

GE DS

Grupo de Estudios
de Derecho Social

LA REVISTA

#3 JULIO 22



STAFF

Director y Fundador GEDS

Raúl H. Ojeda

Directores de la revista

Valeria Soczyuck
y Sebastián Coppoletta

Comité editorial de la presente edición

Emilio Romualdi

David Duarte

Walter N. Buhler

Itatí Dermachi Arballo

Ilustración de tapa

Diana Dowek, Paisaje, 1977
De la serie Atrapado con salida
130 x 140 cm

Diagramación y edición

Gabriel Hernández

gabo.hernandez@gmail.com

Con el apoyo



ÍNDICE

¿Por qué la libertad? Por Valeria Soczyuck y Sebastián Coppoletta.....	3
Libertad contra opresión y las relaciones de trabajo Por David Duarte.....	5
Breve ensayo sobre la huelga y la libertad Por Raúl H. Ojeda.....	11
La transacción de la libertad por dinero como dilema moderno del derecho del trabajo Por Emilio E. Romualdi	19
Empresas sin trabajadores/as? La libertad como argumento de invisibilización del conflicto social de irrelevancia de la persona que trabaja Por Sebastián Coppoletta.....	28
De la libertad, su intercambio y la soberanía del tiempo en trabajos organizados bajo Apps Por Aníbal Cuadrado	36
Discriminación en el proceso de selección Por Walter N. Bühler	42
Grupos vulnerables y el difícil acceso al mercado laboral: las personas con discapacidad Por Guillermo Kutter	46
Reformatio in peius en la sucesión convencional Hebe A. García Borrás	56
El principio de progresividad como limitante a la actividad estatal legislativa - leyes de emergencia y derechos humanos Por María G. Alcolumbre	63
Libertad de configuración negativa en la contratación laboral. Principio de irrenunciabilidad Por María A. Moyano.....	69
El quiebre del paradigma patriarcal (trabajador como hombre proveedor de su familia) Por Mariana Otarola	78
Las cadenas invisibles de la tecnología Por Juan I. Caminos.....	87
La armonización de los tiempos de trabajo y el proyecto de vida Por Sebastián Serrano Alou	92
Conclusiones del II° Congreso Nacional del Grupo de Estudios de Derecho Social	102

Autonomía de la Voluntad - Derecho del Trabajo -
Laboral - Irrenunciabilidad de los Derechos del Trabajador -
Buena Fe - Principios del Derecho Laboral

13-julio-2022



¿Por qué la libertad?

POR VALERIA SOCZYUCK¹
Y SEBASTIÁN COPPOLETTA²

MJ-DOC-16699-AR | MJD16699

Este número de la Revista del GEDS que presentamos se construye con aportes doctrinarios sobre distintos temas que tienen todos en común la idea de libertad.

Se repite que el trabajo dependiente tiene la característica de ser libre en tanto se accede o se pierde la condición de persona que trabaja (parte trabajadora) por la propia voluntad, resistiendo la idea de trabajo esclavo. En el Siglo XVIII y XIX ello podría ser toda una novedad, dado que anteriormente aquellas posiciones se asumían conforme el estatus que cada persona tenía (el que nacía de una esclava era esclavo/a y trabajaba, el que nacía de una noble era noble y no trabajaba), por lo que esa idea de libertad quedó reservada al acceso y egreso de la relación laboral, pero —contrariamente— la relación de subordinación implica una fuerte restricción de la voluntad de la persona que trabaja, pues ésta queda subordinada a la voluntad de la parte empleadora. El Derecho del Trabajo, entonces, se propone limitar —aunque no negar— ésta situación a través del principio protectorio. Y, por lo tanto, el iuslaboralismo ha naturalizado la pérdida de libertad al interior de la relación laboral asumiéndola como un elemento característico del vínculo que hace al objeto de protección.

Pero al respecto, Jean-Jacques Rousseau presenta a la Academia de Dijon su Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres en el año 1754, en el cual ya advertía sobre el problema de contratar sobre la libertad. Un siglo y medio antes de que la idea de subordinación laboral hiciera su aparición a través de la obra de Ludovico Barassi, el trabajo de Rousseau señalaba el peligro que ella implica expresando que «Puffendorff dice que, del mismo modo que una persona transfiere a otra sus bienes por medio de convenciones y contratos, de igual manera puede despojarse de su libertad en favor de alguno. Me parece un malísimo razonamiento, porque, en primer lugar, los bienes que yo enajeno se convierten para mí en cosa completamente extraña, cuyo abuso me es indiferente; pero me importa mucho que no se abuse de mi libertad, y yo no puedo, sin hacerse culpable del daño que se me obligará a hacer, exponerme a ser instrumento del crimen. En segundo lugar, siendo el derecho de propiedad de institución

1 Abogada litigante, especialista en derecho laboral y magíster en riesgos laborales.

2 Doctor en Derecho (UNL). Co-Director de la carrera Especialización en Derecho del Trabajo (UNL). Profesor de Derecho del Trabajo (UNL). Juez de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, de Santa Fe.

humana, cada uno puede disponer a su antojo de aquello que posee; pero no sucede lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza, como la vida y la libertad, de los cuales le está permitido a cada uno gozar, mas de los que, al menos es dudoso, nadie tiene el derecho de despojarse. Renunciando a la libertad se degrada el ser; renunciando a la vida, se le aniquila en cuanto depende de uno mismo; y como ningún bien temporal puede compensar la falta de una o de otra, sería ofender al mismo tiempo a la naturaleza y a la razón renunciar a aquellas a cualquier precio que fuera».

Por lo tanto, la libertad al interior de la relación de subordinación es un tema esencial al diseño de un sistema protectorio humanista, esto es, que no se limite solamente a asegurar las prestaciones económicas de la relación laboral. Es un tema cuya importancia ha estado siempre presente en el Derecho del Trabajo y que hoy adquiere nuevos ámbitos de discusión en la medida en que la tecnología modifica las formas de trabajar.

De tal modo, es necesario volver a revisar la idea de libertad en la relación de subordinación. Para esta tarea, hemos tomado el orden que establece el sistema jurídico general (civil) en cuanto reconoce la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad del contratante, en tres vertientes:

- i) Libertad negocial. Esto es, libre para celebrar o no una convención que le obligue y, por consiguiente, restrinja su libertad;
- ii) Libertad de elección de la contraparte. Esto es, libre para decidir con quién habrá o no de celebrar la convención, y
- iii) Libertad en el contenido de la contratación. Esto es, libre para establecer, dentro de los límites que actualiza el sistema jurídico, el contenido de la norma convencional.

Los incisos i y ii se refieren a la libertad en la formación de la norma convencional, el inciso iii a la libertad en el ámbito material de la norma convencional, el contenido de la convención. Todos los incisos suponen que el consenso se exprese sin violencia.

De este modo, se propone en este número revisar la idea de libertad en la relación laboral, tomando justamente estas vertientes indicadas por el Derecho Civil y estudiando cómo el Derecho del Trabajo se comporta respecto a ellas.

Autonomía de la Voluntad - Derecho del Trabajo - Contrato de Trabajo - Irrenunciabilidad de los Derechos del Trabajador - Buena Fe - Principios del Derecho Laboral

12-julio-2022



Libertad contra opresión y las relaciones de trabajo

POR DAVID DUARTE¹

[MJ-DOC-16698-AR](#) | [MJD16698](#)

Sumario: I. Introducción. II. La libertad contra la opresión en el derecho del trabajo. III. Origen de la expresión «libertad contra la opresión». IV. Frente a la libertad de contratar debe prevalecer la libertad contra la opresión. V. Conclusión.

I. Introducción

El significado de «libertad contra la opresión» es una de las formulaciones más importante de la hermenéutica constitucional, que se vincula con el desarrollo de los derechos sociales y más allá de los debates y críticas de pensamientos que se puedan desarrollar, están en los contenidos constitucionales del derecho individual de trabajo y que trataremos de analizar.

Reflexionaremos sobre el concepto de libertad contra la opresión en el derecho del trabajo y cuál es su origen en la doctrina tradicional de la Corte, como su estándar jurídico, que se corresponde con el bloque de constitucionalidad y por qué la actual integración del Máximo Tribunal, se aparta palmariamente, sin explicación razonable, de dichos criterios y de los principios de derechos fundamentales que con sentido progresivo han avanzado, aunque no así los últimos fallos de la Corte.

¹ 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.

II. La libertad contra la opresión en el derecho del trabajo

El caso líder que resuelve un tema laboral y donde se introduce la expresión: «libertad contra la opresión» fue un conflicto planteado por una empresa que, frente al salario mínimo vital y móvil fijado por una norma, dedujo su planteo de inconstitucionalidad invocando su «libertad de contratar». Sostenía el cuestionamiento que el Estado no podía fijar el salario de los trabajadores. A esa cuestión la Corte respondió: «cuando entre en conflicto aquella libertad con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo»².

Dicho criterio también fue invocado en el precedente «Alvarez c/ Cencosud» en el sentido que la Corte ha reconocido validez constitucional a una intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho de contratar y el derecho de propiedad del empleador (ver Considerando 7, del voto de la mayoría), tema que había planteado el sector empresario frente a la decisión de ordenar la reinstalación de un trabajador despedido. Recordó, en ese sentido, el caso «Rusich»³; en cuanto a la imposición de la indemnización por despido y por falta de preaviso⁴, la desestimación del pago de las vacaciones pudiera ser impugnado constitucionalmente con fundamento en que resultaba un salario sin contraprestación del trabajador, al paso que justificó, por obedecer al «ritmo universal de la justicia»⁵.

Todo ello en el entendimiento que dicho criterio lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, en el sentido que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental»⁶. También se rechazó las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que «el fundamento valorativo de la solución» reposaba «en inexcusables principios de justicia social⁷ y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica»⁸.

2 CSJN, «Pratico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía», publicado en DT-1960, pág. 355 - Citado en el fallo «Aquino», «Alvarez c/ Cencosud» entre otros y Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, en U. 8. XXIV. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ SOMISA Sociedad Mixta Siderurgia Argentina s/ medida cautelar. 26/12/1991 Fallos: 314:196.

3 CSJN, «Rusich, Elvira c/ Cía. Introdutora de Bs. As.» Fallos: 181:209, de 1938

4 CSJN «Saltamartini c/ Compañía de Tranways - La Nacional», Fallos: 176:22)

5 CSJN «Quinteros, Leónidas S. c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina» (Fallos: 179:79, Fallos: 181:209, 212/214; asimismo: «Dordal, José c/ Calderón y Roper», Fallos: 189:234; «Vizzotti», Fallos: 327:3677, 3689, y «Aquino», Fallos: 327:3753, 3770)

6 CSJN en Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia West Coast Hotel Co. v. Parrish de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

7 CSJN, «Roldán c/ Borrás», Fallos: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros.

8 (Fallos: 250:46, 48/50)

III. Origen de la expresión «libertad contra la opresión»

En el citado caso «Prattico», en el considerando 6 (ver pág. 348) la Corte reproduce la opinión del Juez Hughes, que se pronunció por la mayoría en el caso «West Coast Hotel Co. v. Parrish» (300 US 379) de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el que sostuvo la validez constitucional de una ley del Estado de Washinton, que reglaba el salario mínimo de las mujeres y de los niños y atribuía la facultad de establecerlo a un organismo administrativo, «Industrial Welfare Commission», más tarde reemplazada por el Industrial Welfare Committee».

El planteo había radicado en que la ley desconocía el debido proceso legal sustantivo y la libertad de contratar, dijo: «La potestad de restringir la libertad de contratación, reconocida por la constitución, tiene numerosas manifestaciones y es innegable que puede ser extendida, en el interés público. En este sentido, la legislatura tiene un amplio campo discrecional respecto de lo que considere sean promovidos mediante regulaciones tendientes a asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión (freedom from appression)» (ver pág. 348).

En ese marco agregó «La libertad salvaguardada es la libertad dentro de una organización social, la que requiere la protección de la ley contra los peligros que amenazan la salud, la seguridad, la moralidad y el bienestar del pueblo» (ver pág. 349).

Aseveró que: «la Constitución no garantiza el absoluto privilegio de encarar o dirigir un negocio como uno quiera. Ciertas clases de negocios pueden ser prohibidos; y el derecho de concluir un negocio o de ejercer una profesión puede ser reglamentado»⁹.

Citó el caso West Cost Hotel Co. V. Ernest Parrisch y Elsie Parrish¹⁰ en donde se modificó la jurisprudencia del caso «Adkins c. Children's Hospital», dijo: «El principio que debe regir nuestra decisión no está en duda. La violación alegada por los que atacan la regulación del salario mínimo de las mujeres, es la privación de la libertad (freedom) de contratar. ¿Qué es esta libertad? La constitución no habla de libertad (freedom) de contratar. Habla de libertad (Liberty) y prohíbe la privación de esta libertad sin el debido procedimiento legal. Al prohibir dicha privación, la Constitución no reconoce una libertad absoluta e incontrolable. La libertad en cada una de sus fases tiene su historia y connotación. La libertad salvaguardada es la libertad en una organización social, requiere la protección de la ley contra los males que amenazan la salud, seguridad, moral y bienestar del pueblo.

«Pero se ha reconocido que la libertad de contratar es un derecho calificado y no absoluto. No existe libertad absoluta para proceder como se desea o para contratar como se prefiere. La garantía de libertad no quita de la vigilancia legislativa ese amplio campo de actividad que consisten la celebración de contratos, ni deniega al gobierno el poder de establecer salvaguardias restrictivas. Libertad implica ausencia de restricciones arbitraria, no inmunidad de regulaciones y prohibiciones razonables, impuestas en el interés de la comunidad»¹¹.

9 CSJN Fallos: 199:483, ver Pág. 526 y citó Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Nebbia v. New York, parcialmente transcrito en Fallos: 172:58 y siguientes

10 Jurisprudencia Argentina t. 57, pág. 23 y sigtes, de la sección Jurisp. Extranjera.

11 Chicago, B & Q, P, Co., v. Mc Guire, 219 U.S. 549, 55 L. ed. 328. 31 S. Ct. 259».

IV. Frente a la libertad de contratar debe prevalecer la libertad contra la opresión

Como vimos, en esta expresión del subtítulo, de este apartado se encuentra la doctrina jurisprudencial de la Corte antes que formara parte del bloque de constitucionalidad el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en cuyo Preámbulo se desprende que los Estados partes consideraron que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Dicho preámbulo también reconoce el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, no puede realizarse, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. Comprende que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en ese Pacto, el cual incluye el «derecho al trabajo».

En esa línea se enmarca la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derecho Humanos en el caso «Lagos del Campo c/ Perú del 31 de agosto de 2017 y el caso «trabajadores Cesanteados de Petroperú» del 23 de noviembre de 2017¹², en el que se consagra la protección de la estabilidad laboral como derivación del «derecho al trabajo» con invocación del PiDesC y los Convenios 135 y 158 de la OIT, reconoce la necesidad de verificar la causalidad del despido y respetar el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva y el empleador deberá acreditar razones suficientes para imponer una sanción como el despido. Es por ello que no puede buscarse formas de fondos de garantías para solventar las indemnizaciones, porque lo que está en juego son derechos humanos fundamentales y los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención americana de Derechos humanos, según los términos de esa norma (art. 26), son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA que establece que 'el trabajo es un derecho y un deber social' y que debe prestarse con 'salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos'¹³.

En el grado de progresividad de los derechos humanos, plasmados en la doctrina de la CIDH, resulta inexplicable lo dicho por nuestra Corte Nacional en los casos «Varela c/

12 Caso Lagos del Campo Vs. Perú. excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 31 de agosto de 2017. serie C no. 340, párr. 154; y Caso trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 23 de noviembre de 2017. serie C no. 344, párr. 192. Caso san miguel sosa y otras Vs. Venezuela sentencia de 8 de febrero de 2018 serie C 348, párrafo 211.

13 Gialdino, Rolando E. Una sentencia histórica de la Corte interamericana de Derechos humanos en materia laboral: Derecho al trabajo, libertad de expresión y libertad de asociación Publicado en la revista La Defensa, 2018 Reproducido en www.relatsargentina.com

Disco» y «Fontana c/ Cibie»¹⁴ contradice dicha doctrina de la CIDH, obligatoria para los Estados, en cuanto señala que el ejercicio de la libertad de contratación del empleador deriva la posibilidad de despedir. Como si fuese un derecho absoluto, sin los límites que tradicionalmente se han señalado y los reparos en normas internacionales que se encuentran vigentes. La «libertad de contratar», tiene varios reparos interpretativos que no se los aclara.

La libertad de contratar, no tiene una regulación expresa en la constitución, pero puede desprenderse del ejercicio de las acciones privadas. Estas sí, encuentran límites diseñados por la propia Constitución Nacional, ya que deben salvaguardar el orden y la moral pública, y no deben perjudicar a terceros (art. 19 CN) y el ejercicio de toda industria lícita debe serlo conforme las normas que reglamente su ejercicio (arts.14 y 28 de la C.N.). El criterio constitucional para resolver si una industria es lícita no puede ser el de su utilidad y conveniencia del emprendedor, sino de que ella no sea contraria al orden y a la moral pública, ni perjudique a terceros¹⁵. En años posteriores la jurisprudencia señaló que, en todo caso, es un principio admitido que la libertad de industria debe ejercerse con arreglo a las disposiciones que se dicten¹⁶. La disposición del artículo 14 de la Constitución, declarando el principio de la libertad de toda industria, no obsta a que ésta sea reglamentada en su ejercicio, y aún limitada por causas de utilidad general¹⁷.

La peregrina idea que supone que la libertad de contratar, implica la libertad de despedir, carece de respaldo constitucional. En primer lugar, porque sin ningún fundamento constitucional y en contra al concepto de «derecho al trabajo», reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hoy integra el bloque de constitucionalidad en virtud del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Dicho pacto ha sido incorporado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tres fallos relevantes, que hemos citado y han declarado por que no puede haber despido sin causa, en la inteligencia no solamente de la Observación General 18 del Comité de derecho económicos, sociales y culturales de la Organización Naciones Unidas, que debe interpretarse por parte de los Estados miembros conforme el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aun cuando éste no este ratificado y de conformidad con el art. 7 inciso d del Protocolo de San Salvador.

14 Varela, José Gilberto C/ Disco S.A. S/ Amparo Sindical Sent. 04/09/2018 Fallos: 341:1106 y Fontana, Edith Fabiana C/ Cibie Argentina S.A. S/Juicio Sumarísimo, sent. 08/04/2021 Fallos: 344:527.

15 CSJN «Neuquén c/ Provincia de Tucumán» 1904 Fallos: 98:52

16 CSJN «Gatti, Federico c/ Doyhenard, Luis M.» 1916, Fallos: 124:75

17 CSJN «Varios Puesteros Próximos al Mercado del Centro c/ El empresario del mismo mercado. El Dr. Garcia Juan Agustín por varios puesteros c/ concesionarios del 'Mercado' Independencia». 1866, Fallos: 3:468

V. Conclusión

El paso del esclavismo a la libertad de contratar no ha sido lineal y la libertad que se supone en todo vínculo es relativa, porque la situación de dominación de una de las partes —el patrono— exige la intervención de la regulación estatal del contrato, como forma de buscar restablecer un hipotético equilibrio, al decir de George Ripert «La libertad no es más que una apariencia de libertad cuando se debe contratar para vivir»¹⁸. Por eso, la libertad de contratar en las relaciones laborales es sencillamente unilateralidad patronal, porque la persona física que presta el servicio no pone condiciones en ese contrato solo el cuerpo y alma, es por ello que necesariamente un orden social justo requiere de la intervención de una norma heterónoma que lo garantice.

18 Ramírez Gronda, Juan D. «El contrato de trabajo» en Tratado de Derecho del Trabajo, AAVV, Dirigido por Mario Deveali, La Ley, 1964, T° 1, pág. 407, pág. 410



Breve ensayo sobre la huelga y la libertad

POR RAÚL H. OJEDA¹

MJ-DOC-16669-AR | MJD16669

Sumario: I. La definición como limitación. II. Algunos antecedentes cuestionables. III. Breve referencia a la fuente normativa. IV. El fenómeno extendido. V. Mi definición.

Una revista dedicada a la libertad es un buen escenario para intentar deconstruir las definiciones que se dieron hasta el momento sobre huelga, en un ensayo incompleto que mejoraré luego de la crítica de los y las colegas. La brevedad en los papeles que se nos pidió a los autores, transforma esa oportunidad en un desafío.

Acuso recibo de la advertencia de Héctor. O García, cuando afirmó que «en la definición de la huelga se pone en juego la mayor responsabilidad que puede afrontar el jurista del trabajo»². Será por ello que me inclinaré por propiciar una «no definición», luego de visitar algunas de los autores y las sentencias y de analizar algunos elementos que, por obvios no se mencionan.

No es habitual recurrir en derecho a frases del tipo «menos es más» y justamente pretendo demostrar virtud en no tener una definición de huelga. La primera es que, barriando definiciones, devolvemos la libertad a las personas para hacer huelga dentro de los límites de las reglas comunes a toda la comunidad.

I. La definición como limitación

Algunos trabajos revelan que hay diversas estrategias destinadas «a limitar el ámbito de manifestación lícito de la huelga, a debilitar la fuerza sindical y a amortiguar los efectos o

1 Profesor Universitario de grado y posgrado. Juez Nacional del Trabajo. Director del Grupo de Estudios de Derecho Social.

2 GARCIA, Héctor Omar. El derecho de huelga, en el Tratado de Derecho Colectivo (Julio César Simón, Director), Ed. La Ley, 2012, p 484

el impacto de las medidas de fuerza»³. Todas ellas son dignas de ser analizadas⁴, más por cuestiones de extensión de este trabajo sólo me referiré a una: la reducción de la huelga a un tipo legal.

En este sentido hay consenso en que definir es acotar, excluir.

No lo hay, en cambio, en la axiología de esa acción, pues hay quienes sostienen que la huelga sería patológica y por tanto sería necesaria una limitación para favorecer la vida en comunidad y el desarrollo de los negocios. Otros, entre los que me enrolo, vemos en la huelga algo así como una crisis de crecimiento.

Es ineludible: la huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de las personas que trabajan⁵, y un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales⁶.

Desde ese incuestionable punto de partida, si usáramos una perspectiva superadora podríamos invocar que «Lejos de un fenómeno anómalo, la conflictividad es el germen de la legislación laboral»⁷. A su vez, desde la resistencia, se dijo que «Limitar el derecho de huelga no es sólo una acción ilegal. Constituye una política que, aplicada en un proceso económico de ajuste, no evita los conflictos. Los reprime»⁸. En sentido afín, tenemos que la huelga es la fuerza social que tracciona la exigibilidad de los derechos laborales⁹.

Vale decir que, tanto para crecer, como para resistir, el derecho del trabajo necesita del conflicto en un sistema económico global que tiende en forma espontánea a la acumulación de la riqueza y, por tanto, requiere de contrapesos redistributivos en moneda y en dignidad. Dicho así, «la huelga es una pieza central de la arquitectura del derecho del trabajo»¹⁰.

3 Entre ellos, véase a RECALDE, Mariano, en Manual de Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial EDUNPAZ, 2018, p. 536.

4 Véase el estudio realizado por GARCÍA, Héctor O., en El derecho de huelga. ya citado, p 489 y siguientes.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. OEA, 2021. (en adelante sólo CIDH, OC 27/21), parágrafo 95.

6 CIDH, OC 27/21, parágrafo 98

7 ERMIDA URIARTE, Oscar. Apuntes sobre la huelga. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2da Edición, 1996. Citado por MORALES ANTONIAZZI, Mariela y LOBATO, Julieta, en «Un paso al frente: La huelga como derecho humano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». MPIL Research Paper Series, Max Planck Institute (ISSN, 2702- 9360). Nro. 2022-03, p. 1

8 SLAVIN, Luis Pablo, en Crítica al Fallo Orellano, Francisco Daniel c/Correo Argentino» dictado por la CSJN. XXI Jornadas de investigadores y becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata, setiembre 2017)

9 Fudge, Judy y Jensen, Heather, «The Right to Strike»: The Supreme Court of Canada, the Charter of Right and Freedoms and the Arc of Workplace Justice», King's Law Journal, Vol 27, Núm. 1 2016, PP 89- 109. Citado por Antoniazzi y Lobato, «Un paso al frente.» op. Cit. p. 1

10 Mariela Morales Antoniazzi y Julieta Lobato, «Un paso al frente.» ya citado, p. 1

II. Algunos antecedentes cuestionables

1. Existe una gran dispersión de criterios en la materia por parte de los autores, y ese estado del arte le devuelve al operador jurídico la responsabilidad de analizar la huelga sin respaldarse en una cita de autoridad.

Arese se ha tomado el trabajo de bucear por esas definiciones, tanto en autores nacionales como referentes extranjeros y hasta el propio Comité de Expertos en Convenios y Recomendaciones (CEACR)¹¹. En el mismo trabajo, concluye que «la codificación de la huelga implica instalar vallas que la práctica se encarga de derribar, vale en esto la reflexión de Ernesto Krotoschin y Ermida Uriarte: cuando más concreta y detallada es la definición, mayores restricciones y condicionamientos implica a su ejercicio»¹².

2. También es notorio un errático deambular en la concepción del «hecho colectivo» por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), quien pretendió fijar una definición en la causa «Orellano»¹³ (cuya decisión o resultado será confrontada en otro trabajo).

Dijo la CS que «La huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella —vgr. «paros intermitentes», «trabajo a reglamento», «trabajo a desgano», etc.— implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expuestas».

Más allá de que esta definición deja afuera algunas medidas de acción directa que no impliquen la mera abstención o el retaceo de la prestación laboral, también ha sido criticado con énfasis por L.P. Slavin que la CS se haga eco de una posición conservadora (él los llama «sectores empresariales más retrógrados») al señalar el carácter «perjudicial» de estas acciones colectivas (afectación de los intereses económicos del empleador y de los consumidores o usuarios)¹⁴. Sobre este tema, Duarte señala que «En todo caso, cuando se involucra al resto de la sociedad, se introducen temas ajenos a la litis, porque la responsabilidad le cabe a las partes en conflicto, no solamente a los trabajadores, porque si de terceros se trata también debió ponderarse la situación de los familiares de los trabajadores que dependen del sueldo en conflicto para vivir dignamente como derecho constitucional a condiciones dignas y equitativas de labor y salario justo»¹⁵.

Lo que pretende la Corte, entonces, es una triple limitación al derecho de huelga:(1) a través de la designación del sujeto legitimado (tema que abordaré en otro trabajo) y (2) a través de un concepto que deja afuera de sus límites, otras medidas de protesta posibles,

11 ARESE, Cesar, en «Derecho de los conflictos colectivos del trabajo», ed. Rubinzal (2011). P 59 a 62.

12 KROTOSCHIN, Ernesto, «Tratado Práctico de Derecho del Trabajo», Depalma, Buenos Aires (1981), Tomo I, p 189. ERMIDA URIARTE, Oscar «La Flexibilización de la huelga», Fundación Cultura Universitaria, Montevideo (1999), p. 48

13 CSJN, 7/6/2016, «Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/juicio sumarísimo», suscripta por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, en particular el Considerando 7.

14 SLAVIN, Luis Pablo. Crítica al fallo Orellano, ya citado, página 2.

15 DUARTE, David. La titularidad del derecho de huelga no resuelve el conflicto. Revista de Derecho Laboral Actualidad, RC D 472/2016

lícitas y (3) con la inclusión en el concepto de un factor economicista que pone prevalencia a la capacidad productiva y el impacto en terceros o consumidores.

A pesar que me manifiesto en contra de fijar un concepto de huelga, para el caso irremediable de tener que hacerlo, no son los jueces los legitimados, por tentador que sea. Este concepto debe provenir del poder del Estado con integración democrática, esto es el Congreso o Legislatura o Parlamento —según el país—, porque son los únicos legitimados para fijar la estructura de los derechos constitucionales. Los representantes del pueblo son los que pueden hablar en nombre de ellos. Luego el Poder Judicial velará por la primacía constitucional y convencional, pero no podrá fijar un concepto en reemplazo. Los jueces no deben legislar.

3. En tercer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ofreció una definición en la OC 27/21 en estos términos: La huelga es la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores¹⁶.

Como bien señalaron Morales Antoniazzi y Lobato¹⁷ la definición presenta algunos caracteres importantes, como la titularidad amplia del DH y la admisión de las huelgas de solidaridad, más deja fuera otras modalidades de la huelga que no impliquen la mera interrupción o abstención del trabajo.

III. Breve referencia a la fuente normativa

Afirman Morales Antoniazzi y Lobato que el derecho de huelga no se encuentra contemplado a texto expreso en ninguna norma internacional del trabajo¹⁸ y se deduce que para el CEACR su fuente normativa es el art. 3 del Convenio Nro.87 sobre libertad sindical, en cuanto se le reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores el derecho de organizar sus actividades y de formular su programa de acción. Parece un poco forzado, salvo que reconozcamos que echamos mano al art. 3 del C 87 porque la huelga es una realidad y de algún modo hay que mostrarse de acuerdo en incluirla como una libertad esencial de los trabajadores.

En cambio, la huelga fue reconocida como derecho en otras normas internacionales de derechos humanos. Entre ellas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), firmado en Nueva York el 29/11/1966. En su artículo 8 establece que «Los estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país». Dicho de paso, no comprendo cómo el PIDESC no es venerado por el mundo OIT, tanto en sus estudios internos a través del CEACR, como en el de los estudios satélites que permanentemente efectúa el mundo académico.

16 CIDH, OC 27/21, parágrafo 98

17 Mariela MORALES ANTONIAZZI y Julieta LOBATO, «Un paso al frente», ya citado, p. 20.

18 Mariela MORALES ANTONIAZZI y Julieta LOBATO, «Un paso al frente» ya citado, p. 3

Para nuestro sistema de fuentes, el diálogo entre el PIDESC, el artículo 14 bis de la CN y el Convenio 87 OIT es suficiente para explorar el mundo de la huelga sin temor a estar analizando una cuestión abstracta o puramente teórica¹⁹. Contribuye la CIDH en la OC 27/21, lo que impacta en la adopción de políticas públicas y legislación nacional, como asimismo en la función jurisdiccional al efectuar el control de convencionalidad.

IV. El fenómeno extendido

La huelga ya no es patrimonio exclusivo de los trabajadores. Ha sido apropiada para todo tipo de queja colectiva, excediendo largamente aquel plano. Desempleados, marginados y excluidos hacen huelga social, fenómeno al que ya me referí hace dos décadas²⁰.

También son harto conocidas las huelgas generales, o huelgas políticas, en las que se buscan soluciones a cuestiones de política económica y social, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno²¹.

Referentes históricos de diversos ámbitos, como Gandhi, hicieron huelga de hambre para visibilizar un problema. Las personas privadas de la libertad ambulatoria también lo hacen, cómo único medio de protesta al que pueden acudir sin tentar al aparato represivo del Estado.

El colectivo feminista también convoca a la huelga de mujeres, ante la necesidad de deconstruir una sociedad machista patriarcal. La desigualdad estructural en los planos educativos, laborales, profesionales, familiares, deportivos, sociales, culturales y de realización personal motivó que el 8 de marzo de 2000 se lanzara la Huelga Mundial de las Mujeres, con el lema «Paremos el mundo para cambiarlo».

¿Qué tienen de común esos fenómenos con lo que conocemos como huelga laboral? Sin entrar en los requisitos de legalidad y legitimidad, en todos ellos se protesta, se visibilizan problemas, se reivindican intereses²².

19 Pese a esta afirmación, haré un estudio profundo sobre las fuentes normativas de la huelga, en próximos ensayos.

20 He tenido oportunidad de analizar la huelga social ante la crisis del gobierno de De La Rúa, en la ponencia no oficial «La huelga social en Argentina» en el «XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Mar del Plata, 15 a 17 de agosto de 2002.

21 OIT, Comité de Libertad Sindical, La flexibilización de la huelga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, parágrafo 883. Citado por RECALDE, Mariano, p. 549.

22 ARECE, César, hace una divertida mención a la evolución etimológica de la palabra «huelga», afirmando que «nació como derivación de «holgar» y «Jolgorio», esto es, divertirse, disfrutar y alegrarse. La idea original lúdica y feliz se cargó de sentidos muy distintos en la era industrial. «Huelga» se asocia negativamente a daño, alteración social, fracaso de la negociación y retorno a la resolución manu propia de las controversias» en «Derecho de los conflictos colectivos del trabajo», ed. Rubinzal (2011). P 57.

En el plano emocional de cualquier individuo «huelga» evoca utopías, dolor, aflicción, fuerza, molestia, angustia, esperanza y desesperanza, sueños, etc.

En el plazo de las acciones humanas, «huelga» implica reclamo, reivindicación, queja, daño, visibilización, conquistas, desafíos, etc.

Ello quiere decir que «Huelga» no es un concepto jurídico, sino una herramienta social.

La utilización en tantos ámbitos diversos y con una misma identidad instrumental, demuestra la relatividad de los conceptos que pretenden ser cerrados. La definición abierta, o en construcción para cada caso, es la más apropiada en una cultura en permanente evolución que a cada instante desecha verdades pretendidas como absolutas, por obsoletas.

No es una voz indiferente en la estructura mental de nadie. Por lo tanto cada individuo puede crear su propio concepto de huelga, aplicable a la crisis a que se refiera, acudiendo a las notas abstractas de la comunidad en la que vive en ese contexto histórico.

