e información y sus impactos laborales. Se trata de un fenómeno en constante y explosiva expansión. Pero además de naturaleza mutante y expansiva. La pandemia 2020 lo ha solo corroborado y potenciado<sup>6</sup>.

## III. El subsistema de información sobre violencia y acoso laboral

### A. *Saber para actuar*

Tanto el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como su Recomendación 206 conforman un subsistema de información, un instrumento asegurativo o contributivo de su aplicación efectiva a los fines de erradicar ese flagelo. No se actúa sino se sabe de qué se trata o no se conoce en profundidad un asunto.

<sup>6</sup> Ver, entre otros trabajos, Valerio De Stefano, Ilda Durri, Charalampos Stylogiannis, Mathias Wouters, Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC, OIT, Ginebra, 2020; AAVV, Arese, César (Dir.), María de los Ángeles Ferrario y Ricardo Chércoles (Coord.), Nuevas tecnologías, presente y futuro del Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2019; Arese, César, Historias de la vida privada en teletrabajo, Derecho Laboral Actualidad, 2020, 2, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 11 y Vigencia efectiva de la Ley 27555 y la tele-negociación individual y colectiva, Revista Derecho Laboral Actualidad, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021 - N° 1, Pág 165.

Esa normativa indica que los estados deben adoptar una legislación que «exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular», lo que comprende proporcionar «información y capacitación» acerca de riesgos y medida de prevención (art. 9 inc. d).

También se establece que todo miembro deberá adoptar medidas apropiadas para: «garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, tales como: g) garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección, (Conv. 190, art. 10, b), g).

Asimismo, se indica que los Miembros deberían adoptar medidas apropiadas a fin de: «apoyar dicha negociación colectiva mediante la recopilación y divulgación de información sobre las tendencias y buenas prácticas con respecto al proceso de negociación y al contenido de los convenios colectivos» (Rec. 206, art. 4, b)). Recomendación 206 establece deberes de información en los arts. 7, d, f, 16, d); 17, inc. b y 23 de variadas formas.

Fabiana Sosa afirma que, a partir de la información, se pone el énfasis en la prevención y la educación contra la violencia y acoso laboral y, según su enfoque, implican uno de los capítulos más desafiantes del Convenio 190<sup>7</sup>.

## ***B. Igencia interna***

Ahora bien, la ratificación del Convenio 190 por ley 27580 (BO 15-12-20) y la sumisión del país ante OIT, implica que a partir de su vigencia el 22-2-22 y, con ello, se genera un impacto global en todas las instituciones del Derecho del Trabajo. Las reglas relativas a la información, obligan fundamentalmente a los Estados. Pero ¿allí se detienen las obligaciones de este instrumento?

En ese sentido, hay disposiciones de ese instrumento como los arts. 1 a 3 dedicado a cuestiones conceptuales que entran en vigencia en forma inmediata. Concretamente, la definición de violencia y acoso laboral incluida en el art. 1 del convenio, salvo la posibilidad de la redefinición unificada inserta en el art. 2 y el ámbito de aplicación de los arts. 2 y 3, que operan sin necesidad de esa adecuación.

Pero a su vez desde los arts. 4 a 11 se establecen obligaciones dirigidas «todo miembro» (arts. 4 a 11). Todo miembro, para la OIT, son los Estados parte (art. 1, Constitución de OIT). Pero al indicar el «método de aplicación» en el art. 12 del convenio manda que sus disposiciones «deberán aplicarse por medio de la legislación nacional, así como a través de convenios colectivos o de otras medidas acordes con la práctica nacional». Es una fórmula que incide sobre el Estado mediante la legislación y, por lo tanto, en el Congreso de la Nación; los actores sociales que pueden adoptar disposiciones del convenio en forma directa mediante la negociación colectiva (convenios colectivos) dentro de sus compe-

7 Exposición en el Grupo de Estudios sobre Violencia Laboral, 6-8-21.

tencias y ámbito de actuación y claro, la aplicación mediante «otras medidas», fórmula abierta o de amplio espectro, que puede abarcar a la jurisprudencia, disposiciones administrativas, protocolos, etc.

Los conceptos, directivas y recursos previstos en el Convenio 190 y su Recomendación 206, son de orientación aplicativa e interpretativa interna ineludible en materia de políticas públicas, pero impactan necesariamente sobre la administración de justicia. En la medida de que existen márgenes interpretativos, los tribunales pueden expedir órdenes destinadas a operar con los derechos consagrados entre sus disposiciones. De hecho, posee autonomía interpretativa para ello<sup>8</sup>.