V. Mi definición

El hecho colectivo es un fenómeno espontáneo y esa es la razón por la que fracasan los intentos de cierta parte de la doctrina, o incluso de las sentencias de la CSJN, en su pretensión de modificar las leyes del derecho colectivo del trabajo, tanto en asociación, como en negociación y conflicto (en especial la ley 23.551). La autotutela es una realidad y ella no puede ser torcida por ley. Solo la ferocidad de las balas y las bayonetas policiales y/o militares pueden lograrlo artificialmente por un lapso de tiempo limitado, pues siempre resurge el pueblo sobre la prepotencia de la autoridad de turno. Podrán incluirse algunas normas de interés general, como el cupo femenino u otras, pero no habrá otras reformas en del DC hasta tanto los actores sociales así no lo quieran, en especial el actor sindical.

Por ello ratifico mi intención inicial de criticar toda intención de achicar o restringir el derecho de huelga a través de una definición.

Con la ayuda de Recalde²³, podemos releer en modo oblicuo algunas definiciones de autores que se enrolan en esta posición de usar un concepto más amplio. Éstas serían: «toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta» o como «alteración colectiva del trabajo con finalidad de autotutela»²⁴. También, en el mismo sentido, se ha definido a la huelga como «una alteración de la habitualidad productiva»²⁵, como una «excepción transitoria de la normalidad productiva»²⁶ y como «todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción»²⁷.

23 RECALDE, Mariano, ya citado, p. 539/540

24 ERMIDA URIARTE, Oscar. (1999), La flexibilización de la huelga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

25 OJEDA AVILÉS, A. (1995), Derecho sindical. Madrid: Tecnos, p. 410.

26 BAYLOS GRAU, Antonio. (1998). Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social. Revista del Derecho Social, 2, 82.

27 14. SALA FRANCO, Tomás. y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. (1989). Derecho sindical. Valencia: Tirant lo Blanch, p.481.

Observamos —sin embargo— que se refieren exclusivamente a la huelga laboral. Es por ello que me inclino a propiciar una no definición. Una con final indefinido al estilo de «LA HUELGA ES»; es decir aquella que permite al interlocutor completar ese vocablo de textura abierta²⁸ desde su propia perspectiva, porque como he repetido, toda persona —operadora jurídica o no— tiene un pensamiento acerca de lo que es la huelga. En un sentido afín y con mucho más texto, se expresó que «toda conducta colectiva que, en un contexto social dado y en un momento histórico determinado, se entiende, acepta y practica como tal»²⁹.

Para restarle vulnerabilidad a esta no definición, debemos recordar ciertas reglas del pacto de convivencia civil aplicable a toda la población —huelguistas y no huelguistas—, que nos alejen de la anarquía y la ley de la selva. La persona humana en situación de trabajo goza en cuanto ciudadano de todos los derechos que esa condición ofrece, pero también las obligaciones.

El tablero está compuesto de estas reglas aplicables en orden acumulativo, los ítems 1º, 2º y 3º aplican a toda huelga y la 4º a la laboral.

- 1º- La huelga implica ejercicio de fuerza. Por lo tanto, debe limitarse a la reivindicación de intereses. Para los conflictos de derecho la civilización ha organizado instancias de solución pacífica: la conciliación, mediación, arbitraje y las acciones judiciales; Incluyendo la posibilidad de interrumpir total o parcialmente las tareas, a través del instituto de retención de tareas o exceptio non adimpleti contractus, instituto que por su extensión también debe ser abordado en otro trabajo.
- 2º- La barrera del derecho penal es infranqueable. Quien la traspase cometerá un delito, no huelga³⁰.
- 3º- La huelga no puede poner en riesgo la vida y la salud de ninguna persona. En épocas de paz, la vida y la salud son valores que a toda la sociedad nos compete defender. Por ello en las prácticas nacionales, siguiendo a OIT y por aplicación de la regla de razonabilidad, se justifican las restricciones de medidas que puedan implicar un riesgo a la vida o a la salud de las personas e incluso por esa razón se ha prohibido la sindicalización de las fuerzas policiales y de seguridad.

Dentro del respeto por la vida y la salud de las personas ya no hay dudas que se encuentra comprendido el cuidado por el planeta en que vivimos. Toda huelga debe ser eco sus-

28 Para atenuar una asonada del escándalo, diré que otras expresiones de textura abierta nos acompañan en la vida iuslaboralista y ya convivimos pacíficamente con ellas, como la de «injuria», «daños y perjuicios», etc.

29 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GARCÍA BECEDAS, Gabriel y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (1991). Instituciones de Derecho del trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 451; citado por Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), La regulación del conflicto: el derecho de huelga. (Ponencia en el Seminario El Estado y los conflictos sociales). Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Buenos Aires. Recuperado de <http://cedesi.blogspot.com.ar/2007/11/la-regulacin-del-conflicto-el-derecho.html>.

30 En otra nota hablaré de las diferencias ontológicas de las huelgas ilícitas, las ilegales y las ilegítimas, voces que han sido utilizadas en forma indistinta, incluso por la CIDH.

tentable, porque el daño ecológico compromete la existencia misma de la raza humana. Este dilema aún no ha sido abordado en extensión por los Gobiernos ni por los autores, por lo que también le dedicaré algunos razonamientos más extensos en el futuro.

4º- Toda acción tiene su consecuencia y quien voluntariamente adhiere a una huelga laboral que implique no prestar tareas, debe saber que no devenga salarios³¹, porque alteró el sinalagma en procura de un interés. No se puede predicar «culpa del empleador» en un conflicto de un derecho no nacido, sino que se procura instalar un interés como tal.

En estos términos, la huelga se erige en una «libertad pública fundamental»³², carácter que puede presentarte ante la sociedad sin temor a desbordes, «tal como se ha practicado pacíficamente en nuestro país por un movimiento obrero caracterizado por no incurrir en huelgas salvajes, por no dejar hospitales sin guardias ni calderas sin operarios, ni a la población sin energía eléctrica. Es decir, un movimiento obrero que demostró su responsabilidad en el ejercicio del derecho constitucional»³³.

31 A propósito de esta afirmación he sostenido que no es la huelga sino la amenaza de ella la que fortalece la acción sindical. Nada generaría más respeto en el interlocutor que el hecho de saber que la contraparte dispone de ese poder, y máxime si el gremio dispone de un generoso fondo para compensar la pérdida de salarios de los potenciales huelguistas.

32 Expresión de RECALDE, Mariano ya citado, p. 507.

33 RECALDE, Mariano ya citado, p. 558.



La transacción de la libertad por dinero como dilema moderno del derecho del trabajo

POR EMILIO E. ROMUALDI¹

MJ-DOC-16670-AR | MJD16670

Sumario: *I. Introducción al problema. II. La prestación de servicios subordinada. III. La crisis de la subordinación en las relaciones modernas. IV. El dilema como epílogo.*

«La condición primera de la acción es la libertad»
J.P. Sartre

I.- Introducción al problema

El fenómeno cultural complejo que denominamos derecho está siempre en un proceso de cambio en función de la modificación de las conductas y los valores sociales que se pueden expresar o no en normas jurídicas.

El derecho parte de la necesaria relación entre dos o más personas y la consecuente transacción entre ellas que se inserta o externaliza en un contexto social. Esto significa que en la medida que mi relación con el otro no tiene efecto colectivo no está alcanzada por el sistema normativo siempre que sea el resultado de una conducta libre y por tanto voluntaria de los participantes de esa transacción.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UK. Ex Juez del Trabajo, provincia de Buenos Aires. 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.

Por otro lado, el ser humano es libertad fenomenalizada como lo reconoce la Corte de Justicia Nacional en el precedente Aróstegui² al sostener el proyecto de vida como módulo central de la reparación del daño.

La idea de un proyecto de vida como finalidad de la existencia humana tiene en el siglo XX su expresión filosófica más acabada con los pensadores vinculados al existencialismo.

En un destacado artículo Fernández Sessarego³ sostiene que es necesario establecer la real dimensión de lo que designamos convencionalmente como persona dado que el ser humano es el creador, protagonista y el destinatario del derecho.

Como dijera Martín Heidegger⁴, Jean Paul Sartre⁵ o en habla hispana José Ortega y Gasset⁶ las diversas formas que la esencia del ser humano se consume en su relación a los demás y así el proyecto de vida es, si bien personal, intersubjetivo dada la necesaria relación con el otro para reconocerse a sí mismo.

El presupuesto básico de la relación con los demás es la libertad y para ella el presupuesto necesario es la integridad física, psíquica y moral. La afectación de cualquiera de ellos afecta la libertad del individuo y limita su vida de relación en la que se consume la esencia del ser humano en su realización personal en búsqueda de la felicidad.

Esta idea del proyecto de vida como fundamento de la reparación integral del ser humano no es nueva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo"⁷ desarrolló esta idea dándole consagración jurisprudencial que consolida en el precedente "Bulacio"⁸ y más recientemente en el precedente Mapiripán⁹.

No escapa esta consideración el mundo del trabajo dado que como sostenía Otto Kahn-Freund el sistema liberal exige que las situaciones de subordinación aparezcan como relaciones de coordinación entre seres libres e iguales.¹⁰

2 CSJN Aróstegui Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otro S 8 de abril de 2008

3 Fernández Sessarego, Carlos "El Daño al Proyecto de vida en la Jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, N° 4, agosto de 2003, pág. 1

4 Heidegger, Martín - El Ser y el Tiempo, Fondo de Cultura Económica, México, 1951; Carta sobre el Humanismo (segunda parte), Buenos Aires, 1997

5 Sartre, Jean Paul El Ser y la Nada: Ensayo de Ontología Fenomenológica, Altaya, Barcelona, 1993; Carta sobre el Humanismo (primea parte) Ediciones del 80, Buenos Aires, 1997

6 Ortega y Gasset, José ¿Que es Filosofía?, Espasa-Calpe, Madrid, 1984

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos Loayza Tamayo vs. Perú, serie C n. 33, del 17/9/1997

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bulacio v. Argentina S: 18/09/2003, SJA 2/6/2004

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos - Masacre de Mapiripán v. Colombia 15/9/2005 Lexis N° 70019911

10 KAHN-FREUND, Otto "Trabajo y Derecho". Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España. 1987

Como sostiene Goldín¹¹ la construcción histórica elemental del Derecho del Trabajo descansa, pues, sobre una fórmula compleja y paradójica: Libertad + sometimiento + límites al sometimiento¹² que debe darse en el marco de un contrato como expresión de la libertad de los sujetos que participan de esa transacción.

En igual sentido, Alain Supiot¹³ sostiene que, en el derecho del trabajo, a diferencia del derecho civil, la voluntad no se compromete, sino que se somete.

Así, el derecho laboral sería la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de la provisión de trabajo humano en el marco de la producción y los procesos de servicio organizadas por otro (el dador de trabajo), en beneficio del último. En esa relación, el dador de trabajo es el poseedor de un factor escaso (capital), que es fundamental para el funcionamiento de estos procesos a los que los proveedores deben sumarse para obtener una consideración que les permita satisfacer sus necesidades.¹⁴

Es decir, una transacción donde resigno parte de mi libertad a cambio de una contraprestación de dinero¹⁵ en el marco de una economía capitalista¹⁶ donde el derecho del trabajo ha tenido que suplir una carencia del derecho civil de los contratos —que parte de la absoluta igualdad de las partes y no presupone subordinación entre ellas— y extender al interior de las empresas el principio de la seguridad de las personas en el marco de estas relaciones subordinadas.¹⁷

En ese contexto es que debe entenderse la subordinación como la voluntaria sujeción de un sujeto —trabajadora/or— a las directivas de otro para realizar su tarea.

II.- La prestación de servicios subordinada

El concepto de subordinación, que es importante tener en cuenta que, como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, fue propuesto en los albores mismos de la formación de la disciplina por un autor clásico,

11 Goldín, Adrián Algunos rasgos definitorios de un derecho de trabajo en proceso de cambio THEMIS-Revista de Derecho 65. 2014, pág 31

12 Goldín, Adrián Algunos rasgos definitorios de un derecho de trabajo en proceso de cambio THEMIS-Revista de Derecho 65. 2014, pág 31

13 Supiot, Alian -Por qué un derecho del trabajo” Documentación Laboral Núm 39 1993-1, páginas 11 y sges, en particular, pág.a 19

14 Goldín, Adrián Conceptualizaciones globales y construcciones locales de la idea de derecho laboral En el libro: La idea del derecho laboral (págs. 69-87) DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199693610.003.0006 Junio 2011

15 Ackerman, Mario E. Si son humanos, no son recursos. Pensando en las personas que trabajan: Rubinzal-Culzoni

16 Supiot, Alain - Derecho del trabajo. Heliasta. Buenos aires, 2008, pág 1

17 Supiot Alain Por que un derecho del trabajo, Documentación laboral. N° 35, 1993-1, págs. 11/28

Ludovico Barassi¹⁸, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901.

En primer lugar, sostuvo que el contrato de trabajo surge desde los tiempos en que el hombre ya no se bastaba a sí mismo para satisfacer sus necesidades y por tanto debía recurrir al trabajo de su prójimo para obtener lo que podía satisfacer las nuevas necesidades contrato de trabajo.¹⁹

En este sentido el nuevo contrato de trabajo, y por ende, la regulación que lo acompaña, responde al esquema conceptual del derecho civil de tradición romana: hay contrato como acuerdo libre de voluntades, hay capacidad contractual, hay derechos y obligaciones derivadas de la autonomía individual, etc.

En tal sentido, el contrato de trabajo en su esencia, en su construcción jurídica, no ha sufrido ninguna modificación como consecuencia de los nuevos elementos que se han agregado al viejo tronco romanístico: el actual contrato de trabajo en cuanto relación entre el trabajador libre y quien del trabajo quiere sacar provecho, es hoy en su estructura íntima lo que era ayer, lo que era hace dos mil años.²⁰

Es decir, que la sujeción de uno a otro (subordinación) es la nota esencial del contrato que en su texto Barassi definió como la subordinación, la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

Igual orientación es seguida por la legislación laboral latinoamericana²¹, bien sea al definir el contrato o relación de trabajo o al definir los conceptos de trabajador (empleado u obrero) o el de patrono o empleador, se establece la subordinación o dependencia como elemento esencial del contrato o relación de trabajo, de donde se deriva su importancia como factor definidor del ámbito de aplicación del Derecho Laboral.²²

18 Barassi, Ludovico -*Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, Vita e Pensiero

19 Il contratto di lavoro è sorto fin dai tempi in cui l'uomo non bastò più a se stesso pel soddisfacimento dei suoi bisogni e dovette quindi ricorrere all'opera del suo simile per procurarsi ciò che poteva soddisfare i bisogni nuovi.

20 Barasi, Ludovico, ob cit,

21 Argentina (L.C.T. Arts. 21, 22, 23, 25), Brasil (Art. 3 C.L.T.), Colombia (C.S.T. Arts. 22 y 23), Costa Rica (C.T. Arts. 5, 18,) Chile (C.T. Arts. 3 y 7), Ecuador (C.T Art. 8), El Salvador (C.T Art. 17), Guatemala (C.T Art. 18), Honduras (C.T. Arts. 19 y 20), México (L.F.T. Art. 20), (Nicaragua no lo tiene), Panamá (C.T Art. 62, 64, 65, Paraguay (C.T. Art. 18), Perú (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Art. 4), República Dominicana (C.T Art. 1), Uruguay (en algunas leyes especiales y de manera no sistemática) y Venezuela (L.O.T. Art. 39 y 67). URIARTE, Oscar Ermida. *Critica de la Subordinación. Nueva versión ampliada*, de 2001 del que originalmente prepararan los autores como ponencia para el IX Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha, celebrado en Barquisimeto, Venezuela, en 2000 y que llevara el título de "Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación". <http://www.relats.org/documentos/EATPTA.ErmidaAlvarez.pdf> (recuperado 26/4/2022)

22 URIARTE, Oscar Ermida. *Critica de la Subordinación. Nueva versión ampliada*, de 2001 del que originalmente prepararan los autores como ponencia para el IX Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha, celebrado en Barquisimeto, Venezuela, en 2000 y que llevara el título de "Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación". <http://www.relats.org/documentos/EATPTA.ErmidaAlvarez.pdf>.

En nuestro país, Krostoschin²³ sostuvo que la dependencia laboral se caracteriza por la sujeción personal, elemento que la diferencia de la genérica dependencia jurídica o económica que existiría en las locaciones de servicios o de obras, e inclusive en el mandato, por la cual el trabajador “dependiente” no solo debe efectuar la tarea bajo las instrucciones generales acordadas contractualmente, sino que está sujeto al derecho de dirección del empleador en todo momento, careciendo de toda autonomía al respecto conforme surge de los arts. 64 a 67 de la ley 20744.

La jurisprudencia ha sostenido que atento que los actores trabajaban “exclusivamente” para las empleadoras, ese trabajo se hacía bajo las regulaciones y órdenes de los demandados y recibían un pago periódico —mensual—, se impone considerar reunidos los requisitos del art. 21 de la LCT: se dan en el caso la subordinación jurídica, técnica y económica con la nota de exclusividad.²⁴

Esta idea de subordinación es la consecuencia de un sistema de producción que comenzó su crisis a mediados de los años 70, oportunidad en la cual, el esquema de empresas de gran tamaño y control completo del ciclo productivo, comenzaron a ser reemplazadas por esquemas de redes que sustituyeron la integración vertical por un modelo de organización de carácter horizontal.

En el esquema horizontal la descentralización y fragmentación del ciclo productivo, a través de relaciones de autonomía, coordinación y articulación interempresariales donde se privilegia la autonomía funcional, la flexibilidad y la capacidad de adaptación, impactando decisivamente sobre la figura de dependencia que, al menos conceptualmente, constituía, y consideramos que constituye, el centro medular de la disciplina.²⁵

En este contexto previo a lo que llamaremos las relaciones 4g (que ahora derivarán a relaciones 5G) ha sostenido el Director General de la Organización Internacional del Trabajo que el derecho laboral en su evolución no ha significado una crisis global del modelo anterior de contratación laboral.

No obstante, se verifica la presencia de un trabajo más autónomo donde aún prevalecen las formas de empleo subordinado y, dentro de ellos, el reclutamiento estable de duración indeterminada, que el informe de la OIT considera como el más beneficioso para la productividad, la inversión en capital humano y los trabajadores tanto por su bienestar como por su motivación.²⁶

Es cierto de observar que buena parte de ella, aun reafirmando el carácter esencial de la subordinación, considera que ésta no es un factor exclusivo para tal determinación, sino que puede estar acompañada de otros, tales como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo.

23 Krostoschin, Ernesto “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981 pág. 109

24 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala V Coniglio Luis Daniel y otros c/ Kck Tissue S.A. y otro s/ despido S 8 de junio de 2007 MJ-JU-M-35074-AR

25 Rodríguez Mancini Jorge y Fontana Beatriz, “Sobre el objeto del Derecho del Trabajo” Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral” 2002 Ed. Quorum pag.34/35.

26 del informe del Director General de la OIT I a la 95 Conferencia ‘ Cambios en el mundo del trabajo ‘ - OIT 2006 -.

Sin embargo, lo esencial en la transacción entre las partes en un contrato de trabajo es la libre decisión de subordinar su tarea a las decisiones de otra.

III.- La crisis de la subordinación en las relaciones modernas

Lo que modernamente entra en crisis es el grado de subordinación (es decir cuál es el límite de la libertad a la que se somete el trabajador) sobre la que se sustenta la legislación laboral. La proliferación de nuevas formas de trabajo consideradas atípicas, donde no es posible visualizar autonomía o subordinación.

Como afirma Raso Delgue²⁷ la generalización del trabajo subordinado de tipo fabril y los indudables éxitos –no solo económicos, sino también sociales– de esta modalidad de trabajo hicieron suponer a muchos que ella estaría destinada a perdurar para siempre como una realidad. En su apogeo, pocos pensaron que el trabajo subordinado sería tan solo una forma histórica de la actividad productiva humana. Pocos consideraron que el trabajo subordinado sería sustituido con nuevas formas de trabajo, siguiendo la regla de transformaciones a la que se había sujetado desde la aparición del homo faber.

En ese contexto no puede perderse de vista que la subordinación, que se entendió como un concepto único, plenamente delimitado y no menos atemporal, comenzó a dar paso a otras manifestaciones de ella, con lo que en rigor ya no cupo hablar de subordinación, sino de subordinaciones.

A mediados de los años setenta del siglo pasado, apercebida de lo que estaba ocurriendo, la doctrina italiana elaboró la teoría de la parasubordinazione, que se cristalizó en la Ley N° 53.318, del 11 de agosto de 1973.

En realidad, esta ley no definió propiamente el trabajo parasubordinado, pero sí apuntaba a una categoría de relación, con diversa naturaleza y con la única finalidad de garantizar la aplicación del derecho laboral.²⁸

Así, la parasubordinación se la puede designar como *aquella categoría de relaciones de trabajo que se sitúan en una zona intermedia entre aquellas otras definidas legislativamente como trabajo subordinado y trabajo autónomo, abarcando aquellas relaciones que tienen connotaciones propias de autonomía y que al mismo tiempo se entrecruzan con características propias o tradicionales de subordinación*.²⁹

27 Raso Delgue Juan Las Transformaciones del Trabajo, https://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/raso.pdf (recuperado 3/5/2022)

28 Villasmil Prieto, Humberto (Especialista en Normas Internacionales del Trabajo y Relaciones Laborales, OIT Cono Sur) Del trabajo industrial al trabajo por plataformas digitales: las relaciones de trabajo del posfordismo https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_731018/lang-es/index.htm (recuperado 2/5/2022)

29 CAPARRÓS, Fernando Javier “La parasubordinación” en Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral, Errepar, Buenos Aires, 2009, pág. 123

En sentido similar Ledesma Iturbide³⁰ para definirla, la parasubordinación es entendida como una “*categoría específica de trabajadores autónomos a quienes se les reconoce una serie determinada de derechos de protección, típicos del trabajador asalariado (derechos tanto individuales como colectivos), pero sin que ello implique desconocer, a la vez, su autonomía.*”

Lo relevante en definitiva es la preocupación por brindar a ese colectivo la protección prevista por la seguridad social más allá de prejuicios y paradigmas construidos en base a realidades pasadas que ya no se proyectan al presente.

En definitiva, en relación al sentido de este trabajo, el interrogante es si cualquier afectación voluntaria a su libertad de una persona para obtener una contraprestación dineraria justifica la protección laboral única o si en el marco de las relaciones laborales actuales se justifica establecer regímenes diferenciados en base a niveles de afectación de la misma.

En este contexto me resulta irrelevante en este trabajo abordar la naturaleza de las plataformas como empleadoras que en lo personal no creo que tenga mayor relevancia.

Lo que si tiene relevancia es el grado de vinculación (subordinación) del prestador de un servicio personal en favor de otra a cambio de una suma de dinero.

Así, creo, entendió el Juzgado N° 19 de lo Social de Madrid en su sentencia del 22 de julio de 2019 al declarar a lugar una demanda interpuesta por la Inspección del Trabajo contra la empresa Deliveroo, en cuyo texto se lee: “(...) los repartidores esencialmente han ejecutado un trabajo personal en unas condiciones organizadas y dirigidas por la empresa, que es la única que controla la marca Deliveroo, su aplicación informática y toda la información que se desprende de ella. De hecho, a contrario, es patente la falta de una organización empresarial en un sentido mínimamente estricto de los repartidores aisladamente considerados (...)”.

Es decir, pone en claro contexto la prestación de servicios donde la organización y dirección subordinan las tareas del prestador de servicios para calificarlas como laborales.

Ahora, no podemos, como ya dije, mirar siempre el pasado para subordinar el presente. El pasado nos sirve de referencia para construir cuestiones del presente y del futuro.

Se ha dicho en tal sentido que la fábrica mínima, una estructura ideal para la producción posfordista, requiere un nuevo perfil de trabajador. Los jefes y gerentes son reemplazados, siempre que sea posible, por la responsabilidad de cada trabajador por la tarea a desarrollar. La subordinación pasa del control directo, presente y efectivo a una responsabilidad sutil y, a menudo, imputada por el empleador.³¹

Así, la subordinación gravita en torno a la actividad la cual, sin embargo, se ejercita sobre comportamientos de expresión recíproca, que se definen por la integración de la actividad del empleado en la organización empresarial.

30 LEDESMA ITURBIDE, Diego Marcelo “Las relaciones laborales encubiertas, híbridas y dudosas” en Relación de Trabajo – Tomo I, Ediar, 2013 Buenos Aires, pág. 260.

31 ALVES, Amauri César. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004. p. 78

Es cierto que la propia persona del trabajador está implícita en la relación laboral, pero es la actividad del empleado la que forma parte de la organización de la empresa. La relación laboral, caracterizada por la subordinación, es una relación intersubjetiva (por tanto, no exenta de connotaciones personales), pero el vínculo de subordinación es el de un orden objetivo, ya que apunta a la actividad del trabajador.³²

Sostiene Raso Delgue³³ que, además, las nuevas tecnologías se desarrollan rápidamente en un contexto cultural muy diferente al que había marcado gran parte del siglo XX. La solidaridad y la homogeneidad —pilares que habían permitido construir el sistema de protección del trabajo— son sustituidos por un exacerbado individualismo y por el culto de la diferencialidad. Se produce una fuerte retroalimentación entre tecnologías de producción y contexto cultural, que determinan acentuados cambios en el sistema.

Es decir que los cambios económicos, políticos y culturales que continuamente experimentan las sociedades que no podemos detener ni inmovilizar tienen una directa incidencia en el mundo del Derecho.

En lo que denominamos derecho laboral a nivel global en las últimas décadas se ha profundizado el fenómeno de la descentralización productiva y, como consecuencia, nos encontramos con una marcada “huida” de las relaciones laborales de la órbita del Derecho del Trabajo.

Sostiene Golcman³⁴, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaborización de la relación de trabajo.

En este contexto

IV.- El dilema como epílogo

El dilema maniqueo tradicional de resolver si considero que una prestación personal de servicios es laboral (es decir si tienen un grado de subordinación que lo justifique) o carece de esa naturaleza, que puede llevar a extremos discrecionales en un sentido o en otro, es el dilema moderno. No para generar desprotección sino, muy por el contrario, para generar una protección adecuada a cada contexto fáctico.

Esta particular tipología, a la que también se ha denominado “semi-autónomos”, no encuadra plenamente en el concepto de trabajo dependiente por cuenta ajena ni llega a gozar de completa autonomía por lo que la transacción entre libertad y remuneración tiene una intensidad diversa de la que se establece en una relación laboral tradicional.

32 ROMITA, Arion Sayão. A subordinação do contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P; 81

33 Raso Delgue, Juan, ob cit.

34 Golcman, Martín Federico: “La contratación de servicios a través de plataformas digitales y Derecho del Trabajo”, en Revista de Derecho Laboral 2020-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 222 y 223

Es lo que configura una zona gris merecedora de una regulación especial, teniendo en cuenta que “...no son, por lo general, un supuesto patológico encaminado a eludir la aplicación de las garantías iuslaborales, sino que, al contrario, responden a cambios objetivos y funcionan a las nuevas formas de trabajar y de organización del trabajo productivo.”³⁵

No hay una respuesta única al problema. El sistema legal como propone Kant en Teoría y Praxis³⁶ no es un problema moral sino político, la filosofía del derecho kantiana, desligada de todo el orden y la moralidad y consistente en la simple legalidad de la acción exterior sometida al imperio coactivo de la ley positiva y que tiene su principio en el equilibrio de las libertades de todos.

Así, ha independizado la convivencia, social y las estructuras jurídicas, con toda la praxis política, de cualesquiera principios de una filosofía teórica, dando origen de este modo al positivismo jurídico, o una concepción convencionalista del derecho fundado en la fuerza, no en la conciencia ética, puesto que las leyes humanas ya no se derivan de la ley divina o reglas morales.

En este contexto debemos entender la solución como un ejercicio de la libertad como la relación con el futuro por el cual éste se ofrece como un repertorio de posibilidades contingentes de cada una de ellas, per alguna o algunas de ellas necesarias (aunque indeterminadas) estando en el señorío del agente, dependiendo de éste, determinar cuál o cuáles de estas posibilidades haya de pasar a ser realidad ... La libertad es el tránsito de lo posible a lo real³⁷.

En este contexto no hay una respuesta sino opciones a partir de las cuales se establecerá la mejor solución posible en una transacción de intereses en el marco de la actividad legislativa propia del estado democrático moderno³⁸. Ello así dado que, a diferencia del despotismo que es estático, la democracia es dinámica siendo ésta el conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados a fin de obtener el mejor resultado posible.

35 Monereo Pérez, José Luis. “El Estatuto del Trabajador Autónomo”, Comares, Granada, 2009, pág. 15.

36 Kant, Immanuel Teoría y Praxis, Promoeteo, Buenos aires, 2008

37 Vilanoa, José M Proyecto existencial y programa de existencia – Ideas para una fenomenología del obrar humano y de la razón práctica -, Astrea, , Buenos Aires, 1974, pág. 17/18

38 Bobbio, Norberto El futuro de la Democracia Fondo De Cultura Económica, México, 1986



Empresas sin trabajadores/as? La libertad como argumento de invisibilización del conflicto social de irrelevancia de la persona que trabaja

POR SEBASTIÁN COPPOLETTA¹

[MJ-DOC-16637-AR](#) | [MJD16637](#)

Sumario: I. Introducción. II. Las bases económicas del trabajo como factor de orden social. III. El paradigma productivo actual. IV. La sustitución del trabajo en el proceso productivo. V. Conclusiones.

I. Introducción

A partir del Siglo XVIII se crearon las bases sociales, económicas, políticas y religiosas para el surgimiento de la economía capitalista. La aparición de la fábrica como centro de producción de bienes pero también como centro de poder generó el desarrollo de una clase social proletaria que resistió ese poder. El Derecho del Trabajo es consecuencia de ese conflicto, en el cual aquella clase obrera resistía la explotación que el capital ejercía.

Así como ese paradigma productivo se expresó en el conflicto de explotación, la modificación de aquel da lugar al conflicto de irrelevancia. De este modo, los sistemas de protección social deben ahora dar respuesta a este nuevo conflicto social.

¹ Doctor en Derecho (UNL). Co-Director de la carrera Especialización en Derecho del Trabajo (UNL). Profesor de Derecho del Trabajo (UNL). Juez de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, de Santa Fe.

II. Las bases económicas del trabajo como factor de orden social

Con la Segunda Revolución Industrial —a partir de 1850—, la electricidad y la línea de producción comienzan a modelar el proceso productivo. La imagen que mejor representa a este paradigma productivo es la fábrica², en su estereotipo clásico de un inmueble grande con chimeneas de las que emana humo. Esta sola idea de la fábrica representa en sí misma varias características que expresan el paradigma económico sobre el cual, luego, se va a construir el Derecho del Trabajo.

En primer lugar, implica un centro de producción al cual concurren las personas³ a trabajar. Frente a la dispersión propia del mundo agrario y a la atomización del taller artesanal, la fábrica se presenta como el lugar total en el cual concurren todos los elementos del proceso productivo y en el cual también se producen todas sus etapas. Esta idea de fábrica total sucumbió frente a la reducción de costos que implica delegar en terceros la producción de bienes específicos que se incorporan luego al proceso productivo, pero esta idea de la unidad técnica de producción total, autosuficiente, ya se encuentra incorporada al Derecho del Trabajo, en el centro de todas las normas laborales que resisten la subcontratación o tercerización de partes de la actividad productiva de la empresa.

De esta forma, el trabajo se encuentra geosituado, se trabaja en un determinado lugar —la fábrica— al cual se concurre y ello, por lo tanto, permite generar la idea de jornada de trabajo. La vida de la persona que trabaja comienza a organizarse conforme si está trabajando o no, lo cual significa tanto como decir si está en la fábrica o no.

Y si las personas están trabajando, es decir, están en la fábrica, en ese lugar total el sujeto empleador ejerce el control (que también será total) de ellas. Las ideas de Taylor, entonces, dividen el orden interno de la planta fabril entre aquellas personas que trabajan en forma controlada y aquellas otras que ordenan y supervisan ese trabajo.

Esta idea panóptica de la fábrica, de control taylorista en lo laboral y de control social en la idea de Michel Foucault, impregna al lugar de trabajo de una sensación desagradable para la persona que trabaja, como un lugar de sumisión de su voluntad (no-libertad), de control personal y social, al cual accede en forma voluntaria por la necesidad de obtener un ingreso salarial, pero del cual pretende salir lo antes posible.

Finalmente, como característica de este paradigma productivo, la empresa-fábrica basa su sistema de creación de valor en la idea del trabajo físico provisto por la persona. El hacer al que se compromete la persona implica típicamente un esfuerzo físico y así, en la línea de producción, en forma general, en mayor o menor medida se aplica la fuerza humana en el proceso productivo.

Y este paradigma económico del sistema productivo tendrá, asimismo, una relación de conflicto típica: la explotación. Siendo entonces necesaria la incorporación de la fuerza de trabajo provista por la persona en el sistema productivo de creación de valor, la empresa intentará extraer la mayor cantidad de esa fuerza durante la mayor cantidad de tiempo posible, pero también en el menor tiempo posible por unidad de producción y al

2 Por sobre el mundo agrario, la oficina (servicios) o el comercio.

3 Esas personas son principalmente varones en el paradigma social.

menor costo posible; y, de esta forma, aun cuando el sistema jurídico declara que el trabajo no es mercancía, no es menos cierto que el sistema productivo trata al trabajo (pues no tiene ningún interés en tratar a la persona) como un mero insumo más del proceso de creación de valor, es decir, ni más ni menos que como una mercancía que se adquiere en el mercado de los proveedores de insumos para el sistema productivo. Frente a ello, la reacción de resistencia a esa explotación vendrá del proceso sociológico de colectivización de la clase obrera, reconociéndose las personas que trabajan en sus semejantes a través del mismo padecimiento a la explotación empresaria, lo cual dará lugar a la clase obrera y luego a la organización ya jurídica del sindicato. Será entonces desde el sujeto colectivo y a través de la huelga desde donde se planteará la resistencia a la explotación, y la negociación colectiva será la vía de escape de ese conflicto. El reconocimiento de la huelga como derecho —fundamental— del colectivo y la entronización de la libertad sindical como derecho para obtener derechos darán las herramientas jurídicas para organizar un sistema jurídico de relaciones colectivas del trabajo que encauce el conflicto de explotación a través de la negociación.

Sobre este paradigma de creación de valor (bienes) en la fábrica a través de la explotación del esfuerzo físico del trabajo se construyó el Derecho del Trabajo, tanto en su versión colectiva como individual.

III. El paradigma productivo actual

Corresponde ahora, luego de haber revisado el paradigma productivo que dio lugar al Derecho del Trabajo, preguntarnos qué queda de aquel en la actualidad y, por lo tanto, cómo afecta cualquier cambio al sistema normativo jurídico laboral.

De la fábrica total, que pretendía tener y controlar todas las etapas del sistema de producción de bienes, ya no queda casi nada. Aquella idea de estructura empresaria implica la asunción de una múltiple serie de costos que ninguna empresa hoy está dispuesta a incorporar en su proceso productivo. Por el contrario, los contratos comerciales, por ejemplo, de leasing, franquicia, joint venture, logística just in time y otros, permiten afrontar el proceso productivo sin ser dueño de nada pero con la capacidad de controlar la dinámica del proceso, con lo cual el centro de producción ya no tiene la imagen de una fábrica humeante sino de una oficina que organiza factores de producción que no son necesariamente suyos.

Al efecto de esta dispersión del centro empresario como sujeto empleador hay que sumarle la posibilidad de que el trabajo se realice a través de la tecnología. La empresa-oficina hoy también cabe en un smartphone. Esto hace, entonces, que aquel trabajo que era geosituado hoy ya no lo sea, pues no hay necesariamente un lugar al que ir a trabajar sino que el trabajo acompaña a la persona todo el tiempo. Como consecuencia, también la lógica de la jornada de trabajo pierde sustento, pues aquella división tajante entre tiempo de trabajo y tiempo de no-trabajo marcado por el ingreso y egreso del lugar de trabajo hoy se pierde por esa falta de necesidad de concurrencia a un determinado lugar.

Y si bien el sujeto empleador pretende, como lo expuse antes, obtener la mayor cantidad de trabajo al menor costo, y el abordaje tradicional de ello fue a través del método taylorista el cual implica un férreo control de la persona que trabaja, ahora la empresa capitalista ha descubierto que puede aprovechar aún más la capacidad de trabajo de la

persona si en vez de lograr la sumisión de la voluntad por el control taylorista lo hace por medio del involucramiento emocional de la persona, de modo tal que el trabajo se presta ya no por el control y punición del empleador sino por una especie de obligación moral que la persona asume en la mancomunación de intereses con la empresa. De este modo, ahora el taylorismo se ejerce de modo emocional, implicando a la persona que trabaja en los objetivos de la empresa.

Ahora bien, todo este cambio en la estructura de la empresa y su modo de incorporar el trabajo en el proceso productivo no sería posible si no se hubiese producido una modificación en la forma en que la empresa crea valor. El paradigma productivo de la segunda revolución industrial se basaba en la producción de bienes (cosas de consumo) en cuyo proceso de fabricación se utilizaba fuerza de trabajo. La creación de valor hoy se relaciona con un nuevo (relativamente) sector de la economía en el cual lo que se ofrece como consumo ya no es un bien sino una experiencia⁴. En este sentido, lo que se busca es convertir los bienes en servicios, y estos en experiencias que se ofrecen a la persona consumidora. Así, desde automóviles a cuentas bancarias, desde hamburguesas a recitales de rock, desde cafés a perfumes, todo bien o servicio es ofrecido como una experiencia para el consumidor. La publicidad o branding se encargó de asociar un bien con un valor emocional⁵ con lo cual la persona consume ese bien por la emoción que representa más que por sus cualidades como producto. De esta forma, como afirma Eva Illouz, «las emociones motivan el consumo, son parte del significado de los commodities, pero en forma más crucial son los commodities mismos, a la vez adquiridos y manufacturados»⁶, llegando a constituirse los emodities, esto es, emociones que se consumen. De esta forma, no solo hay bienes representados como emociones sino que hay emociones como bienes en sí mismas, listas para ser ofrecidas por la empresa para su consumo por las personas.

La creación de valor en la economía de la experiencia ya no necesita de la incorporación de la fuerza de trabajo sino del conocimiento del trabajo.

Esta forma de creación de valor, en cuanto a las relaciones laborales, también presenta un conflicto típico, que es sustancialmente distinto al problema de la explotación que tipificaba las relaciones industriales de la segunda revolución industrial, pues, ahora, el problema es la irrelevancia de la persona en el proceso productivo⁷.

En el anterior modelo de producción, la creación de valor necesita incorporar la fuerza de trabajo, y en ese proceso se explotaba a la persona que trabajaba; pero ahora, las empresas han logrado crear valor sin necesitar incorporar trabajo, o al menos trabajo provisto por una persona que cumple el rol de trabajador/a. Así, de la imagen de la persona protestando dentro de las empresas contra el poder explotador empresario, la imagen actual es de personas protestando afuera de las empresas por la indiferencia del poder empresario. Los conflictos planteados por las personas que trabajan en lo que se denomina plata-

4 B. Joseph Pine II and James H. Gilmore. Welcome to the Experience Economy. Harvard Business Review. <https://hbr.org/1998/07/welcome-to-the-experience-economy> De los mismos autores: La economía de la experiencia. Ediciones Granica SA. Buenos Aires (2000).

5 Y de esta forma....si es Bayer es bueno...

6 Illouz, Eva. Introducción: emodities o la invención de los commodities emocionales. En: AA.VV. Illouz, Eva (comp.). Capitalismo, consumo y autenticidad. Ed. Katz. Buenos Aires (2019); pág. 27.

7 Harari, Yuval. 21 lecciones para el siglo XXI. Ed. Debate. Buenos Aires (2018); págs. 54 y sigs.

formas digitales, como Uber, Glovo, Rappi, PedidosYa, etc., se han resuelto considerando a esas personas como dependientes de esas empresas; pero, sin embargo, el argumento de las empresas no es que esas personas son trabajadores autónomos sino que esas empresas no necesitan trabajadores/as pues su actividad comercial se limita a proveer un espacio digital en el cual se encuentren e interactúen las personas proveedoras de bienes y servicios y las personas consumidoras de los mismos.

El valor de Uber es contactar a una persona que necesita trasladarse de un lugar a otro y está dispuesta a pagar un precio por ello con otra persona que está dispuesta a prestar ese servicio con su automóvil por ese precio y, por lo tanto, allí termina la empresa Uber. Por lo tanto Uber sostiene que no es una empresa de transporte (con empleados/as como choferes) sino que brindan un servicio sin necesidad de trabajadores/as, servicio este que, además —y por cierto— es una experiencia que dispara emociones en la persona que es transportada. Este argumento fue tratado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los casos Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.⁸ y Uber France SAS⁹, en los cuales se debió considerar los argumentos de la empresa Uber, alegando que su actividad comercial constituía un servicio de la sociedad de la información¹⁰, en tanto realizaba un servicio de intermediación que permite la transmisión, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, de información relativa a la reserva del servicio de transporte entre el pasajero y el conductor no profesional que utiliza su propio vehículo, que efectuará el transporte y, por lo tanto, no era esa actividad un servicio de transporte de personas; y al respecto, el Tribunal consideró en el caso español (al que remite en el caso francés) que Uber no era una empresa de la sociedad de la información sino una empresa de transporte, ya que su servicio de intermediación «está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de ‘servicio en el ámbito de los transportes’».

El argumento de Uber (aplicable a las demás empresas que intermedian a través de apps) en el sentido de que la creación de valor que produce se limita a una intermediación de información —entre quién requiere un servicio y quién está dispuesto a ofrecerlo— y que, por lo tanto, el servicio prestado por la persona que conduce el automóvil (o el/la raider en otras apps) no se encuentra integrado en el organización empresaria de la app, presenta la estructura del negocio como una creación de valor sin incorporación de trabajo, el cual permanece entonces fuera de la empresa, y el cual se ofrece en condiciones de libertad que escapan a la caracterización de esa situación como un trabajo subordinado o dependiente.

Sin embargo, voy a sostener a continuación que esa nota de libertad en verdad muestra un problema de irrelevancia.

He presentado la irrelevancia de la persona que trabaja en el proceso productivo como la capacidad de las empresas de crear valor sin trabajo, ello porque siempre se ha entendido al trabajo como una actividad de las persona humanay, por medio del Derecho del Trabajo, realizada en condiciones de subordinación; pero ahora, para ser más preciso en el concepto de irrelevancia, es necesario diferenciar a qué tipo de trabajo me refiero

8 TJUE (gran sala); 20/12/17; asunto C?434/15.T

9 JUE (gran sala); 10/04/18; asunto C?320/16.

10 Art. 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el art. 2, letra a), de la Directiva 2000/31

pues, en esa precisión, tampoco es cierto que el proceso productivo se realiza sin ningún trabajo. Este concepto de irrelevancia marca la capacidad de la empresa de sustituir el trabajo subordinado dentro del proceso productivo, por lo cual será otra la fuente que provea ese trabajo.

IV. La sustitución del trabajo en el proceso productivo

El reemplazo del trabajo prestado por la persona en forma subordinada se produce por medio de la tecnología y así, cuando los costos lo permiten, la fuerza de trabajo humana es reemplazada por fuerza mecánica. Destaco la palabra fuerza porque he identificado a esta como la pauta de creación de valor en el paradigma típico de la segunda revolución industrial, el cual reconoce el Derecho del Trabajo. Con lo cual esa sustitución y por lo tanto, irrelevancia de la fuerza de trabajo humana, se producirá fuertemente en aquel sector de la economía directamente vinculado a la producción primaria y secundaria de bienes.

Pero ahora, además de este proceso ya conocido de sustitución de fuerza por máquinas o robots, se agrega la novedad de la sustitución del control del proceso productivo. Ahora, aquel robot que sustituyó al obrero en la línea de ensamblaje automatizada, no solo provee de igual o mejor fuerza que la persona, sino que a través de la inteligencia artificial puede tomar parte del control en ese proceso productivo. La internet de las cosas y la conectividad 5G pretenden llevar la automatización del proceso de producción a un nivel en el cual es controlado por los algoritmos, con capacidad no solo de cumplir instrucciones cargadas al sistema, sino de tomar sus propias decisiones ante problemas que se presenten.

Sin embargo, esa sustitución no será deseada justamente en aquellos trabajos en los cuales la cualidad humana no sea, justamente, irrelevante. De esta forma, en la economía de la experiencia la generación de emociones requiere principalmente de la interacción con personas y, en consecuencia, tal vez este sea el sector de la economía en el cual deba concentrarse la regulación normativa del Derecho del Trabajo pues en ella quedará el resabio de la incorporación de trabajo humano al sistema de creación de valor. En este lugar tal vez converjan la crítica feminista de las tareas de cuidado de personas como trabajo no remunerado¹¹ con la revalorización económica de esas tareas en el sector de la experiencia.

Y estimo que es aquí en donde debe tratarse el caso de la libertad de los servicios prestados a través de plataformas digitales. Como expuse anteriormente, estas empresas sostienen que se limitan a intermediar en la información y que los servicios que se prestan a las personas que resultan contactadas a través de aquella intermediación de información lo realizan terceras personas no vinculadas a la app, y que por lo tanto, son autónomos que gozan de libertad en la autoregulación de la forma de prestar estos servicios. Sin embargo, el éxito comercial de la app depende de su uso masivo; y para ello se necesita no solo que la mayor cantidad de productores estén dispuestos a ofrecer la venta de sus bienes a través de la app y que la mayor cantidad posible de consumidores estén dispues-

11 Batthyány, Karina. Políticas del cuidado. Ed. CLACSO. Buenos Aires (2021); Ed. Casa Abierta al Tiempo. Ciudad de México (2021).

tos a comprar esos bienes a través de la app, sino también que haya alguien que provea la acción humana que implica la conexión entre ambos (conducir el vehículo, trasladar la pizza, etc.). PedidosYa no tendría éxito comercial aún si un montón de pizzerías venden sus productos a través de ella y un montón de personas compran esas pizzas a través de ella, pero no hay ningún raider en la puerta de la pizzería esperando llevar la pizza. La app necesita comercialmente que haya algún raider en la puerta de la pizzeria, el que quiera, pero que haya alguno. A los efectos de asegurar esa tercera pata del funcionamiento comercial de la app, el algoritmo favorece y premia a aquella persona que ofrece su prestación de servicios en la forma en que más conviene al desarrollo económico de la app, por ejemplo, favoreciendo a aquellas personas que trabajan en horas pico de demanda.

En este sentido, esa nota de libertad que destacan las empresas es en verdad una muestra de irrelevancia. Las apps tienen como fenómeno producir una comoditización del trabajo, en tanto que la prestación que se requiere para proveer el servicio que las partes gestionan desde la app es susceptible de ser provisto por cualquier persona en tanto cumpla con los requisitos formales básicos impuesto por la app (por ejemplo, en PedidosYa sobre la utilización de la mochila y la ropa que identifican a la empresa). En definitiva, el proceso de creación de valor de estas apps implica un regreso al paradigma clásico fabril pues, en lo que hace a la prestación de trabajo que la organización comercial requiere, esta se limita a proveer fuerza de trabajo (el ejemplo más evidente es el pedaleo del/a raider). Esto hace que el carácter típico *intuitio personae* de la prestación de servicio en el contrato de trabajo desaparezca, ya que da lo mismo la persona que pedalee la bicicleta que transporta la pizza contratada a través de PedidosYa, en la medida en que haya alguien en la puerta de la pizzería esperando el producto. Y así, mientras haya alguien, que esté cualquiera. Por lo tanto, esta posibilidad de elegir cuándo y dónde estar por parte de los/as raiders no muestra su libertad como autónomo¹² sino su irrelevancia como entidades personales prestadores de fuerza de trabajo dependiente. Ya sólo queda su fuerza de trabajo, la que es igual en cualquier individuo y, por lo tanto, es tratada como un *commodity*, siendo entonces fácilmente sustituible por otro individuo, ofrecida en abundancia y con un precio fuertemente determinado por las condiciones de oferta y demanda en el mercado.

V. Conclusiones

La transformación del paradigma económico en la creación social de valor que sostiene al Derecho del Trabajo implica la participación de nuevos intereses, representados por nuevos actores legitimados.

La creación de valor en la economía de la experiencia y la problemática ambiental confluyen en el problema de personas que quedan fuera del mundo del trabajo por su falta de capacitación en las nuevas habilidades requeridas. El problema se agrava en tanto la renovación tecnológica se produce a tal velocidad que cada vez le cuesta más a una persona mantenerse como un sujeto capacitado para abastecer la demanda laboral que las empresas requieren.

12 Tribunal Supremo, Sala de lo Social en Pleno. Sentencia nº 805/2020 de fecha 25/09/20.

El diseño de la sociedad en base a todas estas nuevas reglas de juego, creadas desde la Cuarta Revolución Industrial, implica un desafío mayor para el Derecho del Trabajo, especialmente en su aspecto colectivo, pues deberá generar nuevas herramientas de negociación e interactuar con nuevos actores sociales en una nueva lógica multisectorial del conflicto.

Y si bien el conflicto social de explotación del viejo paradigma productivo aun se encuentra presente en la sociedad, su carácter de modelo de conflicto paradigmático está siendo discutido por el conflicto de irrelevancia. El cambio de paradigma requerirá la reconfiguración de los roles de todos los actores sociales implicados en el tratamiento del conflicto. El Estado Ecosocial, representante del nuevo paradigma productivo, impondrá una discusión del hecho del trabajo como factor de orden social y, en consecuencia, también una discusión del mismo Derecho del Trabajo. De esta manera, esta rama del Derecho deberá, no sólo proveer respuestas jurídicas al conflicto de explotación sino también, ahora, al conflicto de irrelevancia. La incapacidad de proveer herramientas sociales protectorias a estas personas productivamente irrelevantes pero escondidas tras una idea de libertad solo demuestra la incapacidad de adaptar el sistema protectorio a los nuevos procesos productivos; y por eso, tal vez será necesario desarrollar sistemas protectorios más allá del Derecho del Trabajo, en un ámbito jurídico más amplio que incluya tantos aspectos de Derecho Público (ambiental, tributario y seguridad social) como los conocidos de Derecho Privado (la sindicalización de intereses, la negociación), en el marco del Diálogo Social promovido desde el Estado Ecosocial.

Tarde o temprano vamos a tener que afrontar el desafío de adaptar la protección social a la problemática climática y a las nuevas formas de producción de valor. La crisis ambiental planteada por el cambio climático y la crisis social planteada ahora no solo por las personas explotadas por el sistema productivo sino también por las irrelevantes harán que ello sea inexorable.

Contrato de Trabajo - Relación de Dependencia - Internet -
Modalidades del Contrato de Trabajo - Principios del Derecho
Laboral - Irrenunciabilidad de los Derechos del Trabajador

12-julio-2022



De la libertad, su intercambio y la soberanía del tiempo en trabajos organizados bajo Apps

POR ANÍBAL CUADRADO¹

MJ-DOC-16666-AR | MJD16666

Sumario: I. Introducción. II. La semántica discursiva empresarial en tiempos digitales. III. La soberanía del tiempo y la libertad, el condimento de la tercera postura. IV. ¿Nuevas formas de qué? V. Conclusiones.

I. Introducción

A mis sentidos, una de las conceptualizaciones más claras del trabajo dependiente lo es, aquella relación de intercambio de libertad por renta de subsistencia, por la que toda persona en situación de trabajo fracciona y distribuye la libertad de disponer de su tiempo como más le plazca durante cada día, y le otorga dichas parcelas a un tercero, que, recibida la misma, organiza el tiempo de la fracción y lo dispone para su lucro. De allí que, libertad, tiempo y organización ajena son claves para entender las fronteras, viejas y actuales, del Derecho del Trabajo. Abordaré aquí estos tres elementos a fin de analizar su dinámica en los trabajos organizados bajo plataformas digitales de transportes de cosas y mercaderías.

¹ Abogado Laboralista. Rosario, Santa Fe. Especialista en Derecho del Trabajo. Docente Universitario de grado y posgrado. Representante y asesor de Asociaciones Sindicales. Conferencista.

II. La semántica discursiva empresarial en tiempos digitales

Una problemática que ha presentado el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (Tic) en el mundo del trabajo es un encandilamiento de lo novedoso seguido de la premisa que todo lo ya existente se pone en crisis y no alcanza, pues estamos ante nuevas formas para las cuales aún no hay molde.

Estas ideas fueron introducidas en la comunidad bajo campañas publicitarias y una marcada estrategia semántica discursiva, mediante la cual las empresas titulares de plataformas digitales intentan crear pseudo realidades, e instalar la idea de la llegada de nuevas formas de vinculaciones laborales horizontales, no dependientes y colaborativas. En ese mundo de idas la persona en situación de trabajo ha recuperado la soberanía del tiempo declarando su plena autonomía, pues ya no la intercambia por renta de subsistencia, sino que la comercializa.

El discurso empresarial logró con éxito hacer dudar a parte de la comunidad jurídica laboral sobre la llamada crisis de abarcabilidad del Derecho del Trabajo, pero no ya para incluir a sectores no contenidos² sino para excluir a aquellos que ya gozaban de su protección, pues, en definitiva, cadetes de reparto y choferes bajo relación de dependencia existen desde hace décadas. Y ese éxito, lo han obtenido a través del discurso con frases tales como «Sé tu propio jefe», «Trabaja cuando quieras», «se dueño de tu tiempo» y lo han completado con falacias tales como la economía colaborativa entre desiguales, es decir, entre quienes detentan los medios empresariales de producción y aquellos que necesitan insertarse en los primeros para lograr una renta de subsistencia.

En definitiva, han encontrado una fisura para romper los órdenes públicos laborales del mundo y escapar, desde dentro del sistema al área gris del universo sin control ni policía del trabajo; más, esa salida la no la hallaron en debilidades de la ley, sino en la interpretación que los operadores jurídicos hacemos de la misma, fenómeno que puede explicarse desde la capacitación y aprendizaje que los actuales operadores del derecho hemos recibido en nuestras universidades bajo otros sistemas de producción, tales como el fordismo, taylorismo y toyotismo. Hemos leído y aprendido el orden público laboral unidireccionalmente, enfocados solo en el obrero y la fábrica, pues nos han enseñado al derecho del trabajo bajo dichos sistemas de producción, lo que no implica que la ley sea en mismo sentido. De allí entonces, la necesidad de volver a las fuentes, invitando al lector a releer el ordenamiento público laboral, pero ya incluyendo a estas nuevas formas productivas para luego concluir, desoyendo discursos semánticos y aplicando el más caro de los principios del derecho del trabajo, el de la realidad, si estamos o no ante una crisis del derecho del trabajo.

2 Como debería ser pensado este enunciado.

III. La soberanía del tiempo y la libertad, el condimento de la tercera postura

Si hay algo caro en la finitud de la humanidad, sin dudas, es la disposición del tiempo del cual solo podemos ser soberanos si gozamos de cierta libertad en decidir qué hacer con él durante nuestro paso por la vida. En lo que a la actividad productiva y creadora del hombre corresponde, quien detente su soberanía podrá decidir si intercambiar el tiempo a una organización empresarial ajena o si lo administrará en la propia, logrando en la primera opción una renta de subsistencia y en la segunda un lucro. En ambas ejercerá la libertad de dicha elección cada día, más la diferencia recaerá en las consecuencias de su ejercicio diario. Tal elección soberana repercutirá necesariamente en la calificación de nuestro trabajo, propio o ajeno, autónomo o dependiente.

En la actualidad, continuamos discutiendo la naturaleza de estas nuevas formas de organización del trabajo bajo aplicaciones digitales. Persisten aún aquellas tres posturas troncales e irreconciliables que indicábamos en anteriores trabajos³: Por un lado, quienes sostienen que se trata de un vínculo de naturaleza civil y comercial, de carácter colaborativo o asociativo vs. quienes afirman que se trata de una relación de dependencia, siéndole aplicable lisa y llanamente el orden público laboral. Por otro lado, quienes sostienen que son nuevas formas de trabajo no reguladas por nuestro ordenamiento que, ya sea dentro de la dependencia o fuera de esta, denuncian la necesidad de una protección mínima. Las dos primeras posturas se dan en el clásico binomio: trabajo autónomo vs trabajo dependiente; mientras que la tercera invoca una naturaleza mixta de trabajo autónomo con algún matiz de dependencia, pregonando una regulación protectora de menor intensidad que la existente.

En el estado actual de la discusión, me arriesgo a decir que la tesis de la autonomía en su estado puro de estas relaciones, hoy ha sido abandonada por aquellos pocos juristas que otrora hubieran sido encandilados y la defendían, subsistiendo en cambio la discusión, si estamos ante nuevas formas de trabajo no alcanzadas por el orden público que requiere de nueva legislación —pregonada por la denominada tercera postura— o ante trabajos meramente dependientes ya comprendidos en la ley del trabajo. En tal sentido, la tercera postura, sostiene que estamos ante nuevas formas de trabajo que, por un lado, reconocen no ser del todo autónoma desde que las personas que la desarrollan no cuentan con una organización empresarial propia, pero, a su vez, conservan lo que denominan la soberanía del tiempo y ciertos aspectos de la libertad, que los alejan de un vínculo dependiente.

En dicha línea, sostienen que estamos ante nuevas formas de empleo, donde las personas en situación de trabajo bajo este tipo de aplicaciones digitales han recuperado la soberanía del tiempo, dando solo parte de la jornada laboral, según su propia distribución y a su plena decisión, pudiendo no solo elegir la franja horaria en la que desarrollarán sus tareas sino también rechazar las mismas, todo lo que implica un quiebre del paradigma del trabajo dependiente, desde que no hay un intercambio directo de libertad y subordinación bajo órdenes de otros.

3 «Personas, trabajo y Apps. Fraudes modernos sobre Ruedas». Por Aníbal Cuadrado. Rubinzal Culzoni RC D 1241-2019

Un ejemplo de esta postura, intentada llevar en nuestro país al Congreso de la Nación, lo constituyó el ante proyecto presentado en el año 2020 por el Poder Ejecutivo Nacional, en el cuál se impulsaba la creación de un estatuto protectorio de menor intensidad que la ley de contrato de trabajo, cuyo ámbito de aplicación personal se plasmaba en su artículo primero como: la relación jurídica que vincula a las empresas dedicadas al reparto y entrega de productos diversos, que administran plataformas digitales, con las personas que trabajan que, sin obligación de asistencia permanente y por su iniciativa o decisión, prestan servicios desplazándose para llevar a cabo tal actividad en favor de dichas empresas. Del mismo puede extraerse lo apuntado respecto al tiempo y la libertad en la marcada falta de obligación de asistencia permanente y la iniciativa o decisión de la persona trabajadora como fundante de esta nueva normativa protectoria, pero de menor intensidad que el orden público laboral ya existente.

Todo ello resulta aparentemente revelador de nuevas formas de vinculaciones donde la persona deja de someter su libertad para, siendo soberano de la misma, elegir cuándo y cómo comercializarla a estas empresas en particular, más sin mayores sujeciones, ni condicionamientos que una relativa exclusividad. A continuación, invito nuevamente al lector a repensar la cuestión y formularnos un interrogante.

IV. ¿Nuevas formas de qué?

En cada ensayo, jornada, congreso o debate que aborda la temática del trabajo en empresas de plataformas digitales en reparto o transporte de personas, surge el mismo enunciado: «Nuevas formas». Más, debemos preguntarnos si nos encontramos ante nuevas formas de trabajo. La respuesta afirmativa parte de la idea que el mundo ha cambiado, lo que resulta indiscutible, más le suma la premisa de la existencia de nuevos trabajos que, atento sus particularidades, quedan fuera de los ámbitos de aplicación de la legislación laboral, desde que la ley preexistente nunca pudo contemplar a los mismos. En tal línea, quienes lo sostienen pregonan la necesidad de una nueva legislación en el que se contemple tanto la necesidad de una mínima protección como también la necesidad de conservar estas nuevas fuentes de modalidades laborales que proteja el derecho a la empresa. Sin embargo, esta posición parece escaparle al conocimiento empírico de que los cadetes de reparto y choferes de transportes de personas existen desde hace décadas en nuestros países, como también así las empresas con dicha actividad principal en la cual los primeros se encuentran insertos como dependientes. Entonces ¿Dónde radica el cambio? Es que lo nuevo, el cambio, se manifiesta no ya en el tipo de empleo sino en la forma de organizar el mismo, las plataformas digitales introducen en las relaciones nuevas formas de organización del trabajo, todo lo cual, como se verá a continuación, deconstruye el discurso de la tercera postura que demanda una nueva legislación ante nuevos empleos, y nos obliga a profundizar el análisis respecto a la supuesta soberanía del tiempo y recuperación de la libertad por la clase obrera bajo esta nueva organización. Al advertirse ello, nos lleva a un segundo interrogante: ¿Quién detenta la organización en la relación? La respuesta la encontramos en el sujeto titular o dueño de la aplicación digital. Ello, pues la App no solo ofrece el servicio al consumidor, sino que también, a través de predeterminados y complejos algoritmos, organiza y dirige el trabajo de quienes llevan adelante la efectiva prestación del servicio en el mundo de la realidad. Así, los algoritmos

que conforman la plataforma, ante la demanda del consumidor eligen a qué trabajador le otorgarán la ejecución de la misma, utilizando para ello el sistema de geo localización y la calificación de eficiencia que ya previa y digitalmente ha realizado sobre el conjunto de éstos en anteriores servicios; controlará la ejecución y eficiencia de dicho trabajador de modo que el servicio se cumpla en tiempo exigido y con éxito, para luego retroalimentar el sistema de calificación y valorar al mismo. La misma aplicación digital se encargará de cobrar al consumidor, o en su variante, a la empresa asociada la logística y, asimismo, liquidará la comisión al trabajador transfiriendo a una cuenta bancaria de su titularidad los fondos dinerarios por su fuerza de trabajo. No hay dudas entonces que estas aplicaciones digitales, dirigidas y preestablecidas por Empresas, constituyen verdaderos establecimientos digitales en los términos del art.6 de nuestra LCT, desde que, autónomamente –e independiente de la localización de la empresa– materializan a la empresa en unidades de ejecución técnica logrando los fines y objetivos del empleador⁴.

Será entonces el capital empleador titular de la Apps quien detenta la organización del trabajo, conservando y reservándose para sí, las facultades de dirección y organización que le reconoce, al menos en nuestro orden público laboral, las normas de los artículos 64 y 65 de la LCT.

En tales facultades, combina el uso de las tecnologías de la información y la comunicación con un mundo en el que reina la desocupación, utilizando plataformas digitales para organizar el trabajo de personas en empleos que no requieren de calificación o importante capacitación para ser llevadas a cabo, contando en tal sentido con un sinnúmero de personas disponibles para ser organizadas cuando se les requiera. De esta manera y bajo esta forma de organizar el trabajo estas empresas logran trasladar el costo del tiempo a la clase obrera que, desocupada y lejos de ser soberana del mismo, lo pone a disposición a cambio de una parcela de jornada laboral, remunerada arbitrariamente por la empresa solo cuando ejecuta el trabajo, más no cuando espera⁵.

En esta nueva forma de organizar el trabajo, los algoritmos dividen a la jornada bajo parcelas de tiempo, dividiendo la misma en pequeñas fracciones a sabiendas de la disponibilidad de un importante colectivo que desesperadamente las cubrirá. En dichas fracciones existirán parcelas potencialmente generadoras de mayores remuneraciones y otras en las que será más el tiempo a disposición que la ejecución del trabajo en sí. Piénsese a modo de ejemplo que, en servicios de reparto gastronómicos, existen marcadas franjas horarias de mayor demanda en la que el trabajador generará mayores ingresos, ya que recordemos, solo se abona el tiempo de ejecución del trabajo. Más no todos podrán acceder a cualquiera de estas parcelas sino a las que se encuentren disponibles, según diagrama y previa calificación de los algoritmos de la aplicación sobre la contracción a tareas realizadas en anteriores servicios por el mismo trabajador.

Todo lo dicho no hace más que confirmar la existencia de un empleador que, de conformidad al art. 197, 3er párrafo de la LCT y según la conveniencia del mercado conserva la facultad privativa de diagramar horarios y distribuir los mismos, poniendo parcelas de jornadas a disposición de aquellas personas que previamente hayan demostrado ser efi-

4 Tal como ya lo desarrolláramos en «El establecimiento Digital. Nuevas formas de organización del trabajo en la empresa» por Aníbal Cuadrado, publicado en la primera edición de esta revista del GEDS. Octubre 2020.

5 Rompiendo con ello el sinalagma del art. 103 LCT, disposición por remuneración.

cientes a los fines empresariales. Lo que nos lleva a retomar la temática de la libertad basada en la idea de que el trabajador elegirá cuando trabajará ante estas nuevas formas, puesto que para ser tal, no deberá estar sujeta a condicionamiento alguno. Sin embargo, la realidad de estas nuevas formas de organización nos demuestra que el o la trabajadora no podrá elegir en qué horario va a desarrollar sus tareas, sino que tal decisión estará limitada a las franjas horarias que le queden disponibles por disposición de la empresa y de acuerdo a su calificación previa. Para ser más claros, si un trabajador decide ejercer su libertad y rechazar un encargo de la plataforma digital será la misma app la que tomará nota de tal ejercicio y lo tendrá en cuenta para su calificación, ubicando a dicho trabajador por debajo de otros que hayan tenido mejor contracción a tareas y no hayan ejercido tal libertad, de modo tal que, en ocasión de las próximas elecciones de parcelas privilegiará a los segundos, quedándole al primero las franjas que ya no hayan sido elegidas, al punto tal, incluso, de la posibilidad de no quedar franja horaria disponible alguna y, por ende, no generar remuneración. Me pregunto entonces que diferencia existe entre un trabajador de plataforma digitales con aquel del sistema fordista que, determinado día, decide ejercer su libertad de no acudir a tareas, recibiendo al igual que el primero, una consecuencia por tal ejercicio, como ser una medida disciplinaria de suspensión en la cual no remunerará la jornada. En ambos casos, si bien potencialmente gozaban de libertad, ambos tuvieron consecuencias, por lo que no encuentro diferencia en el ejercicio de la libertad, ya que en ambos casos se encuentra condicionada a resultados disvaliosos, previamente dispuestos y organizados por el capital empleador. En suma, no se advierte que las personas en situación de trabajo organizadas bajo aplicaciones digitales hayan recuperado la soberanía del tiempo y gocen de plena libertad para elegir cuándo y cómo trabajar, desde que la organización del tiempo y espacio de trabajo, conforme lo hemos desarrollado aquí, continúa bajo la soberanía del capital empleador.