### C. *Incidencias*

Desde ya que la incorporación del Convenio 190 al derecho interno requiere de instrumentos reglamentarios legislativos. Con todo, en medida de que se trata de un convenio sobre derechos humanos laborales, adquiere los principios y caracteres de los instrumentos generales sobre derechos humanos. Esto es su complementariedad con otros instrumentos y a la vez, su carácter de fuente interpretativa, inspiradora y también aplicativa de derecho.

El derecho a la información en materia de violencia y acoso puede ser ejercido en forma directa de modo individual, pluriindividual o colectivo ante el Estado, los empleadores. Es obvio que este recurso deviene ordenadamente de protocolos, convenios colectivos, reglamentos de empresa, etc. Se sabe que la justicia incursiona cada vez más hacia medidas preventivas y transformadoras. De hecho, de prevención de daños se ha institucionalizado en los arts. 1731 y 1732 relativos a las excepciones de incumplimiento contractual y 1710 y sig. sobre prevención de daños, así como en el art. 75 LCT, entre otros dispositivos.

La acción informativa es esencial para la prevención, composición y resolución de conflictos y por lo tanto es parte del aparato de prevención y reparación de daños.

## IV. El control en el teletrabajo

La utilización de las tecnologías de la información y comunicación pueden significar un instrumento de violencia y acoso. El ciber acoso no posee una versión definitoria única, pero, conforme un documento de trabajo de OIT, se perfecciona mediante la ejecución de cualquier comportamiento agresivo contra una víctima individual o un grupo individualizado de víctimas a través de las TIC en el contexto del trabajo<sup>9</sup>. Se piensa en el resul-

8 El documento Iniciativa Spotlight-OIT-Asociación especialistas Relaciones Laborales, Grupo Bologna, Castilla La Mancha, Turín, «De la ratificación a la acción. Desafíos para la implementación del Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso en Argentina» de 2021 proporciona insumos para tal adecuación normativa interna.

9 Valerio De Stefano, Ilda Durri, Charalampos Stylogiannis, Mathias Wouters, Actualización de las necesidades. cit. p. 17.

tado previsible de infligir estos actos es un daño físico o psicológico a una víctima o a un grupo de víctimas.

A propósito del Convenio sobre la violencia y el acoso de la OIT en el artículo 3 d) del Convenio se referencia como una situación de violencia y acoso que ocurre «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación».

La Ley 27555 sobre Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo indica en su art. 15 el «Sistema de Control y Derecho a la Intimidad»: «Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio»<sup>10</sup>. El art. 16 sobre «Protección de la Información Laboral» complementa esta disposición en lo relativo al derecho a la intimidad.

En cuanto a la participación sindical en la información y sistemas informáticos, según se indica en el art. 15 de la Ley 27555, se trata de la recepción normativa de las recomendaciones de la OIT: «Los representantes de los trabajadores, cuando los haya, y de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberían ser informados y consultados: acerca de la instalación o modificación de sistemas automatizados de tratamiento de los datos personales de los trabajadores; antes de la instalación de sistemas de vigilancia electrónica del comportamiento de los trabajadores en el lugar de trabajo; y sobre la finalidad, el contenido, la aplicación y la interpretación de cuestionarios y pruebas relativos a los datos personales de los trabajadores» (OIT, Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, Ginebra, 1997, p. 12.2.).

Es que no sólo se trata de garantías de carácter individual, sino que la cuestión de los controles empresarios, comprende la vida gremial o sindical. Es decir, se vincula la preservación de su actividad sindical con la potestad de los sindicatos de comunicarse, sin ser controlados por los empleadores. Se alude al software de vigilancia de la actividad sindical sea en lo informativo o indagatorio como en la posibilidad de que se usen para interferirla. En concreto, indica OIT: «Los empleadores no deberían acopiar datos personales sobre la afiliación del trabajador a una organización de trabajadores o sobre sus actividades sindicales, salvo si la legislación o los convenios colectivos así lo estipulan o autorizan»<sup>11</sup>.

Estos resguardos y protección tienen fuente en las normas sobre libertad sindical y la protección de los representantes sindicales en los ámbitos de OIT, Naciones Unidas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a más claro está, en el art. 14 bis de la CN y la propia Ley de Asociaciones Sindicales Nro. 23.551.

10 El Dec.27/01 que «la participación sindical indicada en el artículo 15 de la Ley que por la presente se reglamenta tendrá lugar mediante auditorías conjuntas, compuestas por técnicos designados o técnicas designadas por la asociación sindical y por la empresa, garantizándose la confidencialidad de los procesos y datos y limitadas a preservar los derechos establecidos a favor de las personas que trabajan bajo la modalidad prevista por la Ley N° 27.555».