V. Conclusiones

Como se ha desarrollado aquí, no resulta lo mismo analizar estas relaciones como nuevas formas de trabajo humano que hacerlo como nuevas formas de organización del mismo en lo que lo único nuevo es la herramienta con la que se lo lleva a cabo, desde que, en la primera hipótesis se supone una crisis del derecho laboral, mientras que en la segunda revela su plena aplicación al advertirse que el capital empleador titular de la app conserva las facultades de dirección y organización del tiempo. Si he logrado con este breve artículo despertar en el lector la deconstrucción del discurso semántico empresarial y en consecuencia la reflexión bajo los principios rectores del orden público laboral de estas nuevas formas de organizar el trabajo la misión estará cumplida, pues ya no se analizará el fenómeno de estas relaciones de empleo bajo una crisis del derecho del trabajo, sino que nos llamará a su análisis desde el interior del mismo, en protección del sujeto de preferente tutela constitucional que se inserta en una organización empresarial ajena, cediendo parte de su libertad a cambio de una renta de subsistencia.



Discriminación en el proceso de selección

POR WALTER N. BÜHLER¹

MJ-DOC-16635-AR | MJD16635

Sumario: *I. Legislación laboral o civil. Competencia. II. Libertad de contratación vs. limitación de la autonomía. III. Conclusión.*

Desde el punto de vista del empleo, la discriminación puede tener lugar en momentos diferentes: antes de la contratación, durante su desarrollo o al momento de extinguirse la relación laboral. Sin duda la situación de mayor vulnerabilidad para el trabajador se presenta cuando en la desesperante búsqueda de empleo está dispuesto a los mayores renunciamentos, inclusive aquellos que afectan su dignidad. Y es, precisamente, en el proceso de selección donde el empleador —voluntaria o involuntariamente— puede cometer actos discriminatorios en contra del trabajador que se postula para un empleo.

Resulta llamativo que, a pesar de la creciente importancia del tema de la discriminación laboral, aún no tengamos una ley laboral específica sobre esta problemática. Hasta ahora nos venimos manejando (eso sí, con singular éxito) con una ley «prestada» del ámbito civil (Ley 23592) que originalmente estuvo más pensada para ponerle un freno a los «patovicas» que discriminaban en los ingresos a los boliches, que para proteger a los trabajadores. Distinta es la situación en la legislación comparada, como ocurre en España con el Estatuto de los Trabajadores que establece: «Artículo 4. Derechos laborales. 2. 'En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho. c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español'. Si bien los artículos 17 y 81 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo establecen normas similares, se diferencian en cuanto el Estatuto español contempla el acceso al trabajo («para» el empleo), mientras nuestra legislación habla de «trabajadores» sin la nece-

1 Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de las Universidades Nacional de Salta y Católica de Salta. Periodista. Autor de numerosas obras sobre la especialidad y conferencista y panelista de congresos nacionales e internacionales.

saría aclaración de que contempla también a quienes buscan acceder a un empleo. La situación de quienes buscan empleo es más desolada aun, ya que la propia Ley de Contrato de Trabajo (LCT) se encargaría de excluirlos de la protección laboral. Así lo establece el poco recordado artículo 24 al estipular que «Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común».

Llama la atención que las numerosas y valiosas «Leyes de Contrato de Trabajo comentadas» y los Tratados que versan sobre nuestra materia, dediquen unas pocas líneas a la notable, aunque aparente, exclusión de las situaciones precontractuales de la órbita de la ley básica de nuestra disciplina. Los comentarios del artículo de marras se limitan a la casi bizantina discusión sobre la controvertida convivencia de contrato y relación de trabajo. Los artículos de doctrina prácticamente no hacen referencia a esta sustracción sufrida por el derecho del trabajo. Uno de los pocos que hace referencia a la cuestión es el Dr. Esteban Carcavallo (Discriminación en la etapa de formación del contrato de trabajo: la oferta de empleo y pautas para la selección de personal» Carcavallo, Esteban, 18-abr-2016, MJ-DOC-9841-AR | MJD9841), quien decididamente se muestra partidario de la aplicación directa del derecho común en las tratativas precontractuales. Así expresa: «Sin duda, el contrato de trabajo —aun en las instancias previas a su celebración— no escapa a ese nuevo marco regulatorio, de derecho común, al que puede acudir para reparar las secuelas de cualquier incumplimiento de las partes. La mejor demostración de ello la constituye lo dispuesto por el art. 24 de la LCT que, aludiendo a la ‘etapa previa a la efectiva prestación de servicios’, recurrió también al derecho común para juzgar los efectos de los incumplimientos que tengan lugar en esa instancia» (18-abr-2016 -Cita: MJ-DOC-9841-AR | MJD9841).

Parte de la jurisprudencia parecería adherir a este criterio así, por ejemplo, lo vemos en un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (P. G. D. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ daños y perjuicios - 25 de abril de 2022 Cita: MJ-JU-M-136937-AR | MJJ136937 | MJJ136937). Con idéntico criterio: (Chamorro Mario Matías c/ Congregación Hijas de San Camilo s/ daños y perjuicios -4 de junio de 2020 | Fallos | Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil | MJ-JU-M-125961-AR | MJJ125961 | MJJ125961) y (P. C. F. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ daños y perjuicios -11 de abril de 2022 | Fallos | Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil | MJ-JU-M-136838-AR | MJJ136838 | MJJ136838). No olvidemos que el leading case «Freddo», también fue sentenciado por un tribunal civil (Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A. s/amparo 16 de diciembre de 2002 | Fallos- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil | MJ-JU-E-5938-AR | EDJ5938 | EDJ5938). Parecería que en estas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales subyace la idea de que en el periodo precontractual no resulta plenamente aplicable el derecho del trabajo en la medida en que, al no hallarse perfeccionado el contrato, las partes en definitiva no han adquirido el carácter de trabajador y de empleador.

I legislación laboral o civil. Competencia

No es necesario profundizar en las graves consecuencias que implican que el proceso se desarrolle en tribunales civiles y sin la aplicación y protección de la normativa laboral. Pensemos solo en el hecho de que el derecho civil parte de la idea de la plena autonomía contractual y de la igualdad de las partes en su negociación. La rica doctrina y jurisprudencia

dencia laboral elaborada en torno a la discriminación durante la ejecución y extinción del contrato de trabajo no resultaría de aplicación. Ahora bien, la categórica afirmación del autor citado y su acompañamiento jurisprudencial ¿no tiene fisuras? Creemos que sí. Cuando Carcavallo asevera «aun en las instancias previas a su celebración», no está respetando el texto legal que se refiere a «Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo». Claramente, el supuesto que contempla el artículo 24 LCT está referido a las consecuencias de un contrato ya celebrado, pero sin «efectiva prestación de servicios». Hipótesis que se presenta en el conocido ejemplo referido al contrato que se celebra en una localidad pero que tiene un lugar distinto de ejecución. Entendemos que «Las instancias previas a la celebración» no han sido sustraídas de la esfera del derecho laboral y ello porque el artículo 63 LCT impone la obligación de obrar de buena fe al «celebrar» el contrato de trabajo. Cualquier trato discriminatorio en esa instancia queda, entonces, bajo el amparo de la normativa laboral.

En refuerzo de esta posición contamos con el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referido a la discriminación en materia de empleo y ratificado por nuestro país (Ley N° 17677, marzo 1968), interesando la aclaración que el término «empleo» incluye la admisión o ingreso al mismo (art. 1º, inc. 3, convenio 111), lo cual evidencia la protección dada por esta normativa internacional respecto de la discriminación arbitraria acontecida en este lapso precontractual con motivo del ingreso al empleo.

Ratificando el carácter laboral de la etapa precontractual el Ministerio de Trabajo Empleo y S.S. dictó la Resolución 270/15 por la que se dispone que «las ofertas de empleo no podrán contener restricciones por motivos tales como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica, condición social, caracteres físicos, discapacidad, residencia o responsabilidades familiares» (Art.3).

En el mismo sentido, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) emitió en el año 2009 la Recomendación General n° 6, «Contra la Discriminación en la Oferta de Empleos», en la que insta a empleadores/as, agencias de recursos humanos, etc., a terminar con los requisitos discriminatorios en la oferta de puestos de trabajo.

II. Libertad de contratación vs. Limitación de la autonomía

En el planteo de quienes defienden la aplicación de la normativa civil a las situaciones precontractuales, claramente subyace la invocación de la libertad de contratación, que de alguna manera también recibiría protección constitucional.

Es cierto que el principio de autonomía de la voluntad constituyó la piedra angular sobre la cual reposaba todo el esquema de contratación del derecho privado, pero también es cierto que —a lo largo de los años— tal principio ha ido reduciendo profundamente su antiguo imperio. No solo frente a la irrupción del derecho del trabajo, si no también ante la propia normativa civil y comercial. El nuevo Código recoge el principio de libertad contractual al establecer en su art. 958 que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, pero limita esta facultad a las restricciones impuestas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

No debería plantearse duda alguna en cuanto que ante la disyuntiva planteada entre el principio de no discriminación y la libertad de contratar, debe privilegiarse la dignidad de la persona humana. La evolución de esta idea tuvo su concreción máxima, en nuestro derecho, con el dictado del fallo «Alvarez c Cencosud» (Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo –Corte Suprema de Justicia de la Nación– 7 de diciembre de 2010- MJ-JU- M-60239-AR|MJJ60239|MJJ60239). Aunque referido a un caso de extinción del contrato por discriminación gremial, es plenamente aplicable a cualquier situación discriminatoria que se presente en el proceso de selección de personal. Resulta inevitable que a fin de consolidar la tesis que defendemos en este trabajo (la aplicabilidad de la legislación laboral durante las tratativas precontractuales) realicemos la glosa del referido fallo. Allí se expresó que: «No es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental». En consonancia con esta doctrina agrega: «El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P., Fallos: 329:1638; Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, Fallos: 329:4918, y Aquino, cit., p. 3766 y su cita)». Más adelante: «El contenido y alcances de las facultades de organización y dirección del empleador y de la discrecionalidad de su ejercicio, en ninguna circunstancia ni lugar pueden dejar de estar limitados por el respeto de la dignidad del trabajador y el «ius cogens» que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación». Recuerda también que: «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 puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias’, tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps.81 y 82). 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: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros)».

III. Conclusión

No parece razonable que a esta altura de la evolución de los derechos humanos fundamentales nos estemos planteando dudas sobre la aplicación de la normativa laboral a las cuestiones de discriminación en el proceso precontractual de selección de personal. Solo la indiferencia y desidia de nuestros legisladores ha permitido que sea la legislación de origen civil la que venga a dar auxilio efectivo a situaciones de discriminación en el ámbito laboral. No hay que realizar un gran esfuerzo. De hecho, existen excelentes leyes dictadas por nuestros vecinos latinoamericanos y una rica normativa en la Unión Europea que serviría de guía para el dictado de nuestra propia legislación en materia de discriminación laboral.



Grupos vulnerables y el difícil acceso al mercado laboral: las personas con discapacidad

POR GUILLERMO KUTTER¹

MJ-DOC-16667-AR | MJD16667

Sumario: I. La libertad. II. Los grupos vulnerables: personas con discapacidad. III. El rol del Estado. IV. El principio de no discriminación y la libertad de contratación laboral. V. Conclusión.

Introducción

En el mundo del trabajo las relaciones entre empleadores y trabajadores están atravesadas, como en la vida, por la libertad.

La libertad como fundamento de los derechos humanos fundamentales parecería generar conflicto entre la libertad de contratación del empleador, reconocida constitucionalmente, y la existencia de sectores sociales en situación de vulnerabilidad, lo que los aleja del mundo del trabajo.

A fin de abordar esta temática compleja, desarrollaré conceptos básicos relativos a la libertad, los grupos vulnerables, el rol del Estado y el principio de no discriminación.

I. La libertad

Entre los derechos humanos fundamentales encontramos a la Libertad, a la que podemos conceptualizar como la facultad que tienen las personas de poder actuar de acuerdo a su propia voluntad².

1 Juez del Trabajo de Tucumán. Docente de grado y posgrado. Disertante en numerosas jornadas, seminarios y congresos y autor de diversos artículos sobre derecho del Trabajo.

2 <https://concepto.de/libertad/#ixzz7S50cQyr9>.

Pero yendo un poco más allá, y siguiendo a Juan María Parent Jacquemin³ diremos que «La libertad es la base genuina para un completo desarrollo de los derechos humanos.

Tenemos que distinguir entre libertad como una facultad del hombre y libertad, como la realización existencial de él mismo. Si damos demasiada importancia a la libertad, podemos elegir una concepción teórica y corremos el riesgo de caer en hipocresías. Si limitamos nuestra elección a la libertad, nos olvidamos de que el hombre es más que sus propias decisiones y perdemos el ideal implícito de los derechos humanos».

Ahora bien, vivimos en un Estado Constitucional de Derecho, el cual se caracteriza por ser el guardián de los derechos humanos fundamentales consagrados tanto en la Constitución nacional como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

La libertad como atributo de la personalidad es transversal a todas las ramas del derecho. Por ello, la misma es un elemento esencial de las relaciones laborales ya que, por un lado, tenemos la libertad de contratación de los empleadores y, por el otro, la libertad de elección de los trabajadores.

El problema surge cuando en esta relación libertad de contratación/libertad de trabajar aparecen personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad (en el presente haremos mención a uno de ellos: las personas discapacitadas y los prejuicios hacen que no sean seleccionados para puestos de trabajo.

II. Grupos vulnerables

La expresión «grupos en situación de vulnerabilidad» se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas⁴.

Entre estos grupos vulnerables, haremos referencia a las personas con discapacidad y su relación con el mundo del trabajo.

Surge evidente de nuestra realidad social que estas personas sufren discriminación laboral, la que se trata de disimular detrás de la apariencia de libertad de contratación del empleador como ejercicio de su potestad de dirección de la empresa o establecimiento.

3 Juan María Parent Jacquemin, «La Libertad:Condición de los Derechos Humanos», Convergencia N° 22, 2000, ISSN 1405-1435, UAEM, Toluca, México.

4 Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos Políticas públicas y compromisos internacionales, 2011, p 11 (http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf)

Hablar de las personas con discapacidad en Argentina y su relación con el trabajo, implica recorrer el velo vergonzante que echamos sobre esta realidad social.

Como sociedad, hemos dado la espalda a estas personas, ya sea por prejuicio, desidia, ignorancia o, lo que es peor, por indiferencia.

Siguiendo a Elia Lázaro Jimenez⁵, diremos que «Una sociedad incluyente es aquella que reconoce y respeta los derechos de quienes tienen algún tipo de discapacidad. Sin embargo, para lograr su inclusión se les debe dar acceso pleno —y en condiciones de igualdad— a la educación, empleo, salud y cultura.

La actitud hacia ellos debe ser de aceptación y respeto y no de discriminación, toda vez que la vulnerabilidad de este segmento tiene sus orígenes en aspectos socioculturales y no biológicos. Es la sociedad quien los hace «discapacitados» porque no les brinda los medios para incorporarse a actividades a las que tiene acceso el resto de la población».

La gran problemática que se nos plantea es la de hacer vigente el principio de no discriminación en relación a los grupos vulnerables y excluidos de nuestra sociedad.

III. El rol del estado

El Estado debe tener un rol central en la búsqueda de la inserción de las personas con discapacidad, tanto a través del dictado de normas que reconozcan y protejan sus derechos y dignidad, como a través de la implementación de políticas públicas de inclusión que les permitan, entre otras cosas, el acceso al trabajo.

Hay una importante legislación respecto a las personas con discapacidad, pero a pesar de ello, las mismas no tienen, en los hechos, garantizados los derechos mínimos para su realización personal.

A. Normas Internacionales: entre las normas internacionales sobre discapacidad podemos citar, como las más relevantes, a las siguientes:

La Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, del 2006, la que por su art. 1° establece: «El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En nuestro país empezó a regir en el año 2008, con el dictado de la Ley 26378.

5 La Vulnerabilidad de quienes tienen discapacidad con origen social, https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2014_747.html.

B. Constitución Nacional

Nuestra Constitución, abarca el tema de las personas con discapacidad, aunque no siempre de una manera directa.

En efecto, el art. 16, consagra el principio de la igualdad ante la ley. El artículo 75, inciso 23, obliga al Congreso a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Finalmente, el artículo 75 inciso 22, confiere rango constitucional a los Tratados de Derechos Humanos que en él se indican, así como los que se incorporen de conformidad con el procedimiento del inc. 24 del mismo artículo, así como la superioridad de los tratados frente a las leyes.

C. Leyes Federales

En el año 1981, se dictó la Ley 22431 por la que Instituye «un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales» (art. 1º). Reputándose como discapacitada a «toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral» (art.2º).

Esta norma se encuentra aún vigente, con las modificaciones introducidas por las Leyes 23876 (1990), 24314 (1994), 25504 (2001), 25635 (2002) y 25689 (2002).

Tal como se pone de resalto en la página WEB de la Defensoría del Pueblo de la CABA⁶ nos encontramos frente a una norma de orden público, cuyo título original es «Sistema de Protección Integral de los Discapacitados».

Se sostiene en el artículo titulado «Los Derechos de las Personas con Discapacidad La Vigencia de los Derechos Humanos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la luz del Derecho Supranacional»⁷ que: «esta Ley trata de abarcar la complejidad de la discapacidad, partiendo del presupuesto que es el Estado quien debe asegurar ciertos derechos y condiciones que servirán para proteger a las personas con discapacidad. Cabe señalar que, su enfoque actualmente no es el adecuado en la materia, ya que se basa en el criterio médico; por tanto, no resulta una norma que beneficie la inclusión y la igualdad, y su cumplimiento resultó dificultoso e insuficiente.

Sin perjuicio de lo dicho ut supra, debemos reconocer que con la Ley 22.431 se reconoció la complejidad de la discapacidad; su texto marca ejes desde donde abordar la cuestión y

6 www.defensoria.org.ar.

7 www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/diag08.pdf.

compromete al Estado a realizar acciones para la mejora de las condiciones de las personas con discapacidad desde un punto de vista protectorio hacia las mismas. A diferencia del enfoque actual de los derechos humanos sobre la discapacidad, la normativa gira en torno de lo que considera «persona discapacitada», entendiendo que es aquella que Las leyes vigentes no están adecuadas aún al nuevo paradigma, ya que son anteriores a la adopción de la CDPD, y que por ese motivo se hace necesario un trabajo legislativo profundo de adecuación de la normativa en vigencia».

En relación a esto último, en marzo de este año el Presidente Alberto Fernández anunció que enviará al Congreso un proyecto de Ley tendiente a reemplazar la Ley 22431 que se fundamenta en el paradigma médico de la discapacidad, cuyo enfoque asistencialista contempla a las personas con discapacidad como objetos de cuidado y no como sujetos de pleno derecho.

Se busca realizar un giro hacia el modelo social de la discapacidad, el que parte de un enfoque que percibe a las personas con discapacidad, primero como personas, como sujetos activos de la vida en sociedad en todas sus esferas.

La Ley 22431, impone que los Poderes del Estado tienen la obligación de brindar trabajo a personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 4% de la totalidad del personal. También se encuentran obligadas a respetar este cupo las empresas privadas concesionarias de servicios públicos.

D. Normas Provinciales de Tucumán

1. En la Provincia de Tucumán, sobre la materia, el texto constitucional provincial establece:

Art. 5º: «El pueblo tucumano se identifica con los inviolables e inalienables derechos del hombre, como fundamento de la convivencia política, de la paz, de la solidaridad, de la justicia social y del bien común. Toda autoridad pública tiene la obligación de respetar, hacer respetar y proteger la dignidad de la persona, y está sujeta a la Constitución y al orden jurídico. El Estado garantizará la educación pública y gratuita, con trece años de escolaridad obligatoria. Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible su reglamentación».

Art. 40: «Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: inc. 5º: Los discapacitados tendrán por parte del Estado la necesaria protección a fin de asegurar su rehabilitación promoviendo su incorporación a las actividades laborales en función de su capacidad, sin discriminación alguna».

2. Rigen en la provincia las siguientes Leyes:

*Ley 5806, con las reformas introducidas por las Leyes 6889 y 7648. Esta norma prevé un régimen de licencia especial para los empleados del Estado provincial, los que tendrán derecho a licencia por tratamiento de hijo o cónyuge discapacitado en las siguientes condiciones: 1. Cuando el tratamiento se efectuare en la Provincia y requiera de la atención personal permanente del agente debidamente justificada, éste gozará de la licencia por

el término de noventa (90) días al año corridos continuos o discontinuos con goce de haberes. Agotada aquella podrá el agente solicitar hasta sesenta (60) días al año corridos más, sin goce de haberes. 2. Si el tratamiento no se realizare en nuestro medio y por ello deba efectuarse fuera del territorio de la Provincia por derivación médica y requiera de la atención personal del agente debidamente justificada, o en los casos en que dándose dichas condiciones, al promulgarse esta Ley ya venía haciéndolo, el agente gozará de la licencia por el término de ciento ochenta (180) días al año corridos, continuos o discontinuos con goce de haberes. Agotada la licencia, podrá el agente solicitar hasta ciento veinte (120) días al año corridos sin goce de haberes.

Por el Art. 2º de la mencionada norma, se establece una asignación especial para atención y tratamiento de familiar discapacitado, en forma independiente al uso de la licencia especial a que se hace referencia en el artículo 1º y de las remuneraciones que le correspondiere al agente por todo concepto: Dicha asignación se liquidará de la siguiente manera: 1. Cuando el tratamiento se efectuare en la Provincia, se abonará al agente el equivalente al cincuenta por ciento (50%) del total de sus haberes, por el término de noventa (90) días. 2. Cuando el tratamiento se realizare fuera del territorio de la Provincia, por derivación médica, se abonará al agente el equivalente al cien por ciento (100%) del total de sus haberes, por el término de ciento ochenta (180) días.

Además, para el supuesto de que la persona con discapacidad fuere menor de doce (12) años, el agente además de la licencia por tratamiento, gozará de permiso de hasta dos (2) horas diarias para su atención.

*Por la Ley 6830, la provincia de Tucumán estableció un «Régimen Integral de Protección a favor de las Personas con Discapacidad», que abarca tanto los aspectos de: Servicios de Protección, Salud y Asistencia Social, Educación, Transporte, Instalaciones en edificios de uso público, Régimen especial de la seguridad social y Empleo.

Esta Ley establece el deber de los funcionarios públicos de garantizar el acceso a las personas con discapacidad a los empleos del Estado, con un piso del 4% del total de la planta de cargos. Pero la ley tucumana no sólo fija la obligación, sino que también establece la sanción que le cabe al funcionario que violente la disposición legal (Art. 10: «El incumplimiento de lo preceptuado en el párrafo anterior será considerada falta grave y hará pasible al o los funcionarios responsables de los organismos aludidos a las sanciones administrativas previstas en las disposiciones legales que rigen en la materia»).

Lamentablemente, pese a lo expresamente preceptuado en la Constitución y las Leyes de la Provincia de Tucumán, el acceso de las personas con discapacidad a la planta de personal del Estado provincial sigue siendo una utopía difícil de realizar. No existe en Tucumán ninguna acción por parte del gobierno provincial, el Órgano Legislativo y los entes autárquicos o descentralizados, tendiente a hacer efectivo el cupo de personas con discapacidad establecido por el art. 10 de la Ley 6830.

Una rara avis en esta temática es el Poder Judicial de Tucumán, que instituyó hace algunos años un sistema de ingreso por concursos públicos, en los cuales se prevé un cupo especial para personas con discapacidad, realizándose concursos exclusivos, en condiciones especiales para este tipo de personas.

En efecto, por Acordada 1029/2010 y su complementaria 1208/2011, se estableció un régimen de ingreso por concurso a la carrera judicial en el cual se prevé expresamente

una modalidad de examen diferenciada para las personas con discapacidad, garantizándose el 4% que establece la Ley provincial 6830.

Hasta aquí hemos descripto lo que ordena la normativa internacional, nacional y provincial (Tucumán) respecto a los derechos de las personas con discapacidad, lo que —lamentablemente— no significa que estos derechos se respeten en nuestra realidad social.

IV. El principio de no discriminación y la libertad de contratación laboral

En el mundo del trabajo, las personas con discapacidad generalmente sufren discriminación por su condición.

Según la OIT las personas con discapacidad representan aproximadamente mil millones de personas, un 15% de la población mundial⁸.

Alrededor del 80 por ciento están en edad de trabajar. Sin embargo, su derecho a un trabajo decente, es con frecuencia denegado. Las personas con discapacidad, en particular las mujeres con discapacidad, se enfrentan a enormes barreras actitudinales, físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. En comparación con las personas sin discapacidad, las personas con discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo e inactividad económica y están en mayor riesgo de una protección social insuficiente -la cual es clave para reducir la pobreza extrema.

Aquí entran en juego la libertad de contratación y las potestades que la Ley de Contrato de Trabajo (20744) otorga al empleador como director de la empresa y el principio de no discriminación, contemplado tanto en nuestra Carta Magna (art. 16) como en el art. 17 de la LCT.

Vemos así que en lo relativo al poder de dirección del empleador, éste comprende las facultades necesarias para el normal funcionamiento de la empresa en lo económico, técnico y funcional.

Éste poder de dirección no es absoluto, tiene límites, y éstos están establecidos en la ley, en la jurisprudencia y en los principios generales del derecho.

La Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 64 establece que el empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento.

Podríamos afirmar entonces que el derecho de dirección se desprende del principio de libertad de contratación y, por ende, del derecho de libertad.

Así las cosas, el derecho a la libertad de contratación, como atributo inherente a toda persona, se traduce en la posibilidad de elegir y ejecutar los actos que conforman la actividad comercial, constituyendo un acto propio de la autonomía de la voluntad a la que todo habitante de la nación Argentina tiene derecho (art. 19 CN).

8 <https://www.ilo.org/santiago/temas/discapacidad-y-trabajo/lang--es/index.htm>

Este acto de voluntad —contratar o no— reconoce un límite, que no es otra cosa que la no contratación no puede estar motivada en actos discriminatorios cualquiera sea su naturaleza, el que como acto humano es repudiado tanto por el ordenamiento jurídico internacional como el interno.

Al respecto, la Ley de Contrato de Trabajo receipta el principio de igualdad y no discriminación en el art. 17.

A lo antes dicho, debemos agregar que toda la legislación internacional y nacional referenciada anteriormente, contiene disposiciones que resguardan el principio de igualdad, a la vez que obligan al Estado de llevar a cabo acciones para erradicar la discriminación en cualquiera de sus formas.

Debemos tener en cuenta que, con la reforma de la Constitución de 1994, se incorporaron tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, que pregonan la igualdad y la no discriminación los que en virtud del art. 75 inc. 22 adquieren jerarquía constitucional o rango supra legal. Todo ello se complementa con jurisprudencia de nuestros tribunales sobre discriminación.

El principio de no discriminación, para su concretización en la sociedad, necesita de la obligatoria participación del Estado.

El Estado, en relación a los grupos vulnerables, debe asumir la postura de que que cumplir con la Constitución conlleva, necesariamente, a no adherir al principio de que todos deben ser tratados de la misma manera.

Se debe tener en cuenta que las leyes de cupo como la 22431 o 6830, antes vistas, son necesarias pero a todas luces insuficientes para garantizar la libertad de trabajar de las personas con discapacidad.

Como sostiene Saba⁹ «La primera posición que debería adoptar el Estado es cumplir con la Constitución. Antes de la reforma de 1994, uno podía interpretar la Constitución, sobre todo en su artículo 16, de modo tal que pudiéramos entender que ese artículo que dice que todos somos iguales ante la ley, aunque yo creo que esto no implica que el Estado nos trate a todos del mismo modo. Sin embargo, después de la reforma de 1994 se agregó un artículo que confirma esta lectura constitucional: el artículo 75° inciso 23 que, cuando habla de las facultades del Congreso dice expresamente que está facultado para implementar medidas de acción afirmativa que aseguran la igualdad real de oportunidades de grupos en situación de desventaja —mujeres, niños, personas con discapacidad, ancianos y otros grupos que estén en similares condiciones—. Lo primero que puede hacer el Estado es darse cuenta de que cumplir con la Constitución implica no adherir al principio de que todos deben ser tratados de la misma manera».

Justamente, el Estado, a través de leyes políticas públicas de acción positiva debería garantizar un tanto preferente a las personas con discapacidad para que por aplicación del principio de equidad (art. 75 inc. 23 de la CN) la igualdad proclamada por el art. 16 del texto Constitucional no sea meramente declarativa sino efectiva respecto de este colectivo en situación de vulnerabilidad.

9 Roberto Saba: «La desigualdad de trato hacia las mujeres es estructural» (<https://nuevos-papeles.com/nota/5351-roberto-saba-la-desigualdad-de-trato-hacia-las-mujeres-es-estructural>).

V. Conclusiones

El análisis de la normativa citada anteriormente, nos indica que, en general, nuestra legislación aborda la problemática de la discapacidad desde un criterio médico, por lo que no son normas respetan la libertad de estas personas, ni que benefician su inclusión.

Las personas con discapacidad, para el pleno ejercicio de sus derechos, tienen que vencer numerosas barreras para poder insertarse en el mercado laboral. Los principales desafíos que enfrentan son los prejuicios, los problemas de accesibilidad, un sistema educativo excluyente y un mercado laboral que no sabe ni quiere recibirlas.

Estas personas padecen la estigmatización de ser improductivas. En el mercado laboral, predominantemente capitalista, es muy difícil que se valore el trabajo que puede brindar este grupo de personas. Verónica González Bonet, periodista ciega y presidenta de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (Redi), asegura que «la inserción laboral en la Argentina es aún una deuda pendiente».

También frena la inserción de estas personas, la escasez y falta de coordinación de las políticas públicas tendientes a su defensa y protección. Sostenemos, en consecuencia, que la culpa del Estado radica en la falta de políticas públicas serias y sostenidas en el tiempo respecto de la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Es a todas luces insuficiente el dictado de normas que tardan años en reglamentarse y, consecuentemente, en ponerse en práctica.

Pero lo más lamentable es que el tanto el Estado Federal, los provinciales y los municipales violen sistemáticamente la normativa que los impele a asegurar el ingreso de personas con discapacidad a sus dependencias.

Según un informe reciente, que comprende desde el segundo semestre de 2020 hasta el 10 de agosto de 2021, el 79% de las entidades nacionales alcanzadas por la ley de cupo informaron que tienen 3011 personas con discapacidad contratadas. Esta cifra representa un 0,90% de quienes trabajan en cualquiera de las modalidades de empleo o contratación. Algunas de las jurisdicciones que, según el informe, ya alcanzan el porcentaje establecido del 4% son la Prefectura Naval Argentina (8,33%), el Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (6,19%), y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (4,90%), entre otros¹⁰.

Según un estudio elaborado por el Indec en diciembre de 2018¹¹, para las personas con discapacidad en la Argentina, el derecho a un trabajo es uno de los más vulnerados, tanto que solo un 32,2% de esta población en edad laboral logra acceder a un empleo. Los más afectados son los jóvenes de hasta 29 años.

Los números presentan marcadas diferencias según sexo y edad. Mientras la ocupación en los hombres supera el 40%, en las mujeres es de 25,8%. En cuanto a las edades, el grupo con mejor desempeño va de los 30 a los 49 años, con una actividad del 64,3% y una tasa de empleo de casi 58%. Después de los jubilados, la franja etaria con mayor índice

10 Diario La Nación del 16/12/2021, «Ley de cupo: ¿a cuántas personas con discapacidad debería emplear el Estado para cumplir con la norma?», por Daniela Chueke Perles.

11 Diario La Nación del 3/12/18, «Discapacidad: el derecho a un trabajo es uno de los más vulnerados» por Evangelina Bucari

de inactividad es la de 14 a 29 (65,4%), que también tiene el peor registro de desocupación: 16,5%.

De aquel 32,2% que consiguió ingresar al mundo laboral, el 66% se desempeña en el sector privado y el 34%, en el público. El 49,4% son empleados, el 40,5% trabaja por cuenta propia, el 6,8% se ocupa en el ámbito doméstico y el 3,3% es patrón.

Las estadísticas muestran que, a pesar de la profusa legislación sobre la materia, la inclusión de las personas con discapacidad está lejos de alcanzarse.

Los números hablan por sí mismos, somos una sociedad excluyente que no reconoce ni respeta los derechos de las personas con discapacidad.

La de las personas con discapacidad es una realidad invisible para muchos, por ello son considerados como un grupo vulnerable.

El desafío que tenemos como sociedad es generar una cultura del respeto y la inclusión, poniendo por encima de cualquier otra cuestión su dignidad como persona y su libertad y derecho de trabajar, erradicando todo tipo de discriminación.

Por último, no debemos olvidar que cuando los derechos reconocidos por las Constitución, las convenciones y las leyes son vulnerados tanto por el Estado como por los particulares, tenemos en el poder judicial al garante de los mismos. Pero para ello sea una realidad concreta necesitamos juezas y jueces comprometidos con el respeto a los Derechos Humanos y la dignidad de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, que estén capacitados para abordar su problemática con una visión amplia y protectora que contemple su particular situación y les garantice el pleno goce de sus derechos y el respeto a su dignidad humana.