11 (OIT, Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, Ginebra, 1997). P. 6.6.

La disposición central del art. 15 de la Ley 27555, establece un régimen de intervención en la vida empresarial según tres pautas:

El sistema participación sindical obligatorio especial de control empresarial sobre sus bienes e informaciones. Es especial porque tiene un fin único de preservación de la intimidad del trabajador y la privacidad del domicilio.

El Dec.27/01 que «la participación sindical indicada en el artículo 15 de la Ley que por la presente se reglamenta tendrá lugar mediante auditorías conjuntas, compuestas por técnicos designados o técnicas designadas por la asociación sindical y por la empresa, garantizándose la confidencialidad de los procesos y datos y limitadas a preservar los derechos establecidos a favor de las personas que trabajan bajo la modalidad prevista por la Ley N° 27.555».

Lo que emana de estas disposiciones es la creación de una suerte de paritaria especial, utilizando la terminología del Derecho de la Negociación Colectiva, según la Ley 14.250, ahora con ropaje de «auditorías conjuntas» de carácter técnico. De tal forma, la negociación colectiva para establecer esta auditoría y a la vez, regular su funcionamiento.

Más allá de una regulación autónoma general, por actividad u oficio, según el modelo de convenio colectivo adoptados, habrá luego, necesariamente, una actividad particular por empresa. Esto una negociación a través de auditorías especiales.

## V. Información sobre ia, algoritmos y otros recursos tecnológicos

Como es sabido, quién piensa, organiza y dirige algo ritmos, sensores, programas que involucren a personas posee poder y a la vez, responsabilidad para no producir discriminación, incursión en la vida privada, control de datos privados e íntimos, perforar derechos personalísimos. Decisiones automatizadas o no mediante sistemas que puedan causar agravios a quienes trabajan, requieren control estatal, pero también sectorial. «El derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla», dijo la CorteIDH<sup>12</sup>.

La posibilidad de discriminación algorítmica y de programación en plataformas, a partir de plataformas, el teletrabajo o cualquier otra forma de control tecnológico sobre el trabajo dependiente requiere regulaciones como los sistemas de responsabilidad algorítmicas de carácter general o sectorial<sup>13</sup>. En lo laboral, durante 2021 se modificó el ap. 4 del art.64 del Estatuto de los Trabajadores de España mediante RDL Nro. 9 ampliando el derecho de información de la representación de trabajadores en la empresa en ese sentido.

12 CorteIDH, Opinión consultiva 27 de 2021, párrafo 137.

13 Sánchez Caparrós, Mariana, Sobre regulaciones y otras herramientas disponibles para impugnar la decisión automatizada que discrimina, Rubinzal Culzoni On Line, Cita: RC D 427/2021 fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen».

La norma reglamenta los «Derechos de información y consulta y competencias» atribuyendo al comité de empresa requerir información «sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo». Se aclara que «se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen».

Pues bien, en lo que aquí interesa especialmente, se dispone: «2. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente: d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Asimismo, el comité de empresa tendrá derecho a recibir la copia básica de los contratos, así como la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieron lugar».

Es un mecanismo de control, información y participación específico destinado, de verificarse la posible afectación de los derechos fundamentales o laborales mediante la utilización de ese recurso tecnológico. No existe una puntualización tan especial en la legislación de Argentina pero, tal como se viene desarrollando, el acceso a la información se puede requerir en el marco de la LRCT Nro. 27555 y su reglamentación, el habeas data del art. 43 de la CN así como mediante las reglas de información de negociación colectiva e inclusive en el marco de la protección de los derechos personalísimos de los arts.51 y 52 CCN y sus correspondientes acciones preventivas y reparatorias<sup>14</sup>.

## VI. Conclusiones

Desde los Derechos Humanos y desde las propias instituciones del Derecho del Trabajo, las instituciones que permiten el acceso a la información constituyen un subsistema institucional de creciente complejidad. Claramente, se puede actuar, es decir asegurar un derecho y prevenir y resarcir su violación, cuando se conoce de lo que se trata. En esa dirección, el Convenio 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y su Recomendación 206 y la Ley 27555 sobre Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo han institucionalizado nuevos instrumentos informativos. Están a disposición de los operadores del derecho.

Pero queda mucho por hacer en materia normativa y jurisprudencial en lo relativo al control informativo de los sistemas robotizados, de inteligencia artificial y algoritmos, con capacidad para producir patologías laborales como discriminación, violencia y acoso. En este tema, como acontece en otras partes del mundo y alerta OIT, hay nuevos desafíos normativos.

14 Art. 52. «Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1».

# GE DS