Reformatio in peius en la sucesión convencional

HEBE A. GARCIA BORRÁS¹

[MJ-DOC-16661-AR](#) | [MJD16661](#)

Uno de los problemas que se suscitan en la sucesión convencional, es el referente a los derechos adquiridos de los trabajadores y su posible modificación in peius².

Aquí se plantea una disyuntiva en torno a la aplicabilidad retroactiva de una nueva convención colectiva, sobre una relación de trabajo a la cual previamente se aplicó otra convención preexistente que proporcionaba mejores derechos al trabajador.

En cuanto a nuestra legislación, la Ley 14.250 (t.o. 2004) en su art. 19 inc. a) establece para los casos de sucesión de convenios colectivos, que un convenio colectivo posterior, puede modificar a uno anterior de igual ámbito y nivel. Por su parte el inc. b) dispone que un convenio colectivo posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio colectivo anterior, en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador. Agrega a tal fin, que la comparación deberá efectuarse por instituciones.

Dicho lo anterior, surge la primera cuestión conexas a dilucidar: ¿En qué medida las normas del convenio colectivo de trabajo, se incorporan a los contratos individuales de trabajo?

En primer término, destaco que parte de la doctrina nacional —puntualmente Fernández Madrid y Simón— afirmaron en su momento que las normas de los convenios colectivos se incorporan a los contratos individuales de trabajo.

El primero considera que si la convención colectiva estableciera condiciones menos favorables que afectaren al contrato individual, se podría oponer a su aplicación la existen-

1 Abogada. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca, España. Graduada de la Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales XXIII. Edición, Universidad de Castilla La Mancha, España. Especialista en «Normas internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho», Centro Internacional de Formación (CIF), OIT. Juez en lo Laboral del Distrito N° 12 San Lorenzo, Provincia de Santa Fe.

2 MUGNOLO, Juan Pablo, Derecho Colectivo del Trabajo, Dir. MUGNOLO Juan Pablo; Coords. GOLCMAN, Martín y CAPARRÓS Lucas, 1° Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2019, pág. 638-641

cia de derechos adquiridos, propios de un núcleo no modificable (art. 66 LCT)³. Si bien el contrato de trabajo no es rígido y puede sufrir las modificaciones autorizadas por la ley conforme lo dispone el art. 66 LCT, existen «derechos esenciales» no modificables unilateralmente por el empleador y tampoco por un convenio colectivo «in peius». Si esto último se admitiera, significaría negar la existencia misma del contrato como fuente primaria de obligaciones para las partes, ya que el mismo existe antes y por encima del convenio colectivo. Por tal motivo, no es admisible que las partes colectivas intenten introducirse en la relación individual para modificar en perjuicio sus elementos esenciales. Por ejemplo, en este sentido el art. 31 de la Ley n° 23.551 y el art. 22 del Decreto Reglamentario (n° 467/88) establecen una barrera que impide que el sindicato sin una autorización expresa, pueda comprometer los intereses individuales de los trabajadores.

En la misma inteligencia, lo expuesto no resulta contradictorio con el hecho de que el contrato individual pueda ser mejorado por el convenio colectivo. Esto como derivación de la aplicación del principio protectorio, de la norma más favorable (art. 14 bis de la CN y 9 de la LCT) y del principio de progresividad consagrado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por la CSJN en el caso «Aquino»⁴.

Por su parte Simón planteó en su oportunidad, que la ultraactividad se funda precisamente en la atribución al convenio colectivo del efecto de «traslación de las condiciones más beneficiosas a los contratos individuales de trabajo». Estos últimos, por constituir una operación jurídica distinta e independiente de la convención colectiva, no resultan afectados por su extinción. El contenido de dicho pacto colectivo «se transforma en usos y prácticas profesionales que comprenden de forma idéntica a todos los trabajadores amparados, aunque hayan ingresado con posterioridad al período de vigencia pactado, en razón del principio de igualdad». Consideraba el autor, que lo expresado posee su anclaje en la normativa constitucional (arts. 14 bis y 16) y en los Convenios de la OIT n° 100, 103 y 111⁵.

Cabe advertir que en nuestro país, antes de la reforma del año 2004 (Ley n° 25.877), parte de la doctrina nacional —siguiendo a los doctrinarios italianos de los años 80— ya se había apartado de la «teoría de la incorporación». Por ejemplo, Adrián Goldin considera que las normas heterónomas conforman un marco cambiante y ajeno a las partes. Sostiene que las condiciones de trabajo ganadas por un convenio colectivo, son el producto de la gestión solidaria de la categoría de la que el trabajador se beneficia, se encuentre afiliado o no al sindicato. Explica el autor que si ese mismo principio de solidaridad en la categoría, obligara a declinar algún derecho específico, para preservar al conjunto de consecuencias más gravosas, o para hacer posible su mejoramiento relativo con carácter global, la pretensión del trabajador de conservar individualmente para sí aquello que

3 FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Tratado práctico de derecho del trabajo, 3° Edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, T° III, pág. 375.

4 CSJN, 21/09/2004: «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.», Fallos: 327:3753, La Ley, Cita online: 20043223

5 SIMÓN, Julio César, «Negociación colectiva» VVAA, Derecho colectivo del trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1998, pág. 465; cit. por GARCÍA, Héctor Omar, «Ultraactividad y sucesión de convenios colectivos en el ordenamiento argentino, más algunas nuevas apreciaciones en torno a la tesis de la «incorporación al contrato de trabajo», DT 2015, pág. 495.

hasta entonces ha tenido como producto de la solidaridad colectiva, se convierte en un acto insolidario y disfuncional⁶.

En esta postura (que admite la reforma in peius) se encontró Plá Rodríguez⁷ quien aseveró —siguiendo la doctrina y jurisprudencia francesa— que las normas de los convenios colectivos no se incorporan sino que se agregan a los contratos individuales de trabajo, por lo que cuando cesan, dejan de regir sin dejar rastros. En definitiva, la incorporación desnaturalizaría el papel de los convenios colectivos y destruiría la autonomía de dos fuentes de derecho distintas: el contrato y la convención colectiva. Puntualmente, resultaría un modo erróneo de entender la integración del contrato de trabajo y un notable empobrecimiento de la función normativa de la convención colectiva, reducida a una suerte de duplicación acumulativa del contrato individual.

Sin perjuicio de lo expuesto, los tribunales de nuestro país sostuvieron distintos criterios.

Por ejemplo, en el Plenario de la CNAT «Rodríguez c/ Telefónica»⁸ (en concordancia con la referida teoría de la incorporación) se estableció que «subsiste el derecho al cobro del adicional previsto en el art. 15 del CCT 201/92 a partir de la vigencia del Acta Acuerdo del 28 de junio de 1994». Muy por el contrario, para la minoría se trató de un supuesto de sucesión convencional, por lo que resultaba válida la modificación de condiciones pactadas en el primitivo convenio. Las nuevas condiciones, importaban la fijación de escalas salariales, la implementación de otros beneficios sociales y la supresión de pleno derecho de un adicional remuneratorio por haber sido incluido en el nuevo esquema.

Muy por el contrario, en el en Plenario de la CNAT «Fontanive c/ Pami»⁹ del año 2011 (que definió el tema), la Fiscalía General a cargo del Dr. Eduardo Álvarez, sostuvo la disponibilidad colectiva de los actores sociales, en lo que respecta al ejercicio del derecho constitucional de negociar las disposiciones del trabajo, sin otro límite que el emergente de la imperatividad legal y la tesis de la sustitución temporal de los convenios con prescindencia del nivel de beneficio. En definitiva, descartó la incorporación de los derechos a los contratos individuales. Finalmente, la doctrina del plenario (por mayoría y siguiendo el referido dictamen de Fiscalía) estableció lo siguiente: «La entrada en vigencia del C.C.T. 697/05 'E' obsta a seguir incrementando anualmente la bonificación por antigüedad establecida en la Resolución D.N.R.T. 5629/89 respecto del personal ingresado antes de la vigencia de dicho convenio colectivo».

6 GOLDIN Adrian O., «Autonomía colectiva, autonomía individual e indisponibilidad de derechos», Cuadernos de investigación del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Rioja de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, n° 22, pág. 17.

7 PLÁ RODRIGUEZ, Américo, «Veintitrés estudios sobre convenios colectivos», FCU, Montevideo 1988 cit. por FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Tratado práctico de derecho del trabajo, 3° Edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, T° III, pág. 376

8 CNAT, en pleno, 28/12/2004, «Rodríguez, Eduardo y otros c/ Telefónica de Argentina SA» (acuerdo n° 306). La Ley. Cita online: AR/JUR/4362/2004

9 CNAT, en pleno, 9/05/2011 «Fontanive, Mónica Liliana c/ PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ diferencia de salarios» (acuerdo n° 325). RubinzalCulzoni Online: RC J 5759/11

En este entendimiento, Horacio H. De La Fuente¹⁰ avanza sobre la idea de mera «imperatividad legal» —mencionada en el Plenario— y relata que la relación que existe entre imperatividad e irrenunciabilidad se planteó especialmente a principios del siglo XX, al sancionarse leyes que, para proteger al trabajador, le atribuyeron derechos de un modo obligatorio (leyes imperativas) pero que no impedían que los destinatarios, una vez adquiridos los beneficios respectivos, los pudieran renunciar libremente.

Se advirtió entonces que la asignación forzosa de derechos, no garantizaba por sí sola que se cumpliera la finalidad protectora perseguida por la ley, ya que siempre quedaría la posibilidad de la renuncia de derechos por parte del trabajador. Era evidente en consecuencia que la sola imperatividad sin irrenunciabilidad, no garantizaba a la persona el efectivo goce de los derechos concedidos por la ley.

Ante esta situación, una fuerte corriente de doctrina y jurisprudencia, especialmente en Italia, sostuvo que la irrenunciabilidad de los derechos derivaba necesariamente de la imperatividad de la norma, por lo que sólo serían renunciables los derechos consagrados por normas no imperativas. Otra posición —que finalmente se impuso después de los años cincuenta— sostenía que ambas figuras jurídicas —imperatividad e irrenunciabilidad— no contaban con una relación necesaria, sino que eran independientes. Es decir, un derecho asignado a una norma imperativa podía ser renunciable o no, dependiendo en definitiva si se encontraba comprometido el orden público. Finalmente, en el ámbito laboral rige el principio de irrenunciabilidad, sea que los derechos provengan de normas imperativas o no imperativas, conforme el art. 12 de la LCT.

Deslindado lo anterior, considero importante mencionar opiniones doctrinarias de peso, en línea con lo precedentemente expuesto.

En este sentido, Ramírez Bosco¹¹ estima que, si la convención colectiva preexistente se encuentra rigiendo por ultraactividad legal, la retroactividad in peius de la nueva convención colectiva no sería admisible, por cuanto la primera de ellas, en esencia, ha perdido su carácter convencional para convertirse en una norma estatal, ajena por tanto a la disponibilidad de las partes. Muy por el contrario, si se tratara de una convención colectiva que deroga otra con retroactividad respecto de un período en el que la primera ya se aplicó, parecería en principio admisible la reformatio in peius, de acuerdo con el fundamento de lo contractual.

Etala¹² entiende que un criterio distinto al de la admisión de la reformatio in peius, significaría que cualquier nuevo convenio colectivo solamente podría establecer condiciones más favorables que el anterior y ello implicaría dos cuestiones graves: a) violentar la autonomía colectiva de las partes firmantes; y b) no poder corregir jamás las distorsiones originadas en una normativa vigente ni el aggiornamento a las nuevas realidades económicas o tecnológicas.

10 DE LA FUENTE, Horacio H., Orden Público, Buenos Aires, Astrea, 2003, pág. 75-93.

11 RAMÍREZ BOSCO, Luis, Convenciones colectivas de trabajo, Buenos Aires, Hammurabi, 1985, pág. 189.

12 ETALA, Juan José (h.), «El convenio posterior modifica al anterior», DT 2011, pág. 1401.

Finalmente, quiero recordar el acertado criterio de Vázquez Vialard¹³ en cuando igualmente admitía que las normas que se pactan en los convenios colectivos de trabajo, pueden en el futuro establecer condiciones en las que se retrotraiga la situación a otras más desventajosas para el empleado.

Varias razones explican este último criterio. En relación al convenio colectivo, dadas las partes que intervienen, se da una paridad en la negociación que no admite la posibilidad de un aprovechamiento de la situación de desventaja en perjuicio del empleado. El interés de los trabajadores encuentra en la representación que inviste la asociación profesional, un medio eficaz de defensa. A esto se agrega el contralor de oportunidad que ejerce la administración laboral al homologar el convenio. Una modificación de una condición laboral «en perjuicio» del trabajador, es de presumir que responde a una causa que ha sido debidamente valorada por el sindicato y aún por el Ministerio de Trabajo. Puede suceder que la misma se negocie a fin de obtener otras condiciones, que en algunos aspectos pueden parecer menos favorables, impuestas por la coyuntura del mercado que hace insostenible las anteriores.

En consecuencia, comparto con el mencionado autor, que en el plano colectivo no se reproduce de manera palmaria el fenómeno del desequilibrio negocial típico en el vínculo laboral individual. Muy por el contrario, debe reconocerse al convenio colectivo la capacidad de adecuar sus contenidos a las circunstancias puntuales de la producción y el cambio tecnológico.

En lo personal entiendo que el gremio al asumir la representación de la categoría profesional, lucha por los intereses colectivos de la misma. Así, en dicho contexto y como consecuencia de su acción solidaria, negocia, cede y obtiene otros beneficios —resultando ello— la esencia de su actuación. Decidir de modo contrario, implicaría quebrar la solidaridad referida y atar las manos al sindicato.

Ahora bien y amén de lo expuesto, no puedo dejar de referirme a nuevos enfoques en relación al tema. En este lineamiento, comentaré la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Santa Fe, en los autos «Villagómez»¹⁴.

En dicho fallo la Juez de grado había rechazado la demanda por cobro de diferencias salariales por considerar que el CCT n° 367/75 había dejado de regir la actividad de los empleados de la demandada (la Caja de Seguridad Social de Profesionales del Arte de Curar) a partir de la homologación y entrada en vigencia del CCT 1718/2010 (ambos, convenios de empresa).

Recurrido el fallo y una vez en la Alzada, Sebastián Copoletta —vocal preopinante— sostiene que lo relevante del CCT 1718/10 está dado por la consagración en su artículo 3, de que tanto el CCT 367/75 y varias actas-acuerdos (que enumera y que reconocen beneficios a los trabajadores), quedan derogadas para el nuevo personal ingresante. Por el contrario, dichos actos jurídicos mantienen su vigencia como fuente de derechos que contienen mayores beneficios, para los trabajadores ingresados con anterioridad a la

13 VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Trabajo y seguridad social, Buenos Aires, Astrea, 1975, T° II, pág. 42-43.

14 Cám. Apelaciones del Trabajo de Santa Fe, Sala II, 12/12/2018: «Villagómez Jorge Ariel c. Caja de Seguridad Profesionales del Arte de Curar s. sentencia cobro de Pesos»; Res. n° 115, cita 73/20 SAIJ.

fecha de homologación del CCT 1718/10. Asimismo, señala que si bien en la regulación argentina se permite la modificación de un CCT por otro del mismo nivel aún in peius, la problemática —en el caso— se genera por el mantenimiento ultraactivo indirecto del CCT 367/75 para los trabajadores ingresados con anterioridad a la homologación del nuevo convenio, los cuales perciben una mayor remuneración. Y en este entendimiento, reprocha al Ministerio de Trabajo de la Nación, la homologación del CCT 1718/10, en cuanto violenta el orden público.

Seguidamente desecha el argumento de la recurrente en cuanto a una posible discriminación entre ambos grupos de trabajadores. Sin embargo, sostiene que se transgrede la manda constitucional del art. 14 bis de la CN en relación a la «igual remuneración por igual tarea» principio igualmente consagrado en el art. 23.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 7.a.i del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el mismo sentido invalida el criterio pautado para la diferencia remuneratoria (para futuros ingresantes), tachándola de arbitraria, excluyente y carente de toda objetividad. Finalmente declara la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3 del CCT 1718/10 y la normativa profesional concordante.

Los otros dos Jueces de la Sala, Machado y Alzueta, adhieren a los fundamentos del preopinante. Por su parte, Machado amplía la fundamentación y haciendo referencia a la pericial contable rendida en los autos, advierte la evidente brecha salarial entre los actores ingresantes y sus antiguos compañeros. En consecuencia, considera que tamaña asimetría cae bajo la presunción de agraviar la manda constitucional igualitaria del art. 16. Asimismo, reiterando los argumentos del vocal preopinante relativos a la garantía de «igual remuneración por igual tarea», se expide en referencia a la normativa internacional, puntualmente la Resolución 31/15 de la ONU o la Observación General n° 23 del Comité UNDESC relativa a la interpretación auténtica del art.7 del PIDESC, en cuanto no admite distinciones de ninguna especie a propósito de la regla de igualdad salarial.

Finalmente concluye que no pesa ningún imperativo jurídico conforme a los precedentes nacionales mencionados en el fallo de grado sobre el deber de trato igualitario («Ratto»¹⁵ y «Fernandez Estrella c. Sanatorio Güemes»¹⁶) por el cual la demandada se encuentre jurídicamente obligada a reconocer el status salarial de los que fueron contratados durante el convenio sustituido. Muy por el contrario, lo convenido en el pacto colectivo, lo denomina «una decisión política», que también podría ser de oportunidad o conveniencia en el sentido del derecho administrativo.

En definitiva, la Sala revoca la sentencia de grado y hace lugar a la demanda, ante la flagrante violación a dos mandas constitucionales, la igualdad ante la ley (art. 16) e igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis), también abonadas por extensa normativa internacional.

Es mi opinión en consecuencia, que la Sala II con buen criterio, si bien admite el principio general relativo a la sucesión de convenios colectivos de igual ámbito y su modificación in peius, realiza al mismo tiempo el debido control de constitucionalidad y convencionalidad y declara la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 del CCT 1718/10 y la normativa profesional pertinente.

15 CSJN, 26/08/1966: «Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani S.A.», Fallos: 265:242. Cita La Ley Online: TR LALEY AR/JUR/30/1966

16 CSJN, 23/08/1988: «Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A.», Fallos: 311:1602.

Es dable destacar en este sentido, que el derecho internacional tiene esclarecida nítidamente la cuestión jerárquica, es decir, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Quiero recordar que nuestra CSJN en el caso «Chocobar»¹⁷ instaló el principio según el cual las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las del Pacto de San José de Costa Rica, resultan idóneas para interpretar al alcance del art.14 de la CN, toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual, cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás.

Para finalizar, menciono un importante aporte que efectúa Héctor O. García¹⁸ quien aduce que una mirada más allá de nuestras fronteras permite observar que la teoría de la incorporación de las cláusulas convencionales al contrato de trabajo, asociada a la ultraactividad y a la sucesión convencional, ha sido reinstalada en el centro del debate.

Puntualmente, comenta una sentencia del Tribunal Supremo Español, que ha implicado un duro golpe a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley n° 3/2012, ratificado por Ley n° 3/2012, que suprimió la ultraactividad por tiempo indefinido, limitándola —salvo pacto en contrario— al término de un año, finalizado el cual —de no mediar nuevo acuerdo— el contrato individual pasa a regirse por el convenio sectorial o de actividad, en caso de que lo hubiera.

Así, la sentencia dictada el 12/04/14 por el pleno de la Sala de lo Social del alto tribunal, determinó que las condiciones pactadas en el contrato de trabajo desde el momento mismo de su constitución, sea directamente o por remisión a lo establecido por el convenio colectivo, tienen naturaleza jurídica contractual y por ello siguen siendo exigibles entre empresa y trabajador por el contrato de trabajo que les vincula, aunque haya expirado la vigencia del convenio de referencia¹⁹.

Conforme lo expuesto, puede advertirse que la sentencia mencionada remite a las condiciones pactadas en el contrato de trabajo desde el momento de su constitución, con lo cual y en el ámbito de la jurisprudencia española, se vuelve a discutir lo aparentemente definido.

17 CSJN, 27/12/1996: «Chocobar Sixto Celestino C/ Inps-Caja Nac De Prev Para El Pers Del Est Y Serv Publ. S/Reajustes por Movilidad». Fallos: 319:3241 <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=3780001&cache=653336416262>

18 GARCÍA, Héctor O., «Ultraactividad y sucesión de convenios colectivos en el ordenamiento argentino, más algunas nuevas apreciaciones en torno a la tesis de la ‘incorporación al contrato de trabajo’», DT 2015, (marzo), 495; Cita online: TR LALEY AR/DOC/70/2015.

19 La sentencia se aplicó a la empresa balear Atención y Servicios SL (ATESE). Cfr. http://economia.elpais.com/economia/2014/12/19/actualidad/1418978798_597023.html

Emergencia Sanitaria Nacional - Normas de Emergencia -
Coronavirus - Laboral - Enfermedad Laboral - Riesgos del
Trabajo - Principio de Progresividad

12-julio-2022



El principio de progresividad como limitante a la actividad estatal legislativa - leyes de emergencia y derechos humanos

POR MARÍA G. ALCOLUMBRE¹

[MJ-DOC-16638-AR](#) | [MJD16638](#)

Sumario: I. El fenómeno de la progresividad en el sistema jurídico argentino. II. El principio de progresividad como limitante a la actividad estatal legislativa. III. Leyes de emergencia - La emergencia sanitaria y la enfermedad profesional COVID19 no listada. IV. Colofón.

I. El fenómeno de la progresividad en el sistema jurídico argentino

Tal como señalara en anterior entrega de nuestra primer Revista del GEDS, sabido es que se reconoce a los principios generales del derecho tres funciones esenciales, a saber: a) una función informativa, que está destinada al legislador para la sanción de nuevas normas; b) una función interpretativa, a través de la cual ayuda al intérprete de la norma en la resolución de conflictos; y c) una función normativa, en especial en casos de lagunas de derecho, ya que los principios son fuente supletoria del mismo.

Toca ahondar en esta colaboración, acerca de las funciones informativa e interpretativa que cabe reconocer al principio de progresividad, como aquél rector de la moderna igual-

¹ Jueza del Tribunal del Trabajo N° 4 de Morón. Magíster en Economía y Administración de Empresas. Co-Autora del libro Regímenes Laborales Especiales (Editorial La Ley, 2014 Nueva Edición, dirigido por Ricardo A. Foglia); de Estudios Sobre un Nuevo Paradigma en Derecho del Trabajo, Homenaje al Dr. Hugo R. Carcavallo (dirección de L. Ramírez Bosco); de El Derecho ante la Pandemia de la Covid-19 (Editorial Tirant Lo Blanch 2021) y autora de artículos de doctrina de la especialidad.

dad en derechos y que se inserta en un sistema jurídico para el cual lo que ha de contar, será el «desarrollo humano» y el «progreso económico con justicia social».

Nuestro Estado desde su constitución primigenia se comprometió a la promoción del bienestar general, bastando para ello con recordar el pasaje del Preámbulo de la C.N. que así lo declara y al cual la C.S.J.N. ha reconocido como fuente de derecho irrefutable al pronunciarse acerca de las pautas de interpretación del sistema de derechos de la persona en el renombrado precedente «Nordensthol c/Subterráneos de Buenos Aires²».

Supo en dicha ocasión el Superior Tribunal incluir un párrafo que en mi opinión es de notable importancia pues no sólo reconoce al Preámbulo como fuente de derecho, sino que además extiende al legislador la carga del obrar con progresividad: «Las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política. Pero como ésta necesariamente debe instrumentarse mediante normas jurídicas, esto no es otra cosa que contrastar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado».

La reforma constitucional de 1994, con la conformación del bloque de constitucionalidad en el art. 75, inc. 22 que otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, incorpora al Preámbulo de la C.F. una visión acrecida, al decir de Manili³, dado que es lógico interpretar que textos preliminares de aquéllos, han quedado por ende en idéntica jerarquía que el local; consagrando así un programa de Estado que hace foco en la cláusula de promoción del bienestar general el cual se materializa a través de las normas de los arts. 4º, 14, 14 bis, 75 incs. 17, 19, 23, y 32 de la C.F.

El fenómeno de la progresividad plasmado en nuestro Preámbulo y en los derechos fundamentales que se reconocen a través de los instrumentos internacionales y las propias normas de la C.F. son universales, vale decir que corresponden a todos los hombres y en la misma medida; y, además, son indisponibles e inalienables, lo cual equivale a decir que se hallan sustraídos del mercado⁴.

El nuevo sistema jurídico así consolidado, no sólo se basa en la legalidad formal, sino que además se integra con una legalidad sustancial al no hallarse la ley tan sólo sometida a vínculos formales, sino también a principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones e instrumentos internacionales que las integran.

Es a la luz de esa legalidad sustancial tantas veces perseguida por el legislador constituyente, que el espíritu del legislador del C.C.C. en 2015 supo consagrar que las leyes habrían de ser interpretadas «teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento»⁵. El sistema jurídico argentino así consolidado evidencia en mi opinión la férrea intención del legislador de seguir plasmando en las normas y en su interpretación, el principio de progresividad, claro exponente de los principios iusnaturalistas.

2 CSJN-Fallos 307:326

3 Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Daniel Sabsay, Pablo Manili, Editorial Hammurabi, Tomo 1, pág.143

4 Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías, La Ley del más débil, Trotta, 1999, p.23

5 Art. 2º del CCC

Similar actitud se advierte develada en el obrar del legislador provincial de Buenos Aires, quien en octubre de 2018 sancionara la ley provincial 15.057 de reforma al ritual laboral de dicho estado, y estableciera por vez primera en su art. 1° que «el procedimiento laboral se ajustará a los principios de oralidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales»; agregando en su art. 8° inc. 4° dentro de los deberes de los Jueces el de «fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y los principios de congruencia y progresividad».

II. El principio de progresividad como limitante a la actividad estatal legislativa

Pese al carácter indisponible e inalienable de los derechos fundamentales, la C.S.J.N. ha sostenido a lo largo de su historia posturas dispares admitiendo en algunos casos la constitucionalidad de normas regresivas; ello así, si bien se advierte tras la reforma constitucional de 1994, una tendencia al apego a la no regresividad.

En efecto, si bien supo citar al Preámbulo como pauta de interpretación de derechos fundamentales en el precedente de 1922 «Horta C/Harguindegui»⁶ —en ocasión de declarar inconstitucional una norma que restringía el derecho de propiedad—, así como en los precedentes dictados con posterioridad en 1934 «Avico c/De La Pesa»⁷ y en 1988 «Vega C/Instituto Nacional de Vitivinicultura»⁸ —en los cuales analizó el alcance de las facultades del Congreso para el dictado de leyes de emergencia que alteraran cláusulas de contratos entre particulares—; empleó en los dos últimos nombrados un criterio regresivo justificando el apartamiento del legislador de los altos propósitos y elevadas miras que tuvo en cuenta el constituyente.

Para así resolver, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, admitió la restricción de derechos individuales (propiedad, libertad individual, etc.) en beneficio «de los intereses generales y permanentes de la colectividad» siempre que dichas restricciones fueran razonables.

Pero la denominada «Primavera del '94» inició una tradición interpretativa en mi opinión que tiene por norte el empleo del principio de no regresividad como columna vertebral del sistema, habiéndose consagrado su empleo en el precedente «Aquino C/Cargo» en materia de salud de trabajadores enfermos o accidentados por el hecho del trabajo⁹.

En efecto, en él el Superior Tribunal declaró «que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr.9; asimismo:

6 CSJN-Fallos, 137:47

7 CSJN-Fallos, 172:21

8 CSJN-Fallos, 311-1565

9 CSJN, Fallos 327-3753, votos de Petracchi y Zaffaroni Considerando 10°

Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23).

Se sostuvo, asimismo, que existe una «fuerte presunción» contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC (ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 y N° 15, cit., págs. 103 —párr. 32— y 122 —párr. 19—, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del Pacto no es otra que «la mejora continua de las condiciones de existencia», según reza, preceptivamente, su art. 11.1.

La C.S.J.N. mantuvo luego, idéntica postura en 2005 en el caso «Sánchez, María del Carmen C/ANSES» en materia de haberes previsionales y protección a la ancianidad¹⁰, y en 2008 en el caso «Benedetti Estela Sara C/PEN» en el que también se hallaba involucrado el derecho a pensión de la accionante modificado por una norma de emergencia económica¹¹.

Diez años más tarde y en ocasión de analizar la reforma al sistema previsional de los trabajadores agrarios, la C.S.J.N. mantuvo la misma línea interpretativa en mi opinión en el caso «RE.NA.T.R.E. C/ P.E.N. S/ Amparo»¹² precedente en el cual el Supremo Tribunal entendió que, si el seguro social creado por ley 25.191 fue puesto a cargo de un ente creado por el legislador ateniéndose al modelo de administración por los interesados que el constituyente mandó establecer (el RENATRE), cualquier reforma legal ulterior que pretendiera imponer un régimen de administración del seguro que no respete dicho modelo comportaría vulnerar tanto la letra como el espíritu del citado artículo 14 bis. Máxime si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia de la Corte se ha sostenido que el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos, sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia.

Como puede apreciarse, hasta ahora los cambios restrictivos que se intentaron aplicar a derechos fundamentales tales como el derecho a la salud de los trabajadores y al goce de la seguridad social, no han encontrado abrigo en los pronunciamientos de la CSJN después de la reforma constitucional de 1994 y el máximo Tribunal basado en el principio de progresividad y no regresividad, ha rechazado la validez constitucional de las referidas normas haciendo hincapié en que pesa sobre el Estado la carga de acreditar la razonabilidad de la medida de emergencia que se dispusiere con ánimo restrictivo al goce de derechos individuales debiendo demostrarse que se han agotado todas las instancias previsibles previas al no sostenimiento del régimen que se pretende modificar.

Cobra aquí virtualidad aquella definición que diera Julio César Simón¹³ acerca de los derechos humanos, que a su entender son límites extraestatales, producto de la conciencia

10 CSJN, Fallos 328:1602, voto de Maqueda Considerando 10°

11 CSJN, Fallos 331:2006, votos de Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, Considerando 5°

12 CSJN, Fallos 338:1347

13 Fuentes del Derecho del Trabajo, Coordinador Jorge Rodríguez Mancini, Tomo 2, página 4 y siguientes; Editorial Astrea, 2013

y actividad jurídica internacional que deben ser interpretados y entendidos en un doble escenario: como freno al ejercicio del poder estatal y como contenido en la búsqueda de determinados propósitos.

El freno al que se hace referencia parece ser aún más necesario cuando se hallan en pugna la afectación de derechos fundamentales, dado que las normas de emergencia al decir de Ricardo A. Foglia¹⁴ no deben afectar derechos humanos como el derecho a la vida y la salud de las personas; dado que de otro modo no superará el test de legalidad que ha diseñado la C.S.J.N. a través de sus fallos, para que una situación de emergencia sea declarada válida.

Ello sin mencionar que tampoco podría válidamente admitirse una norma de emergencia que restringiera el goce de derechos sólo a un grupo de personas o a una persona individual o a un sector, pues de otra manera se estaría violando la regla del art. 16 de la Constitución Nacional; ello sin mencionar el impacto que habría de suscitar si los involucrados pertenecieran a grupos vulnerables o minorías de las contempladas por el art. 75 inc. 23 de la C.F.

III. Leyes de emergencia - la emergencia sanitaria y la enfermedad profesional covid19 no listada

Resulta inevitable plantearse en el contexto sanitario que venimos de atravesar y que probablemente aún no se supera, si las normas de emergencia dictadas a lo largo de estos dos últimos años podrían reputarse contrarias al principio de no regresividad en lo que atañe al procedimiento aplicable al Covid-19 como Enfermedad Profesional No Listada.

Ello así, toda vez que, si bien el legislador de la emergencia optó por reconocer temporalmente y en forma presuntiva etiología profesional a la referida patología a través del dictado del DNU 367/2020, el sistema instaurado se apartó expresamente de la cobertura brindada a todos los trabajadores por la L.R.T. y el régimen del Dec. 717/96 arts. 6º y 7º, dejando a la legislación de la emergencia en lo que pareciera ser una falsa escuadra.

Digo ello pues en primer lugar se previó el reconocimiento de la contingencia como laboral, sólo para algunos trabajadores incluidos en la L.R.T., pues quedaron alcanzados sólo aquéllos definidos como personal de sanidad y de fuerzas policiales federales y provinciales (cfr. DNU 260/2020, SRT Res. 38/20 y DNU 875/2020) y aquellos trabajadores esenciales exceptuados del A.S.P.O. (cfr. DNU 355/20, Decisión Administrativa 429/20 y 490/20, y DNU 605/20, 875/20 y 1033/20).

Los demás trabajadores cubiertos por la L.R.T., quedaron excluidos de la presunción creada por el legislador de la emergencia, incurriéndose en una primera discriminación, que corresponderá al intérprete determinar si es válida o no, ya que podría entenderse que la propia norma quiebra el nexo causal que debiera estar presente entre las tareas y la patología profesional; y ello, sólo en favor de un grupo determinado de personas a las cuales el legislador decidió proteger.

14 Fuentes del Derecho del Trabajo, Coordinador Jorge Rodríguez Mancini, Tomo 1, página 428 y siguientes; Editorial Astrea, 2013

Desde luego no deja de contemplarse que se hallaba vigente el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020, pero ello no obstaría a que personas humanas que se hubieren visto obligadas a salir a trabajar, se hubieren contagiado del mismo virus Covid-19 en un contexto laboral de clandestinidad a la luz del citado DNU (ya fuere porque sus tareas no hubiesen sido declaradas esenciales o aun cuando las mismas se hubieren desplegado en territorios sujetos al DISPO).

Después de todo, pareciera necesario mencionar que existen personas humanas que si no salen a trabajar no cobran y por ende no pueden garantizar su sustento familiar; y es este universo de trabajadores —el más vulnerable pues en su gran mayoría no se halla registrado—, el que se encontró claramente excluido de la cobertura creada por el legislador de la emergencia.

Esa circunstancia terminó siendo reconocida por el propio P.E.N. al dictar el DNU 39/2021 y declarar que durante noventa días corridos el COVID-19 sería presuntivamente Enfermedad Profesional no Listada «respecto de todos los trabajadores incluidos en la L.R.T. que trabajen fuera de su domicilio particular» pues después de todo «resulta necesario y socialmente justo incorporar a la cobertura especial y transitoria prevista en el referenciado Decreto de Necesidad y Urgencia 367/20 a todos los trabajadores y todas las trabajadoras expuestos y expuestas al agente patógeno respectivo» (cita textual de los considerandos).

Lamentablemente, quedaron afuera de la cobertura nuevamente y durante dicho período los trabajadores sujetos al régimen de teletrabajo, pese a que ya existían a dicha fecha normas que preveían la cobertura de los riesgos laborales por parte de las A.R.T. en los casos de tareas brindadas en dichas condiciones (SRT re. 1552/12 y 21/20 y la recientemente sancionada Ley 27.555).

Los intrincados escenarios descriptos más arriba sólo alcanzaron a regir la etapa de denuncia de la contingencia y cobertura de la misma como presuntivamente laboral, permitiéndole a un grupo de trabajadores gozar de las prestaciones en especie y de la I.L.T. dado que no le estaba permitido a la A.R.T. rechazar la denuncia.

Sin embargo, a la hora de determinar en forma definitiva la naturaleza laboral de la contingencia —lo cual proyecta efectos claramente sobre la cobertura de prestaciones dinerarias por incapacidad definitiva y la determinación de su porcentaje— el legislador de la emergencia volvió a desandar sus pasos y diseñó un sistema de doble análisis (cfr. SRT10/2021) que puede llevar a la C.M.C. a declarar como no laboral una enfermedad que hubiere sido presuntivamente cubierta en la primera etapa del proceso.

Los interrogantes que plantean las referidas normas, considero que habrán de desvelar a más de un operador jurídico.

IV. Colofón

Como puede apreciarse las emergencias que nos atraviesan habrán de deparar en lo sucesivo muchos otros desafíos para intérpretes y operadores del derecho, albergando la esperanza de que la arquitectura de los derechos humanos que integran nuestro sistema jurídico sirva sólidamente de guía para arribar a soluciones socialmente justas y dignas de toda persona humana.

Autonomía de la Voluntad - Derecho del Trabajo - Laboral -
Irrenunciabilidad de los Derechos del Trabajador - Buena Fe -
Principios del Derecho Laboral

12-julio-2022



Libertad de configuración negativa en la contratación laboral. Principio de irrenunciabilidad

POR MARÍA A. MOYANO¹

MJ-DOC-16668-AR | MJD16668

Sumario: I. Introducción. II. Los Principios fundamentales del Derecho del Trabajo y su basamento en la libertad. III. Autonomía de la voluntad en el sistema jurídico general. IV. Derecho laboral: limitación de la autonomía de la voluntad y orden público laboral. V. Principio de irrenunciabilidad: limitación a la libertad de contenido (libertad de configuración. en la contratación laboral. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El sistema general de autonomía de la voluntad tiene connotaciones particulares en el derecho laboral, debido a la existencia del orden público laboral. En efecto tanto la libertad de contratación —libertad de contratar o de concluir el contrato, y en su caso, elegir con quién— como también la libertad de configuración —libertad contractual o de contenido para determinar las normas que conforman el acuerdo— admiten facetas negativas y positivas.

¹ Abogada y Escribana (Universidad Nacional de Tucumán); Magíster en Magistratura y Gestión Judicial (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino); Docente de la Cátedra de Derecho de la Empresa y los Negocios (UNT); Investigadora integrante de Proyectos de Investigación financiados por el Consejo de Investigaciones de la UNT (CIUNT); Maestranda de la Carrera de Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional Tres de Febrero (UNTREF); Integrante de Comisiones Evaluadoras y de Tribunal de Tesis de Maestría; Integrante de ternas en concursos convocados por el Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán, para cubrir cargos de juez/a en el fuero del Trabajo (CAM); Secretaria Judicial, Juzgado de Primera Instancia del Trabajo, IIIa. Nominación, Poder Judicial de Tucumán, Capital. Correo electrónico: marialejandramoyano@gmail.com

El objeto del presente artículo es enfocar la libertad de configuración del trabajador, en su faz negativa —como imposibilidad de autorregularse—. Es decir, la limitación a la autonomía de la libertad del trabajador fundada en su protección, en tanto éste se presenta como la parte débil de la contratación.

En la relación laboral, la voluntad de contenido del trabajador se encuentra subordinada a la voluntad de contenido de la parte empleadora, que posee superioridad negocial. Debido a esta situación de desequilibrio inmanente de las partes, es que el sistema del derecho del trabajo establece límites mediante el orden público laboral, para proteger a la parte vulnerable: el trabajador.

El referido orden público laboral determina que el respectivo ordenamiento jurídico es indisponible para las partes, salvo que en la medida que se compense el desequilibrio de la parte trabajadora —que mejore la posición del trabajador mediante su libertad de configuración—.

En tal contexto se aborda el principio de irrenunciabilidad —entre los distintos principios que rigen al derecho laboral— que está consagrado en el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT). Dicho principio, que presente excepciones, nulifica cualquier conducta del trabajador que disminuya niveles protectores establecidos en leyes, convenios colectivos y contratos individuales de trabajo.

Dicho abordaje se realiza transversalizando la idea de libertad, en este caso, en su faz negativa; con fundamento en el orden público laboral.

II. Los principios fundamentales del derecho del trabajo y su basamento en la libertad

Mediante la modificación de la Constitución Nacional de 1994 —que constitucionaliza los Tratados Internacionales— se consolidó el modelo de Estado Social de Derecho, consagrando la operatividad de sus normas².

A partir de allí el nuevo sistema jurídico está basado no solo en la legalidad formal, sino también en la legalidad sustancial; dado que adquieren protagonismo los principios y los derechos fundamentales.

Plá Rodríguez ha definido a los principios como «líneas directrices» consistentes en enunciados básicos y generales sin forma alguna, enlazados entre sí³. En tal sentido el autor resalta la sinonimia entre «principios» y «derechos fundamentales» a partir de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo, y su seguimiento, aprobada en la reunión 86° de la Conferencia Internacional del Trabajo —Ginebra en junio de 1998—.

2 GELLI, M. Angélica: Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, La Ley Cuarta Edición Ampliada y Actualizada, T.I, p. 16.

3 PLA RODRÍGUEZ, Los principios del Derecho del Trabajo, Editorial Depalma, Bs As., 1998

Ronald Dworkin expresamente reconoce que los principios son «exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad»⁴.

Para un enfoque retrospectivo de la teoría jurídica, Perelman señala que después de la segunda guerra mundial comienza una nueva etapa en la teoría jurídica que pone en crisis el modelo iuspositivista, dogmático y legalista, forjado en el siglo XIX a instancias de las escuelas exegética e histórica y de Ihering, y que completará Kelsen en nuestro siglo. Concretamente, el Tribunal de Nuremberg pondrá en evidencia, las insuficiencias de aquel modo de entender el derecho que lo identificaba con la ley positiva. El fundador de la nueva retórica subraya el recurso a los principios jurídicos, también llamados en los Códigos «principios generales del derecho»⁵.

Según Bobbio «los principios generales del derecho se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho». Digamos con Prieto Sanchís que asistimos a «una nueva edad de oro de los principios».

Los principios del derecho cobran relevancia en el Estado de Derecho Constitucional, diferente de su antecesor, el Estado de Derecho Legal.

Así lo explica Rodolfo Vigo, cuando refiere que el nacimiento del Estado de Derecho Legal, se dio en Europa continental a partir de la Revolución Francesa y el proceso de codificación. Luego se expandía por Europa y se exportó a América. Pero este modelo entra en crisis a partir de la caída del régimen nazi de la segunda Guerra Mundial, porque a partir de ahí Alemania generó el Estado de Derecho Constitucional. En Alemania, a partir de Núremberg —se condena a los jerarcas nazis por cumplir la ley y violar el derecho— comienza a forjarse este nuevo modelo de estado y de derecho, que por ende requiere otro tipo de jurista, que piense en principios al momento de resolver un caso; señala. Es por ello que en los juicios se define que el régimen nazi contradecía de una manera grave y evidente a los derechos humanos.

Hoy sabemos que el Derecho tiene normas y principios, el Estado de Derecho Constitucional se formula a través de normas y a través de principios⁶.

Para resolver un caso a través de los principios hay que hacer ponderación, hay que pesar los principios, porque los principios tienen eso que ya se ha llamado por Dworkin «Dimension of weight» la dimensión de peso, hay que pesar los principios.

El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, Robert Alexy explicita que, bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro. A esto Alexy llama la ley de colisión.

Esta ley de colisión es de fundamental importancia en la Teoría de Alexy, ya que refleja que los principios en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no exis-

4 DWORKIN, Ronald., Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 5.

5 Vigo Rodolfo Luis «Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual», 23/08/18, Universidad de Navarra, <https://revistas.unav.edu/página65>.

6 Vigo Rodolfo Luis, op. cit., páginas 66/67.

ten relaciones absolutas de precedencia y en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables⁷.

El nuevo Código Civil y Comercial Argentino (CCyC) es constitucionalista y pone en agenda temas nuevos. Por ello el derecho en Argentina, aparece impregnado de principios desde agosto de 2015 y propone preguntas nuevas hacia los juristas que deben saber cómo trabajarlo, en definitiva, una perspectiva innovadora hacia el análisis del derecho⁸.

En tal contexto, entendiendo a los principios como integrativos del Estado de Derecho Constitucional, tenemos los distintos principios del derecho del trabajo; entre ellos el principio de irrenunciabilidad.

En el derecho del trabajo, el principio, valor, idea o axioma más valioso es la libertad, y el principio protectorio al igual que los otros llamados principios, son solo instrumentos jurídicos que hacen posible que el principio de la libertad no se vea claudicado.

Identificada la libertad como principio básico del derecho individual del trabajo dependiente; me avocaré al abordaje del principio de irrenunciabilidad.

La irrenunciabilidad en sí misma no tiene un valor, sino en función del principio de libertad. O sea que el orden público sería el conjunto de criterios relativos y absolutos, que resguardan y limitan las obligaciones del trabajador, y la irrenunciabilidad, un elemento de dicho conjunto.

Ackerman hace la salvedad de la importancia de la libertad del trabajador, como único principio, custodiada por el llamado principio protectorio⁹.

III. Autonomía de la voluntad en el sistema jurídico general

La palabra «autonomía» no apareció en el Código Civil argentino hasta entrado el siglo XXI. En efecto, la única vez que se la cita es en el art.152 ter, según redacción impuesta por la ley 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010.

El significado de este término, metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, goza de poderes particulares.

Desde esta perspectiva amplia, de algún modo, la autonomía se identifica con la libertad. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: «El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones

7 Zárata Castillo Arturo, «Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales» Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 17, año 2016. Disponible <https://revistas.juridicas.unam.mx/>

8 Vigo Rodolfo Luis, «El Estado de Derecho Constitucional propone una nueva agenda de temas para los juristas», Colegio Público de Abogados de Comodoro Rivadavia, 05/06/19. Disponible en <http://www.cpacr.org.ar/archivos/1388>

9 Salpeter Pablo, «El principio del derecho del trabajo y la irrenunciabilidad. Otro enfoque», Revista de Derecho laboral, 2019-2, Actualidad, Ed. Rubinzal Culzoni, páginas 113 a 115.

y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana»¹⁰.

De la teoría general de los contratos en el Código Civil y Comercial se desprende lo siguiente. En primer lugar, el contrato es un acuerdo que requiere el consentimiento libre de las partes que lo integran (conf., art. 957 CCyC).

El Código se encarga de prescribir la libertad de contratación que es núcleo central de la regla 'pacta sunt servanda' (conf., art. 958). La doctrina define a esta 'libertad' como la facultad que tienen todas las personas de disponer los contenidos del negocio jurídico que van a celebrar. También incluye la libertad de no contratar o la de no contratar con determinado sujeto.

El art. 958 garantiza que las partes, libremente y sin intervención del Estado, puedan establecer los contenidos contractuales obligatorios.

Finalmente, el art. 959 CCyC le asigna obligatoriedad a los acuerdos celebrados entre los contratantes.

Por su parte, el art. 960 CCyC prescribe que la contratación privada está exenta de la intervención de los magistrados quienes, salvo casos extraordinarios, no podrán modificar los acuerdos celebrados libremente por las partes.

Esta estructura solo resulta aplicable a los contratos paritarios, pero no a los contratos de consumo ni tampoco a los acuerdos predispuestos (contratos de adhesión).

Hace más de veinte años el Profesor Atilio Alterini nos advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una 'modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones' lo que ha generado un Derecho más preventivo, más intervenido por el Estado, y más atento a restaurar la libertad perdida del contratante débil¹¹.

IV. Derecho laboral: limitación de la autonomía de la voluntad y orden público laboral

La mayoría de las disposiciones de nuestra disciplina se proponen limitar la voluntad de las partes que intervienen en una relación laboral, integrando el llamado orden público laboral destinado a limitar la autonomía negocial en algunos aspectos de la realidad jurídica que el derecho estatal considera esenciales.

Al decir del doctor Álvarez, es importante destacar que el ordenamiento jurídico protege al trabajador por medio de lo que llamó una «sustracción normativa de contenido», afectando al objeto mismo del contrato mediante un sistema muy atípico en el derecho privado, que concede al trabajador derechos no sólo irrenunciables sino también indisponibles.

Se puede apreciar que el ordenamiento normativo prescinde de los llamados «vicios del consentimiento», aplicando una técnica propia del orden público general: limitar la auto-

10 Kemelmajer de Carlucci Aída, «La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino». Infojus, SAIJ, 2015. Disponible en <http://www.saij.gob.ar>

11 Shina Fernando, Una teoría general de los contratos, 2019, www.saij.gob.ar

nomía de la voluntad, afectar al objeto del acto jurídico, imponer un contenido al negocio desde el imperativo derecho estatal y prescindir del ámbito del sujeto.

Frente a la desigualdad notoria entre las partes de la relación laboral, la plena autonomía de la voluntad no producía otra consecuencia más que la contratación en condiciones verdaderamente indignas. Ante esta situación, el orden normativo laboral no recurrió a los vicios de la voluntad para corregir esa desigualdad, sino que centró su técnica en el objeto del acto jurídico al adaptar la figura del «orden público», destinado a limitar la autonomía de la voluntad¹².

No puede desconocerse la presencia del llamado orden público económico, variante comprendida naturalmente en el concepto genérico del orden público, cuya característica se concreta en que en determinadas situaciones el interés general o el bien común, exige postergaciones de bienes particulares, con específico contenido de eficacia económica.

El orden público económico ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (fallo «Soengas» y dictámenes de la Procuración General de la Nación en «Nordenthol» y «Almirón Bismark», T. y S. S. 1990-1102)¹³.

V. Principio de irrenunciabilidad: limitación a la libertad de contenido (libertad de configuración) en la contratación laboral

Según se ha sostenido, la irrenunciabilidad se sustenta en: a) la inderogabilidad relativa (o textura mixta) de las normas laborales; b) el carácter de orden público que estas normas poseen; c) su basamento en el principio de indisponibilidad; d) la limitación de la autonomía de la voluntad.

Tal como advierte el maestro uruguayo Plá, se trata de distintas expresiones de una misma idea. Es que el fundamento último reside en lo que se ha dado en denominar la hiposuficiencia del sujeto trabajador, la que patentiza en todas las instancias del contrato de trabajo (celebración, ejecución y extinción)¹⁴.

Ackerman y Ramírez Bosco afirman que el único principio es el principio protectorio, y que los demás «principios» de la rama son, en realidad, o bien principios generales del Derecho aplicados y adecuados al Derecho del Trabajo (v.gr., buena fe, igualdad de trato, justicia social, equidad y primacía de la realidad), o bien medios técnicos que derivan de aquél, para resolver los problemas jurídicos y sociales que plantea el especial objeto de la

12 Somoza María, Alcances del principio de irrenunciabilidad, Doctrina Laboral ERREPAR (DLE) TOMO/ BOLETÍN:XXII, Julio 2008

13 Rodríguez Mancini, Jorge «Reflexiones sobre la autonomía del Derecho del Trabajo y otros temas conexos» Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 1 - 1ª ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, páginas 276/277.

14 Novoa Guido A. Seren «Irrenunciabilidad, dependencia y «smart contracts» Revista de Derecho Laboral, 2020 - 1 La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar, dirigida por Ackerman Mario Eduardo, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, páginas 270/271

rama, y, especialmente, del sistema de fuentes (v. gr., in dubio pro operario, la aplicación de la norma más favorable, la aplicación de la condición más beneficiosa, de irrenunciabilidad, de continuidad)¹⁵.

Existen dos fallos jurisprudenciales —Bariain c/Mercedes Benz y Reggiardo de Henry c/ Ferrocarriles—, en que se discutió acerca de la extensión que debía darse a la interpretación del artículo 12 de la LCT que consagra el principio de irrenunciabilidad. En uno votó el doctor Capón Filas, afirmando que el artículo 12 de la Ley, que en verdad sólo se refería a la irrenunciabilidad a los derechos consagrados en las leyes, en los convenios colectivos, en los laudos, debía interpretarse de manera amplia, y que esa irrenunciabilidad, indisponibilidad, debía extenderse a las condiciones del contrato, porque muchas veces a los trabajadores les hacen contratos que mejoran los derechos que surgen del convenio colectivo. Por su parte, Fernández Madrid consideró, en Reggiardo de Henry, que la trabajadora, cuando renunció a las mejores condiciones del contrato estaba en estado de necesidad. Este es una figura del Derecho Civil que vicia la voluntad de la persona. Con fundamento en el antiguo artículo 954 del Código Civil, dio una interpretación amplia al artículo 12 de la LCT. Esos dos fallos fueron desestimados por la Corte, pero generaron una de las últimas y más importantes discusiones académicas, porque muchos y prestigiosos autores se hicieron ecos de esos fallos, lo que fructificó luego, cuando siendo Recalde presidente de la Comisión de Derecho Trabajo de Diputados, recogió esa discusión y esa doctrina, y modificó el artículo 12, incorporando que son irrenunciables las cláusulas del contrato¹⁶.

Pues bien desde el punto de vista normativo, el principio de irrenunciabilidad está contemplado no sólo en el art.12 (modificado por la ley 26.574, BO del 29/12/2009), sino también en los arts. 7º, 13, 15, 58 y 260, LCT.

El derecho del trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho, lo hace por falta de capacidad de negociación o por ignorancia, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador.

La LCT procura evitar esas renunciaciones y por eso —basándose en los principios propios del derecho del trabajo y en su carácter protectorio (tutelar)— declara que lo pactado por debajo de las normas imperativas no tiene validez, es inoponible al trabajador e ineficaz jurídicamente. Es sustituido de pleno derecho por la norma que corresponda aplicar. Es decir que coloca un límite concreto a la disponibilidad de los derechos del trabajador.

Contrariamente a lo dispuesto en el art. 57, LCT con relación al empleador, el silencio del trabajador en ningún caso puede generar una presunción en su contra.

El art. 58, LCT excluye en forma absoluta la posibilidad de que por cualquier tipo de presunción (iuris et de iure, iuris tantum o, aun, hominis) se llegue a sostener la renuncia a

15 Ledesma Iturbide Diego «El Derecho del Trabajo en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Presente y perspectivas; en Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 1, «Reflexiones sobre la autonomía del Derecho del Trabajo y otros temas conexos» 1ª ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, páginas 238 a 240.

16 Entrevista a Caubet Amanda, «La Corte debería dictar una acordada, porque si los jueces no aplican el Digesto es como un fantasma gigante» 19/10/14. Disponible <https://abogados.com.ar/la-corte-deberia-dictar-una-acordada-porque-si-los-jueces-no-aplican-el-digesto-es-como-un-fantasma-gigante/15464>.

cualquier derecho. Constituye una excepción el consentimiento tácito del trabajador que surge de su comportamiento inequívoco (que no admita dudas) y que lleve a interpretar que efectivamente prestó su libre conformidad.

La interpretación de los arts. 12, 58, 145 y 240, LCT, permite concluir que la validez de toda renuncia del dependiente a cualquier derecho que le corresponda requiere que ella surja del comportamiento inequívoco del trabajador, no bastando para ello su silencio ni cualquier otra actitud o manifestación que no configure el comportamiento mencionado.

La clara directriz fijada por el art.58, LCT, impide que se valore como presunción, en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador, la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo.

Sin embargo, la Corte Suprema también ha sostenido que si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos (Fallos: 310:558) no menos lo es que tal principio cede a la exigencia de la seguridad jurídica, por una parte, en atención a circunstancias relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente como para entender que la situación ha sido consentida. (Corte Sup., 11/7/1998, «Zorzin, Víctor Rubén v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA», Fallos: 255:117).

El art. 12, LCT fue modificado por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009), que agregó al texto la expresión «contratos individuales de trabajo» en la enumeración de fuentes, produciendo así un importante cambio. El art. 12, LCT, en su redacción actual, establece que será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas y los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

El efecto de la violación es la nulidad de la cláusula violatoria de la irrenunciabilidad. Dado el carácter de la cuestión, el trabajador puede plantear la nulidad del acto de renuncia que él suscribió.

Declarada la ineficacia del acto, y de conformidad con lo dispuesto por el art.13, LCT, las cláusulas nulas son suplantadas automáticamente por las previstas en las normas legales o convencionales.

Con la reforma introducida por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009), los mayores derechos emergentes de normas no imperativas (contratos individuales de trabajo) también son irrenunciables y resulta imposible abdicar de ellos, lo que tiene su fundamento en la técnica del ordenamiento jurídico para paliar la desigualdad del poder de negociación de las partes.

La teoría de los actos propios se ve desplazada por el principio de irrenunciabilidad establecido en los arts. 7° y 12, LCT. Los «actos propios» carecen de validez en cuanto supriman derechos reconocidos en normas imperativas (sala 8ª, 24/8/2012, «Pietsch, Graciela Alicia v. Wal-Mart Argentina SRL»).

Asimismo, cabe mencionar que el principio de irrenunciabilidad de los derechos presenta distintas excepciones, en los casos de transacción, conciliación; renuncia al empleo; prescripción; caducidad; y desistimiento de la acción y del derecho¹⁷.

17 Grisolia Julio Armando, Manual de Derecho Laboral, Abeledo Perrot, 2016.

VI. Conclusiones

La libertad subyacente en los distintos principios del Derecho del Trabajo, especialmente en el principio de irrenunciabilidad; admite su limitación con fines protectorios del trabajador; que es la parte débil en la contratación.

La instauración del Estado Social de Derecho a partir de la reforma constitucional de 1994, ha generado el protagonismo de los principios y derechos fundamentales.

Así la superación del Estado Legal de Derecho impone, no solo la aplicación de normas, sino también la aplicación de los respectivos principios jurídicos, para la resolución de casos.

Este cambio radical en la teoría de la interpretación jurídica, requiere un nuevo marco de razonabilidad y de ponderación, en el contexto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no podemos pasar por alto la ocasional «relativización» del principio de irrenunciabilidad, evidenciada por ejemplo, en el caso Ocampo, Alessio Matías Yair vs. BGH S.A. s. Despido, CSJN; 10/09/2020; o bien –en contexto de pandemia covid 19– mediante la «renuncia negociada» (acuerdo marco Confederación General del Trabajo y Unión Industrial Argentina, CGT - UIA, 2020); o a través de la existencia de trabajadores aparentes monotributistas.

Es tarea de magistrados y operadores judiciales velar por la eficacia del principio de irrenunciabilidad, para mantener su verdadera operatividad como principio basado en las libertades fundamentales reconocidas en nuestra Constitución Nacional.



El quiebre del paradigma patriarcal (trabajador como hombre proveedor de su familia)

Por MARIANA OTAROLA¹

MJ-DOC-16695-AR | MJD16695

Sumario: I. Introducción. II. La Ley de Contrato de Trabajo, Nro. 20744, B.O. 27.09.74. III. La marea femenina. IV. Las políticas públicas. V. Colectivo LGT-TTBIQ+. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El nacimiento del derecho del trabajo radicó en la desigualdad existente entre las partes del contrato de trabajo. De tal modo, de la lectura de la Ley de Contrato de Trabajo claramente puede presumirse que, al normar respecto al contrato en sí, se está haciendo alusión al contrato o vínculo laboral que un hombre —persona de género masculino— mantiene con una fábrica con el objeto de prestar su fuerza de trabajo, obtener una remuneración y proveer a su familia del sustento alimentario. Pero mucho ha pasado desde el año 1974 (sanción de la LCT) hasta nuestros días, cuando no solo ha cambiado el concepto de familia sino también que se ha visibilizado —o al menos se intenta visibilizar— a todas las personas que pueden sustentar un hogar.

II. La ley de contrato de trabajo, nro 20744, B.O. 27.09.74

Cuando el artículo 4, LCT dice que «El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí», claramente surge la idea de que el concepto «hombre» debe ser revisado, porque de su sola lectura nace la inmediata asociación con una persona de género masculino. No se soslaya que la concepción del contrato como fomento de la actividad productiva y creadora, refiere a todas aquellas

¹ Abogada relatora del Juzgado de 1ra Instancia en lo Laboral de la 3ra Nominación de Rosario. Especialista en Derecho del Trabajo, UNR. Docente de posgrado UNR y UNL. Prosecretaria Académica de la AADTSS, filial Rosario. Miembro de ANJUT. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Social. Maestranda en Administración de Justicia y Litigación Oral, UCA.

personas físicas que trabajan y que este artículo en sí es uno de los mejores que nos dejó Norberto Centeno —en tanto dejó en claro que el trabajo no es mercancía—. Pero también es cierto que el contexto sociocultural de aquellos años no era el mismo que el ocurre en el presente.

Como otros ejemplos, también encontramos el art. 5, LCT, el que al hablar de «empresario», si bien se relaciona con alguien que dirige una organización también se vincula con la idea de una persona de género masculino. En este punto, si bien con dificultades aún, las mujeres también dirigen empresas, de tal modo, hay que modificar conceptos para entender que tanto hombres y mujeres pueden estar tanto de un lado como del otro formando parte del sinalagma del contrato laboral. Y en este punto también se incluyen a aquellas personas que no se sienten identificadas con ningún género.

Cada vez que un artículo de la LCT habla de «trabajador» difiere de aquellas normas que hablan de los «trabajadores» y de tal modo se concibe, en principio, una amplitud del término que abarca a todas las personas. Así por ejemplo: art. 7, art. 9, art. 13, art. 15, art. 18, art. 20, mencionan al sujeto «trabajador» el que, totalmente individualizado de tal modo, genera la sensación de que solo se estaría haciendo referencia a hombres. Lo que no ocurre con los arts. 21 y 22, los que claramente señalan que «Habrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración» y que «Habrà relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen».

En este punto el concepto amplía el grupo de personas y en ellas se incluyen todas aquellas que se obliguen a prestar tareas, ejecutar actos o prestar un servicio. Ahora bien, se debe destacar y criticar, en la lucha de la igualdad de las personas, aquellas normas que «protegen» a la mujer por ser débil, así como el otorgamiento de licencias que sólo se han pensado para, por ejemplo, la mujer gestante dejando de lado todo otro modo de planificar la llegada de un hijo.

Cabe destacar las intenciones de modificación de algunas normas de la LCT. Así el 12 de marzo de 2018 el Poder Ejecutivo de la Nación envió a diputados un Proyecto de Ley de Equidad de Género, en la que cual se intentó, modificar el Título VII por el título «Trabajo de las Mujeres» y al régimen de licencias, así como establecer obligaciones a cargo de los empleadores y asociaciones sindicales, con el fin de garantizar el respeto a la igualdad de género. Lo cierto es que dicho proyecto se archivó el 8 de junio de 2018².

No obstante cabe destacar que aquel proyecto buscaba modificar el art. 173, LCT regulador del trabajo nocturno y derogado por la ley 24013 y otorgar un nuevo contenido con el título «igualdad salarial estricta». El art. 175, LCT modificado como «igualdad de género para efectuar trabajos fuera del establecimiento a distancia o teletrabajo» y el art. 176, LCT como «igualdad de protección frente a tareas penosas, peligrosas e insalubres».

Actualmente, se encuentra presentado el proyecto nro. 1283/21³ en la Cámara de Senadores en la cual se solicita la modificación del art.176, LCT así como la ley 11317, ex-

2 <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/78.18/PE/MD>

3 <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1283.21/S/PL>

presando los legisladores que, a pesar de que estas normas «actualmente no se aplican en la práctica, esa modificación es relevante para eliminar la discriminación normativa, promover el cambio de estereotipos y contribuir a disminuir las brechas de género en el mercado laboral» iniciado el 11 de junio de 2021 en trámite legislativo aún.

A su vez, a principios del mes de mayo de 2022 el Poder Ejecutivo presentó la modificación de las licencias en la Ley de Contrato de Trabajo a fin de equiparar responsabilidades, impulsar la ampliación y creación de licencias por paternidad y maternidad en diferentes casos, como un sistema integral sin costos para las empresas y a cargo del sistema de seguridad social, incorporando incluso la gestación por sustitución⁴.

Es así que la Ley de Contrato de Trabajo se encuentre en crisis y resulta necesaria la amplitud de su normativa para lograr la igualdad de las personas trabajadoras.

III. La marea femenina

Si nos preguntáramos si el hecho de que las normas laborales argentinas no contengan consideraciones hacia las mujeres significa que las mujeres nunca trabajaron, la respuesta que se impone es negativa. Las mujeres, así como el colectivo LGTTTBQ+ prestan su fuerza laboral, física e intelectual desde siempre sólo que la invisibilización de ello se encuentra a la orden del día. Ser «ama de casa», es decir, ocuparse de la limpieza del hogar, la administración de los alimentos y la crianza de los hijos —entre otras tareas— fue siempre una tarea que, como no era compensada en dinero, no formó parte del concepto de trabajo. Es cierto, no es asalariado, pero es trabajo y ya lo creo que lo es y lo sigue siendo.

No puede negarse que fue difícil a las mujeres hacerse presentes, visibles y patentes.

Muchas corrientes de pensamiento feminista existieron. La primera que puede detectarse lo fue en el periodo de liberalismo, a fin del antiguo régimen en Europa donde nació la crítica entre la distinción que existente entre la relación de poder entre varón y mujer. Allí encontramos a Olympe de Gouges, quien fuera autora de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (1791), y Mary Wollstonecraft, autora de Vindicación de los Derechos de la Mujer (1792). Sin embargo, se considera como primera ola de feminismo la ocurrida entre los años 1848 y 1950, cuando se luchó por la ampliación de derechos políticos y el derecho a votar, así como la posibilidad de actuar en espacios políticos, teorizar, publicar ideas. En cuanto al derecho a votar, en Argentina sabido es que recién se obtuvo en 1947 y se ejerció en 1951.

Como segunda ola feminista podemos vislumbrar la ocurrida desde 1960 hasta fin del siglo XX en oportunidad de ocurrir la Segunda Guerra Mundial. En ese periodo las mujeres ocuparon las vacantes laborales mientras los varones se fueron a poner el cuerpo a la guerra. Y si bien, ante la finalización del conflicto bélico los varones que pudieron regresar ocuparon aquellos cargos dejados y ocupados por las mujeres, y se pensó que ellas iban a volver a su otrora actividad (la que ciertamente nunca se deja), la posición que se había ocupado se utilizó para empezar a pensar en ese principio de empoderamiento de

4 <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/0008-PE-2022.pdf>

las mujeres. De modo tal que empezó a pensarse y luchar por el derecho a trabajar, a ejercer de modo libre la sexualidad, tomar decisiones reproductivas y participar en asuntos públicos y alcanzar puestos de liderazgo. Así, pues, «La crítica feminista destacó que la configuración de los hogares entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX generó un tipo ideal y monolítico de familia nuclear, organizada en una modalidad de varón-trabajador y mujer-cuidadora que sostuvo el diseño de estados de bienestar. Estos modelos de estado, por ende, no problematizaron el trabajo doméstico y de cuidados no remunerado de las mujeres, que sostenía el funcionamiento de los hogares; ni brindaron solución a esta subordinación femenina a través de servicios o prestaciones (Orloff, 2009; Sainsbury, 1994; Daly & Lewis, 2000)⁵. Estos aspectos constituyeron una de las banderas que el feminismo levantaría más adelante.

La tercera ola podría decirse que ocurrió en 1991, en Estados Unidos en oportunidad que Anita Hill denunciara por acoso sexual a Clarence Thomas, candidato a la Corte Suprema de Justicia. El caso, que terminó con una peleada ratificación de Thomas por el Congreso (52 a 48), llevó a Rebecca Walker a publicar un artículo en el que afirmó no ser una feminista postfeminista, sino una representante de la tercera ola. En el marco de esta tercera ola se reconoce la mayor diversidad de movimientos internos, que incluyen la teoría queer⁶, el ecofeminismo⁷, el transfeminismo⁸, entre otros movimientos. Ya en estas tierras la tercera ola puede visibilizarse también en la década del 90, fruto de las políticas flexibilizadoras que llevaron a que muchos varones, sostén del hogar, tuvieran que quedarse en casa y la mujer salir a trabajar también fuera de la casa familiar. Con el nacimiento del siglo XXI se originaron grupos transversales de mujeres con capacidad de movilización e incidencia, que se convirtieron en actores políticos de peso en múltiples dominios de política pública, entre ellos: Ni una Menos, Me Too, entre otros. La visibilización entonces es un hecho.

No cabe obviar que, en Argentina, según las estadísticas oficiales, del total de la población activa (46,9%), el 50,3% de las mujeres entre 14 años y más forman parte del mercado laboral, lo que representa una brecha de 19.4 puntos porcentuales con respecto

5 «El Género del Trabajo. Entre la casa, el género y los derechos», Gala Díaz Langou [et al.] - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación CIPPEC, 2019. 360 p.; p. 39.

6 La Teoría «Queer» aborda la disidencia sexual, y establece que los géneros, las identidades sexuales y las orientaciones sexuales, son el resultado de una construcción social ficticia y estereotipada, por lo que no están esencialmente o biológicamente inscritos en la naturaleza humana, sino que se trata de formas socialmente variables (<https://afrofeminas.com/2020/12/26/que-es-la-teoria-queer/>).

7 El ecofeminismo es una referencia obligada para analizar propuestas que tienen que ver con la relación entre el medio ambiente y el género (scielo.org.mx/Ecofeminismo y ambientalismo feminista. Una reflexión crítica. Érika Carcaño Valencia).

8 El transfeminismo tiene como principal objetivo repolitizar y des-esencializar a los movimientos feministas g-locales, en contraofensiva al discurso gubernamental y de las ONGs que capturan y estandarizan el lenguaje de los feminismos y lo usan como estrategia de desactivación política de los movimientos feministas, reduciéndolos a una crítica ortopédica que es reapropiada por los circuitos del mercado y el estado neoliberal (scielo.cl/El transfeminismo no es un generismo. Sayak Valencia)

a la participación laboral masculina, que se ubica en 69,7% según datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) (INDEC, 4° trimestre 2021⁹).

No obstante los porcentuales, sigue siendo engorroso el acceso al trabajo y sostener una relación laboral a lo largo del tiempo lo que depende de los grupos y perfiles de mujeres en los que se centre la mirada: la juventud, los niveles de ingreso más bajos, las credenciales educativas, y la tenencia de hijas o hijos son algunas de las variables existentes. Así pues, las mujeres tienen mayor probabilidad de estar desempleadas o subocupadas y trabajar de manera informal. La brecha en el salario se explica por la cantidad de horas trabajadas, los sectores en los que se inserta y su menor participación en los puestos altos. Por tal motivo se debe analizar de modo interseccional la situación de las mujeres en el mercado de trabajo para garantizar el cumplimiento de derechos y facilitar su acceso al trabajo decente.

El techo de cristal continúa. Las posibilidades de las mujeres se limitan por tres factores: 1. el impacto que ejerce la feminización de las tareas de cuidado y el trabajo doméstico no remunerado sobre las posibilidades laborales; 2. las normas sociales y los estereotipos fundados en ellas; 3. la educación.

Las políticas de cuidado y conciliación conservan una lógica maternalista, que no fomenta la participación laboral de las mujeres, ni la corresponsabilidad social¹⁰ del cuidado. Los regímenes de licencias y las políticas de tiempo de trabajo flexible no promueven una mayor corresponsabilidad en los hogares y por ello resulta necesario la modificación de la LCT por lo que resulta de gran importancia los proyectos de ley que se presenten al efecto.

IV. Las políticas públicas

A cada problemática que enfrentan las mujeres dentro del mercado de trabajo de nuestro país debe informarse las políticas públicas. A tal fin podrían nombrarse algunas en particular:

Aquellas que alivien la pobreza de tiempo por la feminización del cuidado y el trabajo doméstico: ampliar la cobertura de centros de educación para la primera infancia, aumento de ofertas de escuelas con jornada extendida; ampliación de la cobertura de servicios y prestaciones para las personas con discapacidad y adultas mayores dependientes de otras personas; conciliación de la vida familiar y laboral que fomenten la corresponsabilidad social (licencias por tenencia o coparentalidad, trabajo flexible tanto para mujeres como para varones) y la garantía de los derechos sexuales y repro-

9 https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_4trim211A57838DEC.pdf

10 Mediante decreto 144/2022. BO 23.03.2022 se reglamentó el art. 179, LCT. Así pues, se expresa que en los establecimientos de trabajo donde presten tareas CIEN (100) personas o más, independientemente de las modalidades de contratación, se deberán ofrecer espacios de cuidado para niños y niñas de entre CUARENTA Y CINCO (45) días y TRES (3) años de edad, que estén a cargo de los trabajadores y las trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo. Dicha reglamentación se realiza aglutinando a todas las personas que trabajan, con independencia de su género tal se extrae de sus considerandos.

ductivos de la población en tanto un embarazo y maternidad no intencional afectan la autonomía de las mujeres.

Aquellas que reduzcan las brechas de género en el mercado de trabajo referentes al acceso al trabajo decente: programas de empleo y formación con perspectiva de género en el diseño y en la implementación y ofrecer espacios de cuidado a todos y todas las participantes; potenciar capacidades de gestión de los servicios públicos de empleo, mejorar la oferta de formación profesional. Así también para el ámbito del trabajo independiente, el acceso al crédito, a nuevos mercados, a tutorías y asistencia técnica; garantizar el acceso a las transferencias monetarias para familias con niñas y niñas a mujeres en edad activa en situación de desempleo.

Políticas socioeducativas que pueden contribuir a promover la igualdad de oportunidades y el desarrollo económico y social: proveer servicios que faciliten la conciliación de las responsabilidades de cuidado en la adolescencia, otorgar transferencias monetarias a estudiantes en situación de vulnerabilidad de ingresos, y transversalizar la perspectiva de género en todas las políticas socioeducativas.

Políticas para promover un cambio cultural para una sociedad más igualitaria: la plena implementación de la educación sexual integral, acciones afirmativas que tengan un efecto visibilizador y aspiracional, promoción de una comunicación con perspectiva de género.

Aquellas que profundicen los arreglos institucionales necesarios para avanzar hacia una mayor igualdad sustantiva; analizar el rol del INAM (Instituto Nacional de las Mujeres), fortalecer sus capacidades como órgano de rectoría; jerarquizar al instituto dentro de la estructura estatal, garantizar la creación y estabilidad de una estructura operativa con competencia técnica; contar con sistemas de información sectorial desagregada por género para informar a las políticas públicas y favorecer su evaluación.

V. Colectivo LGTTTBIQ+

No es menos importante decir que además de la visibilización de la tarea de las mujeres, así como la posición que fuimos ocupando en cuanto al mercado laboral fue de la mano con la lucha de la comunidad LGTTTBIQ+, es decir, lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales; por su parte la Q y el signo + refieren a los Queer y a otros colectivos que se sienten identificados con el movimiento así como en el signo se incluyen los «agénero». Este colectivo padece desde hace años una discriminación múltiple la que no sólo pasa por el momento de conseguir un trabajo o su mantenimiento en el tiempo en relación de dependencia sino también de la sociedad toda por el solo hecho de no encuadrar en el marco de un determinado género o sentir distinto.

Nuestro país ha dictado normas que han logrado un efectivo avance respecto a la igualdad: Ley 26.743 de Identidad de Género; ley 26618 sobre Matrimonio igualitario; decreto 476/2021 sobre DNI no binario. No obstante las mismas aún no han tenido reparo en la Ley de Contrato de Trabajo por lo que, los proyectos de ley presentados (a los que ya me refiriera en el punto 2.) tienden a amalgamar las nuevas normas con lo ya existente.

Nuevo concepto de familia

El 15 de mayo es el día internacional de las familias, conmemoración instaurada por la Organización de las Naciones Unidas que tiene como objeto crear conciencia sobre el papel que tienen las familias en la educación de los hijos e hijas tanto desde la primera infancia como en las oportunidades de aprendizaje permanente que existen para los niños y las niñas y los jóvenes.

Pero ese concepto de familia se ha ido modificando hasta nuestros días sin soslayar que primeramente es la unidad básica de una sociedad. Para la biología «la Familia implica la vida en común de dos individuos de la especie humana, de sexo distinto, unidos con el fin de reproducir, y por ende de conservar la especie a través del tiempo»; para la psicología, familia es «la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se supone duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, en el cual existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia»; para la sociología «se constituye por una comunidad interhumana configurada al menos por tres miembros, «es un conjunto de personas que se encuentran unidos por lazos parentales. Estos lazos pueden ser de dos tipos: vínculos por afinidad, el matrimonio y de consanguinidad como ser la filiación entre padres e hijos»; para la economía «es una institución que basa su existencia en la previsión de costos, gastos monetarios y de ingresos, que llevan a sus miembros, por ejemplo, a considerar a cada hijo como bienes de consumo o como generadores en presente de gastos de inversión que se proyectan como inversión a futuro, considerando correlativamente los ingresos que se han de percibir y la asistencia en la enfermedad y vejez»; para la ley, «la familia tiene una connotación que se encuentra supeditada a la normatividad misma y por el momento histórico en que se revise; el concepto de familia es dinámico y está en constante evolución. La definición legal de este término va a depender de la legislación de cada estado o país, y generalmente se encuentra ubicada en la constitución»¹¹.

Pero entonces que es familia sino la suma de todas estas definiciones dadas por cada una de las materias que la estudian: unión de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socioeconómica, que aún sin convivir físicamente, comparten necesidades psicoemocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal.

De modo tal que esa familia conformada por el simple hecho de elección de sus miembros que, a los fines de su subsistencia, educación, proyectos y deseos, prestan tareas o servicios a cambio de una suma de dinero para posibilitarlos. Así el derecho, sin preferencias de géneros, debe amparar a las personas.

Para mayores precisiones «Hogares pueden ser: Unipersonales (una sola persona) o multipersonales (dos o más personas). Entre estos últimos, los tipos de familia que se suelen clasificar son: Familias nucleares biparentales o «completas» (una pareja o pareja con hijos solteros), o monoparentales (cuando está conformada por madre o padre con hijos solteros); familias ampliadas (o extendidas o compuestas, según la fuente) que incluyen además de la familia nuclear completa o monoparental a otros miembros parientes o no parientes. Están los hogares no familiares u hogares sin núcleo conyugal (sin pareja con-

11 <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf> - Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización EDUARDO OLIVA GÓMEZ - VERA JUDITH VILLA GUARDIOLA

yugal ni relación padre madre/ hijo-hija) conformado por el jefe/a más otros miembros parientes o no parientes. Las familias complejas, reconstituídas, recompuestas o nuevas familias (que resultan de divorcio o separación y constitución de nuevos vínculos) se han distinguido también entre las familias ampliadas las «familias secundarias», que son aquellas que se agregan/allegan a un hogar en que ya existe otro núcleo familiar (hijos/as con su propia descendencia que retornan al hogar paterno-materno, u otros parientes o no parientes que se «allegan», por haber perdido su propia vivienda, empleo, etc., en el marco de la crisis)¹².

Sabido es que el derecho es también reflejo de lo que ocurre en una sociedad por lo que, si bien el derecho debe cambiar es también la sociedad la que debe quitarse los prejuicios y respetar las elecciones que las personas decidan incluso si la elección es la soledad.

El lenguaje inclusivo y las normas

El lenguaje es importante. Las normas se conforman por palabras. Así como la inclusión es importante. Por ello, sin discutir si todos, todas y todes es correcto si de lenguaje inclusivo se trata, lo cierto es que todas las personas deben sentirse comprendidas en las normas con el solo hecho de leerlas. Es que la elección de las palabras obtiene un rol esencial, porque todo aquello que no se nombra o se nombra de manera poco inclusiva, queda fuera de las enunciaciones y se vuelve invisible. En este punto vuelvo al primer punto respecto a los conceptos a modificar en la Ley de Contrato de Trabajo entre otras normas laborales.

«Los principales retos del español para una comunicación inclusiva en cuanto al género son la confusión entre género gramatical, género sociocultural y sexo biológico, el nivel de conocimiento de los recursos que ofrece la propia lengua para hacer un uso inclusivo dentro de la norma y las asociaciones peyorativas que han heredado del sexismo social algunos equivalentes femeninos»¹³. Es así que Naciones Unidas propone estrategias para hablar o escribir de modo inclusivo en cuanto al género de las personas como: evitar expresiones discriminatorias, visibilizar el género cuando lo exija la situación comunicativa, no visibilizar el género cuando no lo exija la situación comunicativa.

Pero además de que las normas deben ser modificadas para ser más inclusivas las leyes también deben modificarse para no legislar sobre cuestiones que discriminen por género. Me refiero aquí a aquellas tareas que las mujeres no pueden hacer porque la legislación no lo permite (tareas penosas por ejemplo) o así como a las licencias otorgadas por maternidad, la que contempla solo a la mujer gestante obviando la realidad de las conformaciones familiares así como el modo de procrear.

12 EL SOSTEN DE LOS HOGARES, Trabajo, participación social y relaciones de género. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires. Ateneo 2003. Organizado por la Dirección General de la Mujer. Coordinado por Marta Coelho y Ana Lía Glas. P.13

13 <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml>

VI. Conclusiones

Históricamente, son los varones quienes han predominado en el mercado de trabajo, mientras que las mujeres realizan, en mayor medida, el trabajo no remunerado al interior de los hogares. Pero no obstante ello y las estadísticas que demuestran brechas de género no es menos cierto que el paradigma patriarcal se ha quebrado dando lugar a una sociedad que al menos se puso a pensar en los otros, en el distinto, en una sociedad que necesita de mayores derechos y libertades para las personas físicas del cual el derecho laboral no puede quedar ajeno. El trabajo es dignidad y la oportunidad de trabajar la deben tener todas las personas por igual «sin otro requisito que su idoneidad», sin importar su género, ni su afinidad, ni su vestimenta, ni su elección sexual. El derecho tiene que respetar además la elección de la familia, así como las responsabilidades compartidas con la modificación de las licencias parentales y la posibilidad en el marco de los establecimientos de colaborar con esas responsabilidades parentales.

Las luchas de los colectivos desoídos e invisibilizados fueron incansables y lo siguen siendo. Asimismo, la pandemia por COVID nos encerró y puso a la orden del día la multiplicidad de tareas de las mujeres, que se vieron como trabajadoras, como madres, como esposas e hijas. Los nuevos trabajos y modos de llevar a cabo las tareas hicieron temblar la rutina y al llevarlos al centro del hogar se conjugaron en cuatro paredes las realidades de las familias.

Ahora bien, nos encontramos en un momento en el cual, junto a la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, han cambiado las reglas y la figura del hombre proveedor y la mujer como «doméstica», toda vez que las tareas de dentro del hogar así como su sostenimiento de aquel recae en cabeza de los progenitores, estableciendo el nuevo Código que las uniones tienen como base “un proyecto de vida en común”, frase clave para comprender a la nueva sociedad y la nueva familia. El Código, entonces, transmite la igualdad de derechos, obligaciones y la del respeto como base una sociedad sana. Y siendo que para sostener el hogar es necesario el trabajo como mayor herramienta, el derecho del trabajo debe encontrarse con las nuevas leyes y las nuevas realidades para no quedar desfasado de la normativa internacional¹⁴.

Las desigualdades instaladas en la sociedad se rebaten mediante la educación y el proceso de cambio a través de las políticas públicas, así como estructurado, en lo que aquí interesa, en un marco normativo laboral acorde. Solo de tal manera las trabajadoras y trabajadores podrán ser considerados y consideradas como sujetos de preferente tutela constitucional y convencional además de proveedores de su proyecto de vida.

14 CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER», «PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES», el Convenio (14) «CONVENIO SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS: TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES», adoptado por la Conferencia General de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) y aprobado por la Ley N° 23.451, «CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO», el «PACTO FEDERAL DEL TRABAJO», ratificado por el ANEXO «A» de la Ley N° 25.212, entre otros.



Las cadenas invisibles de la tecnología

POR JUAN I. CAMINOS¹

MJ-DOC-16665-AR | MJD16665

Sumario: I. Trabajo y libertad. II. La incidencia tecnológica. III. La función del derecho a la desconexión digital. IV. La desconexión, más allá del derecho.

I. Trabajo y libertad

Es una verdad de Perogrullo que el derecho de las personas trabajadoras a una jornada limitada es una de las bases del Derecho del Trabajo. En vano resultaría realizar un análisis de los instrumentos internacionales, del derecho comparado y de nuestro ordenamiento jurídico nacional en lo que a ello respecta, puesto a que ha sido objeto de análisis en infinidad de oportunidades². Es por esto que, el abordaje de esta reflexión, en congruencia con el eje temático de la revista (que muy audazmente Valeria Soczyuck y Sebastián Coppoletta propusieron) será dedicado a la libertad de la persona que trabaja y a su sometimiento mediante lo que se apodarán como «las cadenas invisibles de la tecnología».

Con mucho acierto, se ha sostenido que en el contrato de trabajo conviven dos subespecies: el «contrato-libertad» y el «contrato-sometimiento», debido a que cuando una persona trabajadora voluntariamente (en uso de su «libertad») decide contratar con la parte empleadora, simultáneamente termina sometándose a una relación de poder desproporcionada y desigual con esta última³. En este sentido, la idea de que una persona decida someterse libremente, se configura, en principio, como un oxímoron. Se ha dicho también que el trabajo (en sí mismo) es un medio para la realización y el desarrollo de las personas.

1 Abogado (UNC). Adscripto a las cátedras de DTSS, DHL y DIT (UNC).

2 Al respecto, pueden consultarse: POZZO, Juan. Manual teórico práctico de derecho del trabajo. Tomo I. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar. 1967; SUREDA GRAELLS, Víctor. La jornada de trabajo. En Tratado de derecho del trabajo. Tomo II. 2ª edición actualizada y ampliada/ dirigido por Mario L. Deveali. Buenos Aires: La Ley. 1972; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, Luis. Tratado de política laboral y social. Tomo II. 3ª edición. Buenos Aires: Healista S.R.L. 1982; entre otros.

3 In re, GOLDÍN, Adrián. Configuración teórica del Derecho del Trabajo. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Heliasta. 2017.

Sin embargo, se sabe que la historia social indica que, más allá de los sentimientos de valor que pudieran (y debieran) de desarrollarse⁴, las personas trabajan, en principio, para intentar garantizar su propia subsistencia, como así también a la de su grupo familiar.

Así las cosas, podemos decir que: 1) Lo que entendemos como «libertad», en realidad, no es más que una posibilidad, y no en grado absoluto, de decidir celebrar un contrato de trabajo. Por lo tanto, si una persona necesita contratar, entonces no tiene una verdadera «libertad» de decidir si hacerlo o no, y mucho menos, poder negociar con autonomía sus términos y condiciones; 2) A lo que la persona trabajadora se «somete» es a la imposibilidad de disponer de (justamente) su libertad, para lo cual debe «ceder» parte de su vida a la parte empleadora a cambio de un salario.

Bajo estos términos, al Derecho del Trabajo le ha correspondido aceptar a estas cesiones de libertad, pero a su vez, limitarlas a través de un régimen de cuantificación horaria. No obstante, este «cercenamiento de libertad» en la cantidad de tiempo de trabajo es posible de consolidarse en una relación de trabajo aislada, ya que no puede limitarse a la persona en sí misma respecto de cuantas horas puede trabajar durante su día. Ya que, si hablamos de «libertad», puede esta «decidir» (o, mejor dicho, necesitar) someterse durante un tiempo mayor al de la jornada máxima permitida, en contratos de trabajo distintos. Y en estos casos, a lo único a lo que podrá aspirar el Derecho como sistema heterónimo de normas, es que esos períodos de tiempo de vida que la persona trabajadora ha decidido no cederle a la parte empleadora, sean respetados.

II. La incidencia tecnológica

La necesidad de regulación del tiempo de trabajo estiba entonces en limitar la cantidad de libertad (en términos cuantitativos) que una persona trabajadora puede cederle a un mismo empleador a cambio de salario. En este sentido, históricamente el Derecho del Trabajo se ha concentrado en computar las horas que el obrero⁵ pasaba en la fábrica, a partir desde su ingreso, hasta su egreso de la misma. Es que, en aquél entonces, ante el escaso desarrollo de las que hoy conocemos como las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), era muy poco probable que se contacte a la persona trabajadora fuera del ámbito territorial de la empresa por cuestiones relativas a su contrato de trabajo.

Empero, aquella realidad se ha reconfigurado: sucede que desde hace unos años atrás las posibilidades de contacto fuera del establecimiento de trabajo se han incrementado exponencialmente a partir del avance de las TICs, y poco a poco la soberanía sobre el tiempo de libertad no cedido se ha comenzado a esfumar debido a que la gran mayoría de

4 In re, ARESE, Cesar. Trabajo y felicidad. En diario «La voz del interior». 29/04/2022.

5 Aclaro que no es una omisión el uso del término en masculino, puesto que, la división sexual del trabajo de la época de las primeras regulaciones en materia de jornada de trabajo, implicaban que el hombre prestara sus tareas fuera del hogar, mientras que la mujer, por su parte, debía hacerlas dentro del mismo, con la tamaña diferencia, de que las labores de esta última, no tan solo no eran remunerados, sino que tampoco eran considerados como tales.

las personas que trabajan cuentan en la actualidad con un dispositivo móvil⁶ que, usualmente, tienden a acompañarlas durante todo el transcurso de su diaria⁷, que les permite «estar conectadas» en tiempo real de todo lo que puede suceder en el «espacio tecnológico». Empero, lo que en algún momento se consolidó como la «ventaja» de la posibilidad de conectarse en cualquier momento y lugar.

Pero ese concepto actualmente ha entrado en crisis: los mismos «móviles» que prometían «libertad» en las comunicaciones, fueron invisiblemente transformándose en cadenas que terminan atando a las personas con la tecnología. Ello permite (además de cuestiones relacionadas al capitalismo de consumo que impera en el siglo actual) que la persona sea acompañada por su trabajo, aun saliendo de las fronteras territoriales de la empresa. Por lo que en los tiempos que corren, la problemática social se plantea en que (parafraseando la popular metáfora de Romagnoli)⁸ la mayoría de las personas trabajadoras, al salir de las fábricas, se ponen la gorra que habían dejado en la reja de ingreso, pero además se llevan consigo las «cadenas invisibles» (en formato Smartphone) que las pueden atar a su trabajo. Por lo que, así como se ha rechazado enfáticamente la idea de que los derechos humanos no deban de ser respetados dentro del ámbito físico (y/o temporal) de poder la empresa, lo mismo debe de plantearse en este contexto ante el avance tecnológico durante los espacios de libertad no cedidos por la persona trabajadora⁹.

III. La función del derecho a la desconexión digital

En razón de esta problemática se ha iniciado una tendencia normativa a nivel mundial en aras de regular las referidas invasiones tecnológicas en los ámbitos de libertad y de privacidad de las personas que trabajan. Con acierto, ROSENBAUM CARLI¹⁰ sostiene que, atento a haber sido la jornada de trabajo consagrada mediante los institutos clásicos del Derecho del Trabajo, no resulta necesario que se disponga la creación de una figura autónoma como la del derecho a la desconexión. Sin embargo, como lo destaca FRANCONI¹¹, más allá de la imperiosa necesidad de reivindicar las normas ya existentes en lo que a esta materia respecta, el establecimiento de una norma específica orientada a limitar el

6 Según los últimos datos arrojados por el INDEC, en nuestro país 88 de cada 100 personas cuentan con un dispositivo móvil, siendo la tecnología de mayor utilización. En INDEC. Informes Técnicos. Vol. 5, n° 89. Cuarto trimestre de 2020,

7 Incluso, puede darse de que estas reflexiones estén siendo leídas justamente desde un teléfono móvil

8 Citada en ROSENBAUM CARLI, Federico. Libertad de expresión del pensamiento en la relación de trabajo. a propósito de la prohibición de la BBC de que sus periodistas opinen en redes sociales. Blog del autor. Septiembre 2020.

9 In re, ARESE, Cesar. Derechos humanos laborales. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. 2014.

10 Cfr. ROSENBAUM CARLI, Federico. El derecho a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. 2019. Citado por FRANCONI, Andrea Isabel en Teletrabajo: Régimen legal del contrato de teletrabajo comentado Ley N° 27555 y normas reglamentarias / Mauricio César Arese [et. al.]. Córdoba : Galeón. 2021.

11 Cfr. FRANCONI, Andrea Isabel. En Ob. Cit.

avance tecnológico puede actuar a modo de técnica con el fin de reforzar las «barreras de acceso» a los espacios de libertad no cedidos por las personas trabajadoras. Y de este modo, se pretende a través de este «nuevo derecho» evitar que se continúen cometiendo violaciones a los derechos y garantías ya consagrados en materia de jornada, identificando el supuesto crítico y conceptualizándolo como tal, a los fines de hacer visible su tratamiento jurídico.

Nuestro país, a diferencia de ciertas regulaciones del derecho comparado, ha receptado expresamente este derecho únicamente para la modalidad de teletrabajo. Es que, ante la experiencia vivida durante los primeros meses del trabajo remoto de escape tras las medidas de aislamiento a causa de la pandemia, se levantaron numerosas críticas atento a la prolongación de los horarios de trabajo y un aumento de la carga laboral ante los requerimientos digitales¹², motivo por el cual se decidió avanzar en la regulación del derecho a la desconexión en el marco de la ley 27.555.

Esta regulación ha sido motivo de crítica por los sectores sindicales, ya que el derecho a la desconexión digital tendría que haber sido incluido en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo, como se hizo con la definición del teletrabajo. Es que, aun cuando quienes realicen tareas en remoto pueden encontrarse más expuestos a estas invasiones dentro de los espacios de libertades no cedidos, ello no quita el hecho de que las personas trabajen empleando otra modalidad puedan ser requeridas laboralmente en cualquier momento y en cualquier lugar fuera del ámbito de tiempo y espacio al cual se circunscribe su trabajo a través de una sencilla notificación telefónica¹³.

Como lo comenta SANGUINETI RAYMOND¹⁴, las TICs habilitan la posibilidad de una indeseable forma de extensión extemporánea e irregular de las jornadas de trabajo conve-nidas, ya que sujeta a las personas a un potencial goteo constante, a modo de lluvia fina, de una serie de micro requerimientos provenientes de su relación de trabajo que llevan a estas a realizar micro prestaciones no sujetas a límite (temporal o territorial) alguno, sin recibir contraprestación por ello. Esta acometida tecnológica es brutal, no solo porque priva a las personas de su soberanía del tiempo, sino que, además, impacta violentamente en los estados de salud, en las relaciones sociales, e incluso, en los comportamientos sociales. Algunas pocas personas, como si fueran «actos de rebeldía», deciden no brindar su número personal a los fines laborales, apagar sus móviles fuera de los espacios de trabajo, o simplemente descartan de cuajo la idea de contar con un teléfono, a sabiendas de que cualquiera de estas alternativas puede implicarle perniciosas consecuencias en su vida laboral debido a que cercenan el hosco avance patronal sobre sus espacios de libertad no cedidos. Sin embargo, esas personas integran una muy reducida minoría. Por el contrario, cada vez son más quienes, por miedo, por necesidad o por inconciencia, viven

12 In re, OIT. El teletrabajo durante la pandemia CODIVD 19 Y después de ella. Guía práctica. 2021.

13 Comprendiendo esta no tan solo las llamadas, mensajes o correos electrónicos, sino también las notificaciones de aplicaciones que pudieran estar vinculadas al trabajo (v.gr. softwares empresariales, plataformas de comercio electrónico, entre otras).

14 Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. ¿Derecho a la desconexión digital o deber de reconexión digital? En Trabajo y Derecho 78/2021. Recuperado de: <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2021/06/w-sanguineti-derecho-a-la-desconexion-y-deber-de-reconexion-digital-td-78.pdf>

pendientes de las notificaciones en sus dispositivos electrónicos. Tal es la implicancia, que incluso, se han adoptado el comportamiento de «refrescar» con frecuencia sus aplicaciones de contacto para chequear si no existe algún «mensaje sin leer». Hasta incluso, con el fin de «vivir disponible» ciertas personas han adquirido sofisticados relojes que lo acompañan (o, mejor dicho, encadenan) hasta en los espacios de mayor privacidad de su vida y les avisan cuando alguien quiere contactarlos, sin importar la hora ni el lugar. Pareciera ser que nos estamos redimiendo ante una perversa cultura digital que obliga no solo a estar conectado para ser contactado en cualquier momento y lugar, sino que, además, es necesario estar disponible para responder a dichos requerimientos. De lo contrario, las consecuencias podrían ser brutales¹⁵.

IV. La desconexión, más allá del derecho

Como se dijo, al momento de dictarse las primeras normas en materia de jornada de trabajo, quienes diseñaron las mismas no concibieron la posibilidad de que las personas trabajadoras pudieran ser requeridas laboralmente más allá de las fronteras territoriales de la empresa. Por lo que, el derecho a la desconexión viene a funcionar como una especie de escudo protector de la libertad no cedida en las relaciones de trabajo, en aras de garantizar un derecho fundamental e imprescindible para garantizar la felicidad laboral¹⁶.

Empero, más allá de la regulación de nuevos derechos que tiendan a tornar operativas a las instituciones vinculadas al tiempo de trabajo, el problema que presentan las TICs, debemos reparar, de cierto modo también escapa del ámbito de las relaciones de trabajo, para ingresar al espinoso campo de la cultura social. En definitiva, está ínsita en la sociedad la posibilidad de quebrantar a las cadenas invisibles que nos hemos (¿voluntariamente?) colocado, todo dependerá si decidimos ponerle un alto a la invasión digital de las cuales somos víctimas, o si, por el contrario, lo aceptamos, toleramos y banalizamos¹⁷.

15 Al respecto, recomiendo la lectura de CRARY, Jonathan. 24/7, capitalismo tardío y el fin del sueño. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós. 2015.

16 In re, ARESE, César. Ibidem.

17 Al respecto, recomiendo la lectura de DEJOURS, Christophe. La banalización de la injusticia social. Buenos Aires: Topia Editorial. 2013.



La armonización de los tiempos de trabajo y el proyecto de vida

POR SEBASTIÁN SERRANO ALOU¹

MJ-DOC-16696-AR | MJD16696

Sumario: *I. Introducción. II. La relación entre jornada de trabajo, salario y bienestar de las personas que trabajan. III. El art. 92 ter de la RCT. IV. Presente y futuro de las personas que trabajan.*

«Trabajar menos, trabajar todos, producir lo necesario, redistribuir todo».

I. Introducción

Los Derechos de las personas que trabajan no siempre fueron reconocidos, a pesar de ser Derechos Humanos Fundamentales. Desde el inicio del capitalismo en Europa hace más de 2 siglos, las relaciones de trabajo se han dado en un ámbito de disputa entre trabajadores y empleadores, donde los últimos avanzan sobre las libertades de los primeros, aunque la cuestión es bastante más compleja.

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. N° 252/2021). Miembro de la Asociación de Abogadas y Abogados Laboralistas de Rosario desde el año 2009, encargado durante los años 2010 y 2011 de la sección jurisprudencia y comentarios de la revista de la Asociación: "La Causa Laboral", elegido Presidente para los años 2022/2023. Integrante de la fundamentación de la "Carta Sociolaboral 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.

Quienes poseen poco más que su fuerza de trabajo, y a veces solo eso, un producto directo, inseparable e indivisible de su persona, vienen sufriendo los abusos de quienes acumulan capital desde hace siglos. Quienes desempeñan el papel de empleadores acrecientan su riqueza de distintas formas, una de las cuales es apropiarse de parte de la que produce el trabajo ajeno. En esa relación se da una disputa permanente entre personas que trabajan y quieren ver respetada su dignidad, lo que implica el reconocimiento de derechos humanos fundamentales, y las personas con poder económico, que buscan incrementar ganancias y seguir acumulando riquezas, eliminando todo lo que se interponga en sus planes, derechos humanos incluidos.

Es en este contexto que surge la identidad de un sujeto histórico fundamental, el pueblo trabajador, la clase obrera, el colectivo de quienes viven de su trabajo. Al reconocerse e identificarse con otras y otros que forman el grueso de las sociedades salariales capitalistas, las personas que trabajan empiezan a luchar colectivamente para que se reconozcan sus derechos. Del otro lado, el poder económico también se conforma como sujeto histórico y opera organizadamente, contando con gran cantidad de medios y recursos materiales que busca acrecentar. Se trata de una de las disputas centrales de los últimos 200 años, aún no concluida, que ha atravesado distintas etapas con avances y retrocesos.

Durante el siglo XIX no existían derechos para las personas que trabajaban. Entre otros abusos, la regla eran las jornadas de trabajo sin límite, extendiéndose el horario de trabajo más de 8 horas como regla general, llegando a niveles impensados: 12 horas, 16 horas y más. No quiere decir que actualmente esas jornadas no existan.

Una de las primeras disputas del pueblo trabajador, en resguardo de su vida, salud y dignidad, además de por su libertad, fue por “el derecho a una jornada limitada de labor”, planteando la necesidad de un reparto del día en 3 partes iguales: 8 horas de trabajo, 8 horas de ocio o disfrute, 8 horas de descanso. Hasta que se reconoció este derecho, muchas personas pagaron con su vida y/o con su salud, y no fue reconocido por el poder económico sino gracias a la lucha del pueblo trabajador, especialmente mediante huelgas y otras acciones, las que fueron muchas veces ferozmente reprimidas.

Una de las represiones más violentas del pueblo trabajador que reclamaba por sus derechos ocurrió a fines del siglo XIX en Chicago, Estados Unidos. A partir de una huelga realizada un 1ro de mayo para pedir por la jornada limitada, se desató una feroz represión que arrojó como resultado casi medio centenar de trabajadores muertos y alrededor de 200 gravemente heridos, además de un proceso judicial amañado que terminó condenando a 8 trabajadores activos y militantes, 5 de ellos a la pena de muerte. La relevancia de lo sucedido marcó la fecha, en la que cada año se conmemora el “día internacional de los trabajadores”, que quizás sería más correcto llamar “el día internacional de las personas que trabajan”.

Fue recién en el siglo XX que los derechos de las personas que trabajan empezaron a tener un reconocimiento escrito, incluso como Derechos Humanos Fundamentales. El hecho que marcó un antes y un después fue la primera guerra mundial, una guerra que tuvo sus causas centrales en las disputas del poder económico, pero en la que lucharon, sufrieron y murieron sobre todo integrantes del pueblo trabajador. Las graves consecuencias que tuvo la guerra sobre la clase trabajadora y sus condiciones de vida llevaron a replantear cómo se podría recomponer el sistema internacional para intentar tener una

paz duradera a futuro. Una de las conclusiones básicas fue la necesidad de reconocer los derechos de la clase trabajadora. En este contexto se creó la Organización Internacional del Trabajo, que empezó a reconocer derechos a las personas que trabajan, y se inició un movimiento denominado constitucionalismo social, que los incorporó en las Constituciones Nacionales de distintos países.

Los fundadores de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) encomendaron a la misma elaborar las normas internacionales del trabajo y unas políticas concebidas para lograr condiciones de trabajo humanas. El principio esencial que rige esas normas es que el trabajo no es una mercancía y que los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades². El preámbulo de la Constitución de la OIT en sus consideraciones denunciaba que existían condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituía una amenaza para la paz y armonía universales, por lo que planteaba que era urgente mejorar dichas condiciones.

Hace poco se cumplieron 100 años de la creación de la OIT y en todo ese tiempo no hemos logrado realizar sus objetivos fundacionales. El mundo de las relaciones del trabajo ha ido mutando en algunas de sus características, aunque continua como una constante la necesidad de corregir las múltiples injusticias que sufren las personas que trabajan en condiciones de explotación y desigualdad. En la actualidad, nuevamente estamos frente a una alteración tan profunda del mundo del trabajo que se requiere de una respuesta colectiva y mundial, buscando la forma de asegurar la paz y la estabilidad por medio de la justicia social. Frente a esto, el organismo internacional decidió crear y encomendar a una “Comisión mundial sobre el futuro del trabajo” un informe, el que con el título “Trabajar para un futuro más prometedor”³ puso a consideración de sus integrantes, a los fines de elaborar un documento definitivo.

En el documento de la OIT referido, la misma propuso **“un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo que fortalezca el contrato social, situando a las personas y el trabajo que realizan en el centro de las políticas económicas y sociales y de la práctica empresarial”**⁴, de lo que se trata es de **“Reorientar la economía hacia un crecimiento basado en las personas y hacia el desarrollo”**⁵. El **“objetivo no es conseguir que las personas se adapten a este nuevo panorama, sino (...) orientar las**

2 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 23

3 Puede descargarse y consultar el documento, en su totalidad o por medio de distintos resúmenes y presentaciones interactivas, en: <https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/brighter-future/lang-es/index.htm>

4 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, págs 11, 25 y 28. La frase “programa centrado en las personas para el futuro del trabajo” se encuentra resaltado en negritas en el texto original de la OIT.

5 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 25

*transformaciones en curso hacia un futuro del trabajo que confiera dignidad, seguridad e igualdad de oportunidades, y que amplíe las libertades humanas.*⁶.

Entre las mejoras que enumeraba el preámbulo de la OIT en el año 1919 se encontraban la reglamentación de las horas de trabajo, incluyendo la duración máxima de la jornada de trabajo diaria y semanal, como también el suministro de un salario vital adecuado. El informe presentado 100 años después vuelve nuevamente sobre estas cuestiones, planteando la necesidad de una Garantía Laboral Universal, que entre otras cuestiones tienda a la soberanía sobre el tiempo de trabajo para las personas que trabajan, con limitación de las horas de trabajo y un salario vital adecuado. Por lo tanto, sigue siendo fundamental la regulación del tiempo de trabajo para alcanzar mayores niveles de Justicia Social y libertad.

II. La relación entre jornada de trabajo, salario y bienestar de las personas que trabajan

Como surge de la Constitución de la OIT, de su preámbulo para ser más precisos, la jornada de trabajo y el salario son dos características de las relaciones de trabajo de vital importancia. Tanto es así que el primer convenio de la OIT, el N° 1, es sobre jornada de trabajo, buscando limitar las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Los instrumentos de la OIT, convenios y recomendaciones, sobre jornada y salario son numerosos, tratando en no pocas oportunidades ambos temas en forma conjunta.

En el caso de la jornada de trabajo, la OIT ha sancionado numerosos instrumentos, primero buscando limitar la jornada a 8 horas diarias y 48 horas semanales en las distintas actividades económicas (convenios 1 y 30), luego buscando reducir aún más las horas semanales de trabajo hasta llegar al menos a 40 horas (convenio 47), como un beneficio para las personas empleadas pero también como una forma de crear puestos de trabajo para las desempleadas, buscando luego que la reducción de la jornada de trabajo no vaya de la mano de la reducción del salario (recomendación 116). El trabajo a tiempo parcial (convenio 175) también fue abordado, considerando especialmente ese tipo de contratos como facilitadores de acceso al empleo, herramientas de combate del desempleo, pero sin dejar de destacar que no deben ser utilizados para recortar derechos básicos, debiendo mantener los trabajadores empleados de esta forma el derecho a un salario que proporcionalmente se equipare con el salario básico. Los descansos semanales, las vacaciones y la jornada de trabajo nocturno también son situaciones contempladas (convenios 14, 106, 132 y 171).

En el documento por sus 100 años, la OIT plantea la necesidad de *“Ampliar la soberanía sobre el tiempo. Los trabajadores necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa. (...) Será preciso perseverar en los esfuerzos encaminados a aplicar límites máximos al tiempo de trabajo además de medidas para mejorar la productividad, así como un mínimo de horas*

6 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 28

*de trabajo garantizadas que genere opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo.*⁷.

La OIT destaca que limitar y reducir el número máximo de horas de trabajo ha sido importante en el pasado, continúa siendo importante y ha redundado en aumentos de la productividad; pero a ello ahora se suma el caso opuesto, el de personas que no tienen suficiente trabajo, sin un número garantizado de horas semanales de trabajo remunerado. Todo esto se da en un contexto con poco o ningún derecho de las personas a escoger cuándo trabajan, siendo un caso paradigmático de esto el trabajo en las llamadas “casas de comidas rápidas”.

Frente a la situación actual, el documento de la OIT indica que la capacidad de las personas que trabajan de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar. También plantea que urge garantizar la dignidad de las personas que trabajan “por llamada”, de manera que realmente tengan opciones de flexibilidad y control sobre sus horarios, recomendando que se adopten medidas de reglamentación apropiadas que establezcan un número mínimo de horas garantizadas y previsibles, así como otras medidas para compensar el horario variable con una prima por un trabajo que no está garantizado y una remuneración por tiempo de espera para compensar los periodos en los que los trabajadores por hora están “de guardia”⁸. También hace hincapié en que es necesario revitalizar las políticas salariales mediante una aplicación adecuada de los salarios mínimos legales y de los salarios negociados colectivamente⁹.

Es evidente en todo momento no solo la importancia de la jornada de trabajo, sino también la íntima relación que existe entre esta y el salario, como también con la salud y el bienestar de las personas que trabajan y sus familias. En el caso de la jornada de trabajo es necesario tanto poner límites máximos como asegurar mínimos, permitiendo a las personas que trabajan decidir y tener un cierto control sobre estos aspectos, sin descuidar en todos los casos que los salarios sean dignos, buscando con todo lo anterior un cuidado adecuado de su salud y la prosecución de su bienestar, así como el de sus familias. En síntesis, no puede desconectarse el tema de la jornada de la cuestión salarial, ni del cuidado de la salud, así como la obtención de los recursos para su bienestar y el de sus familias.

De lo que se trata en definitiva es del “proyecto de vida”¹⁰ de las personas que trabajan. Este concepto se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para

7 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, págs 13, 41 y 42

8 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, págs 41 y 42

9 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 44

10 El proyecto de vida ha sido abordado por la Corte en distintos precedentes: CSJN, 08/04/08, “Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía”

encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad.

Se trata de lograr que el tiempo de trabajo deje de ser el tiempo social dominante, pensando la sociedad en función de las aspiraciones que nacen de la mayor autonomía de las personas, en lugar de pensarla en función de la necesidad que tiene el capital de someter y controlar esa autonomía. Con esto también se estaría generando un reparto más justo de todo el trabajo socialmente necesario y toda la riqueza socialmente producida, debiendo dejarse de lado la idea capitalista de relación del salario con el tiempo de trabajo, revalorizando la necesidad de que cada vez más personas cuenten con un ingreso suficiente y tengan que dedicar menor cantidad de tiempo a un trabajo dependiente¹¹.

III. El art 92 ter de la RCT

El art 92 ter de la Regla de Contrato de Trabajo (RCT)¹² implica un progreso en dirección a realizar los objetivos reseñados anteriormente. Es principalmente en base a esos objetivos que debe girar la interpretación del art 92 ter RCT y, en especial, de la reforma que se le imprimiera por la ley 26.474, en cuanto define el contrato de trabajo a tiempo parcial y, lo que es más importante, determina cuando puede recortarse un porcentaje del salario de la persona que trabaja.

Esta reforma debe ser entendida a la luz del “principio protectorio”, buscando un mejoramiento progresivo de la calidad de vida de las personas que trabajan y sus familias, todo en vistas a una situación de “justicia social” que destierra las consideraciones de tipo economicista. En otras palabras, debe entenderse como un mejoramiento en la situación de la persona que trabaja; cuando su prestación en duración horaria es inferior a la habitual en un porcentaje que no supera el determinado por la norma, 2/3 partes, no puede ver disminuido su salario. Es una forma de preservar un mejor nivel de vida para ella y su familia, ampliando su tiempo libre, para que tenga aparte de su trabajo otras actividades que posibiliten su desarrollo humano. Al mismo tiempo, se están creando las condiciones para repartir entre más personas el trabajo existente y socialmente necesario, como las riquezas que genera.

El art 92 ter RCT con su última reforma se encuentra en sintonía con el interés general de evitar la explotación de personas que trabajan con base en criterios antidistributivos, buscando asegurar uno de los elementos del trabajo decente como es el salario digno, en

11 Cfr. GORZ, André, *Misérias del presente, riquezas de lo posible*, Editorial Paidós, 2 reimpresión, Bs. As., pag 84 y ss. Resultan muy interesantes los planteos de André Gorz, en especial, en el capítulo 4 que aquí se toma en cuenta: “Salir de la sociedad salarial”.

12 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. Coincidiendo con Capón Filas, Morrell y otros, uso las siglas RCT, en referencia a la Regla de Contrato de Trabajo, ya que lo que se encuentra vigente desde la última dictadura militar es la Regla 21.297. Los trabajadores tuvieron su Ley de Contrato de Trabajo, la 20.774, pero la dictadura cívico militar genocida le derogó veintinueve artículos y cercenó más de cien, en claro perjuicio de las personas que trabajan y en beneficio de los capitales económicos.

situaciones en que no existe una relevancia en la disminución de la jornada de trabajo que habilite la disminución salarial. Al mismo tiempo se están creando condiciones en las que la preservación de la salud es más factible, limitando el desgaste de las personas, creando condiciones de mayor libertad y bienestar.

La reforma de la ley 26.474 al artículo 92 ter RCT en el inciso 1º, con el agregado de una frase que aborda expresamente cuando es factible la reducción de salarios en función de la reducción de la jornada de trabajo, ha cambiado el estado de cosas. No puede intentar desactivarse mediante distintos razonamientos su importancia dentro de la relación entre los institutos de la jornada de trabajo y el salario, lo que en este caso se entronca dentro del debate internacional de la reducción de la jornada de trabajo sin reducción del salario. Cuando la cantidad de horas trabajadas importa que el trabajador no laboró menos de 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, debe considerarse como de tiempo completo y no de tiempo parcial. Siguiendo este razonamiento, puede verse que el régimen laboral, con base en uno de sus principios fundamentales como es el de irrenunciabilidad (art 12 RCT), sólo admite que el servicio se retribuya en función de las horas trabajadas cuando éstas, ya sean consideradas al día o la semana, sean inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad (art. 92 ter RCT). Esto último resulta de fundamental importancia para desactivar aquellos planteos de que, aun cuando no se trabajara menos de 2/3 partes de la jornada habitual corresponde un sueldo proporcional, por darse una jornada reducida comprendida en el art 198 RCT¹³.

La reducción de la duración de la jornada de trabajo sin reducción de salario es una situación positiva y querida a nivel mundial por aquellos que anteponen los Derechos Humanos y el bienestar de las personas que trabajan por encima de los intereses económicos. La experiencia histórica demuestra que el trabajo es para las personas y no las personas para el trabajo, y existen sondeos llevan al convencimiento de que la labor normal ha de reducirse a 40 e incluso 36 horas semanales¹⁴.

IV. Presente y futuro de las personas que trabajan

La tecnología avanza hacia a la sustitución de ciertos trabajos y la reducción del tiempo necesario para cumplir con otros, pero también requiere en muchos casos de una mayor atención de las personas lo que implica un desgaste también mayor. En este contexto, se hace cada vez más necesario repartir el trabajo existente y una forma clara para hacerlo es reducir la jornada de trabajo sin reducir el salario. La reducción de la jornada de trabajo es una forma de redistribuir de mejor manera el trabajo existente y las ganancias que genera, al hacerlo se da participación a un número creciente de personas, en un contexto donde es más fácil cuidar de su salud evitando una sobregancia.

13 Sobre los planteos referidos y su rechazo por importante jurisprudencia, puede verse: SERRANO ALOU, Sebastián, A 100 años de la OIT: Garantía Laboral Universal y soberanía sobre el tiempo de trabajo, Microjuris, 13 de mayo de 2019, MJ-DOC- 14888-AR / MJD 14888

14 En este sentido, puede también verse la opinión de Capón Filas en: CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho del trabajo, Editorial Platense SRL, La Plata, 1998, p 33 y ss

En el caso de las personas que trabajan en Bancos, que son uno de los grandes ganadores de este sistema en relación a la apropiación de riquezas y aumento de ganancias, es uno de los que muestran como la tecnología elimina puestos de trabajo. Basta con pensar en las centrales de atención automática. También resulta ser una de las actividades donde la jornada laboral hace mucho es más reducida que la promedio. Indiscutiblemente es un ámbito donde puede repartirse el trabajo existente entre más personas, como también las ganancias.

Por otra parte, el caso de los call centers fue quizás de los primeros en dejar al descubierto los cambios negativos en las personas que trabajan a partir de un uso intensivo de la tecnología. En esta actividad la tecnología se usa para asignar las tareas, realizarlas y controlarlas, en un contexto de constante control y presión sobre las personas, de sobreexplotación para favorecer las ganancias de las empresas. Esto ha llevado a que sea necesario reducir las horas de trabajo en relación al promedio.

Algo muy similar a lo que ocurre con los call centers, en cuanto al uso de la tecnología para la explotación, puede verse hoy en las nuevas empresas denominadas de plataforma. Hace un tiempo ocupó un lugar central la discusión sobre las pretendidas nuevas formas de trabajo originadas en torno a las empresas de plataforma, con el debate sobre la existencia o no de una relación laboral a proteger por el Derecho del Trabajo, algo que mayoritariamente se viene resolviendo a favor de las personas que trabajan y sus derechos.

La OIT no ha permanecido ajena a esto y por eso plantea que hay que *“tomar medidas innovadoras para afrontar la diversidad cada vez mayor de situaciones en las que se presenta el trabajo y, en particular, el fenómeno emergente del trabajo digital a través de la economía de plataformas. Consideramos que la Garantía Laboral Universal es una herramienta adecuada para responder a estos desafíos y recomendamos que la OIT preste una atención con urgencia a su aplicación.”*¹⁵. *“Como esperamos que esta forma de trabajo se expanda en el futuro, recomendamos el desarrollo de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos.”*¹⁶ Estos planteos de la OIT indican claramente que para el Organismo los trabajadores de las empresas de plataforma son trabajadores que deben estar bajo la protección de los Institutos centrales del Derecho del Trabajo, lo que equivale en nuestro caso a decir que existe una relación de dependencia laboral.

Las empresas de plataforma tienen ganancias extraordinarias y la prueba más clara de ello es como esas ganancias les permiten expandirse a nivel global a gran velocidad; por lo tanto, es necesario redistribuir esa riqueza, que es la que su vez posibilita grandes abusos. La redistribución debe darse asegurando salarios dignos por jornadas que no impliquen una explotación de la persona, destinando una parte de estas ganancias a promover la seguridad de estos trabajadores. En otras palabras, debe fijarse jornadas mínimas y salarios mínimos. El compromiso del cuerpo y su desgaste, en aquellos que van por la ciudad en un trabajo que podemos denominar de “tracción

15 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 15 y 60

16 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 46

a sangre”, mayormente con enorme riesgo y cargando una gran caja en su espalda, haciendo equilibrio en un vehículo de 2 ruedas, con la tensión de todos los que se mueven en el tránsito de grandes ciudades, son todas cuestiones que hacen indispensable repensar si es correcto que sean necesarias jornadas de trabajo de 8 horas o más para tan solo asegurar la subsistencia.

Son también las empresas de plataformas las que quizás han hecho más evidente la esquematización de la relación en función de lo que se denomina microtareas. Esta forma de organización, utilizada fundamentalmente para definir los salarios, permite a las empresas optimizar sus ganancias cargando en los trabajadores los tiempos muertos, no contabilizándolos como jornada de trabajo. Es una forma de extrema de disponer de la libertad de las personas que trabajan sin costo para las empresas, ya que mientras no se asignan tareas están a la espera de que ello suceda, no teniendo disponibilidad de ese tiempo.

Desde el punto de vista jurídico, esto es algo que va en contra del art 103 de la RCT, que dispone que *“se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél”*. Si bien todo el art 103 de la RCT es aplicable a los trabajadores de plataforma, la última oración es fundamental en lo que hace a los objetivos de las empresas de incrementar sus ganancias a costa de los trabajadores. Esta norma de nuestro ordenamiento interno permite conjurar uno de los riesgos que advierte la OIT en su informe; de que *“los sitios web de trabajo en plataformas de microtareas y el trabajo mediante aplicaciones que conforman la economía de plataformas podrían recrear prácticas laborales que se remontan al siglo XIX y futuras generaciones de «jornaleros digitales»”*¹⁷.

Como plantea Alain Supiot, en la actualidad, una reforma seria del Derecho del Trabajo ambicionaría establecer una cierta democracia económica sin la cual la democracia política solo seguiría decayendo. El ideal hacia el cual se debería tender es conferir a cada persona más autonomía y responsabilidad en la conducción de su vida laboral, mediante nuevas seguridades activas que complementen las seguridades pasivas del pasado. La dependencia económica debería ser el criterio del contrato de trabajo, y la primera cuestión debería ser encontrar los procedimientos que permitan a los trabajadores encontrar un cierto control sobre el sentido y contenido de su trabajo¹⁸.

Es fundamental definir que se hace con la riqueza existente en las sociedades, a que se destina, quien se apropia de la misma y como se redistribuye; el hecho de que la riqueza sea producida o multiplicada por los trabajadores y al mismo tiempo apropiada por otro que es el titular de una empresa, debe llevar a proteger al colectivo conformado por los primeros de los abusos de los segundos. Hace varias décadas que esta pendiente la realización de una parte importante del art 14 bis de la CN: la *“participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección”*. Es quizás esa la

17 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra: OIT, 2019, pág 18

18 SUPIOT, Alain, Cuando el Derecho Laboral es un “Obstáculo”, Le Monde Diplomatique - Edición Cono Sur, Edición 220, Octubre de 2017

forma en que las personas que trabajan puedan participar en la decisión de que se produce, como se produce, como se distribuye el trabajo necesario para hacerlo y la ganancia que resulta de lo decidido.

La pandemia demostró que puede organizarse de otra forma el trabajo, especialmente las prioridades de producción, como las formas y el tiempo de trabajo. Solo las excusas de los pocos que se benefician con este sistema injusto, interesadas y mayormente falaces, impiden redistribuir el tiempo de trabajo y las riquezas que generan las personas que trabajan, permitiendo mayores espacios de libertad que redundan también en los indicadores económicos generales.

Conclusiones del II° Congreso Nacional del Grupo de Estudios de Derecho Social



En la ciudad de Santa Rosa, La Pampa, los días 23, 24 y 25 de Junio de 2022, se celebró el II° Congreso del Grupo de Estudios de Derecho Social, bajo el lema “Diálogo entre Abogados/as y Jueces/zas por una justicia mejor”.

El Congreso fue coorganizado por el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa, el Colegio de Abogados y Procuradores de La Provincia de La Pampa y la Caja Forense de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa. La dirección académica estuvo a cargo del Grupo de Estudios de Derecho Social.

Contó con una nutrida concurrencia de abogados/as y jueces/zas de 10 provincias argentinas y se dividió el trabajo en los paneles y conferencias que narra la siguiente memoria de actividades:

MEMORIA:

El día Jueves 23, el discurso de bienvenida estuvo a cargo de la Dra. Sandra Abdo, Presidenta de la Caja Forense de Abogados y Procuradores de la Provincia de La Pampa. Seguidamente, el director académico del Congreso, Dr. Raúl Ojeda, invitó a todos y todas

a participar de los debates que se producirían, en forma horizontal, sin medir grados judiciales ni roles entre los participantes.

Luego que la jueza en lo penal y referente de AMJA, Florencia Maza, pronunciara unas emotivas palabras respecto a su padre, Alberto “Tito” Maza, le fueron entregadas las constancias de Socio Honorario del GEDS, cuyo cuadro- plaqueta dice “en reconocimiento al pionero del DTySS en La Pampa, profesor, juez y publicista”. El homenajeado hizo un conmovido agradecimiento y compartió con nosotros toda la primera jornada.

El Dr. Mario Elffman (Académico, CABA) abrió el juego refiriéndose al diálogo entre Abogados/as y Juezas/ces.

Posteriormente a la pausa de café, actuó el Grupo Coral Médano y Luna interpretando un repertorio de música popular, con mucho compromiso social. El coro, independiente, se formó en el año 2006 bajo la dirección del maestro Alberto Carpio. Es un grupo con gran afición por la música vocal, conformado por residentes de la ciudad de Santa Rosa y otras localidades de la Provincia de La Pampa. Su repertorio está integrado por obras del cancionero pampeano, música popular argentina y latinoamericana, además de algunas obras tradicionales para coros. Finalizó su actuación con “Canción con todos”, de Julio Cesar Isella y Armando Tejada Gómez, que fue interpretada con todos los presentes y el coro en movimiento por el salón.

La primera conferencia debate sobre Actualización Créditos Laborales, estuvo a cargo del Dr. Emilio Romualdi (Académico, San Isidro) y moderada por la Dra. Hebe García Borrás (Jueza, San Lorenzo, Santa Fe).

El día Viernes 24 por la mañana se sucedieron los siguientes paneles:

Ley de Riesgos del Trabajo, con la moderación del Dr. Pablo Tancredi (Abogado, CABA) y las siguientes disertaciones: Créditos contra ART en liquidación. Dr. Edder Hernán Piazza (ST de la CM Córdoba); Trámites ante Comisiones Médicas. Dra. Valeria Soczyuk (Abogada, Posadas, Misiones); Aspectos constitucionales resueltos y pendientes. Dra. Carolina Barreiro. (Jueza, Chubut)

Impacto de las Nuevas Tecnologías en las RRLL, con la moderación del Dr. Oscar Benítez (Abogado CABA) y las siguientes disertaciones: El impacto de la ‘inteligencia artificial’ en las relaciones laborales. Dr. Fabián Rodríguez (Juez, La Pampa); Evolución del derecho a la intimidad en el marco de trabajo 4.0. Dr. Ricardo Seco. (Juez Jubilado, Cruz del Eje, Córdoba); Prueba digital. Dra. Laura Nievas. (Abogada, Córdoba)

La tarde siguió con una intensa actividad:

Panel sobre Derecho Procesal laboral, con la moderación del Dr. Sebastián Ferreyra Negrí (Abogado, Resistencia, Chaco) y las siguientes disertaciones: Cuestiones de competencia en los conflictos generados por el Empleo público, Dra. Mariana Amartino (Abogada, CABA); Prueba pericial médica. Dra. Claudia Zapata (Jueza, Neuquén) y Perspectiva de género. Dra. Natalia Volosin (Abogada, CABA)

La segunda conferencia debate titulada Trabajadoras/res de la Economía Popular y otros grupos vulnerables, estuvo a cargo de Jackie Flores (Militante social), con la moderación de la Dra. Adriana Micale (Abogada, CABA); fue uno de los puntos más altos de todo el Congreso.

Panel sobre Derechos fundamentales de las/os trabajadoras/es, con la moderación de la Dra. Agustina Lacase (Abogada, Río IV, Córdoba) y las siguientes disertaciones: La estabi-

lidad y la protección frente al despido como DF, Dra. Verónica Vidal (Funcionaria judicial, CABA); La organización social del cuidado. Dra. Fabiana Sosa (Abogada, CABA) y La aplicación del C 190 OIT sobre VL. Dr. Bernabé Sánchez (Abogado, La Pampa).

Cerramos la actividad del día Viernes con el cocktail, cena y baile en el Hotel UNIT.

El día Sábado 25 por la mañana, finalizó la actividad con un panel titulado Debates sobre la Justicia, con la moderación del Dr. Paulo König (juez, Chubut) y las disertaciones de “Acceso a la justicia y derechos fundamentales”, a cargo del Dr. David Duarte (Académico, CABA); “El proceso laboral eficaz”, a cargo de la Dra. María Eugenia Gómez. (Abogada, CABA); “Expediente electrónico”, a cargo del Dr. Raúl Santos (Juez, Cipolletti, Rio Negro) y un resumen preliminar de las conclusiones del Congreso, a cargo del Dr. Raúl Ojeda (Juez, JNT).

Durante todo el congreso y como parte del segmento Arte & GEDS, se exhibieron obras pictóricas de artistas locales, puesta gestionada por la Secretaría de Cultura de la Provincia de La Pampa.

La labor social del Grupo de Estudios de Derecho Social, además de continuar con sus contribuciones al Banco de Alimentos, se realizó una colaboración local visitando el Mendero Los Peques, de la Ciudad de Santa Rosa. Gracias al aporte de los participantes y allegados, se logró entregar 264 litros de leche, 120 kilos de azúcar, 6 litros de aceite, 40 kilos de Nesquik, 20 kilos de harina, 2 kilos de levadura, 40 kilos de galletitas, 70 packs de fibras, 40 cuadernos temáticos y 68 remeras.

Síntesis ejecutiva, según la percepción del Director Académico:

Pese a no haberse organizado talleres, se produjeron debates en todos los paneles y conferencias. Por la dinámica de la agenda se presentan aquí sólo algún núcleo de consensos básicos y un listado de temas a profundizar en futuras jornadas y Congresos. La forma empleada será la de resumen ejecutivo, ya que los extensos fundamentos brindados por los expositores y el público exceden el marco de este informe.

1. Hay consenso con que la capacitación permanente de abogados/as, jueces/zas mejorará la calidad de las resoluciones de la justicia. Incitados por peticiones concretas y fundadas efectuados por abogados y abogadas, los jueces y las juezas deberán producir respuestas acordes. En tal sentido, se hizo propia la frase de Eduardo Couture, quien dijo que “El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”.

Debe propiciarse entre nosotros, seamos de la abogacía o la magistratura, un diálogo forense con puertas abiertas, predisposición a entender al interlocutor, escucharlo antes que rebatirlo y, por sobre todas las cosas, no hacernos eco de la cultura de la cancelación, tan en boga en estos tiempos. Tolerancia y diálogo, diversidad y diálogo, pluralidad y más diálogo, sin rehusar los debates, como método para construir un pensamiento superador.

2. El camino a mejorar la calidad de las peticiones y las respuestas, no transita por “recortar y pegar” cuantiosas páginas de citas de jurisprudencia y doctri-

na, que en lugar de facilitar la tarea de la justicia y de la abogacía, la obstaculizan ante la nueva realidad que presenta el expediente digital.

Sin perjuicio del cumplimiento de requisitos procesales en aquellas jurisdicciones donde hay instancia casatoria, se recomienda como buena práctica efectuar la más completa enunciación de los hechos posible por todas las partes del proceso, con buena fe procesal, de modo tal que se puedan distribuir las cargas probatorias compensando las desigualdades de las partes (tal como expone la CIDH -OC27/22-); hacer mérito del principio de colaboración procesal y una aplicación adecuada del derecho sustantivo.

3. La capacitación permanente debe incluir, de modo impostergable, la asimilación de los derechos laborales como Derechos Humanos y la perspectiva de género.
 - 3.1. Impactó la frase “el cuidado nunca se detiene”, que se hizo más evidente en la reciente pandemia. En todas las etapas de nuestra vida se realizan tareas de cuidado y mayoritariamente están a cargo de la población femenina y sin paga. Se deberán profundizar los debates para generar respuestas acordes a tamaña inequidad.
 - 3.2. Genera desánimo tener claros diagnósticos de la problemática de género y que aumenten los femicidios y otras violaciones a DDHH. En tren de buscar propuestas concretas para superar esos parámetros culturales, se impulsa abandonar la práctica de chistes con ese sentido, así como los dirigidos a otros grupos vulnerables. También la de masificar capacitaciones del estilo Ley Micaela a todos los operadores jurídicos. Otra la de insistir en políticas activas igualadoras.

Esta agenda del cambio no se agotará hasta que se eliminen los tratos desiguales, tampoco en estas medidas.



- 3.3. La ratificación del Convenio 190 OIT propicia una oportunidad de mejora en la calidad de vida de las personas que trabajan por impacto directo en sus Derechos Humanos. Deben profundizarse los mecanismos de prevención del flagelo de la violencia laboral en todas sus dimensiones.
- 3.4. La estabilidad en el empleo puede plantearse como un Derecho Humano vinculado al “derecho al trabajo”, aunque estos estudios y debates no han concluido.
- 3.5. Debe insistirse en la laboralización del empleo público, cuyos sujetos cuentan con la protección plena del art. 14 bis de la CN pero con regulaciones y principios propios del derecho administrativo. Frente a un Estado que abusa de tal situación, deben estudiarse los caminos a seguir para superar esta situación (a tal efecto se incluyó la temática en el III° Congreso GEDS a efectuarse en Salta los días 8, 9 y 10 de septiembre).
- 3.6. Es evidente que los y las integrantes de la economía informal tienen contacto más próximo con la justicia penal represiva, que con la justicia social inclusiva. Necesitan mayor contención por el derecho social, con escucha, atención e interpretación. La contención que demandan no es “el plan” sino la inserción en la sociedad, con la consiguiente liberación de prejuicios.
- 3.7. Un concepto a profundizar en futuros encuentros es el de la “ética cartonera”, que en primera mirada significaría la valoración del servicio social brindado y de la generación de ingresos para la subsistencia.
- 3.8. Los/as excluidos/as del sistema autogestionan propuestas ante la ausencia de normativa que los contenga y es allí donde las organizaciones sociales adquieren protagonismo. Las instituciones académicas tienen un rol a desempeñar en esa empresa, que hoy es sólo llevada adelante por algunas personas con mayor sensibilidad social.
4. Deben derribarse las barreras idiomáticas que ponen distancia entre los operadores del sistema y sus destinatarios. Es imprescindible usar lenguaje claro tanto en las peticiones como en las resoluciones, de modo tal que los y las justiciables entiendan el contenido del debate y la respuesta que dieron a sus acciones y defensas.
5. Se ponderan los beneficios de la intermediación en el proceso laboral. El contacto directo del Juez o Jueza con las partes, aporta significativamente a la calidad del servicio de justicia.
6. Quedó indefinido y sujeto a próximos debates el rol que deben asumir los jueces y juezas de instancia inferiores, estando en pugna dos modelos (a) quien resuelve conforme a su criterio; (b) quien resuelve conforme al criterio de la instancia superior.
7. La digitalización de los expedientes y los procesos generaron algunas mejoras en la gestión, en la rapidez y comodidad de todos los operadores del sistema. Se ponderó la mejor calidad de los programas adaptados a la realidad y usos forenses, antes que los “enlatados” de uso genérico.

8. No debe confundirse expediente electrónico con el concepto de Inteligencia Artificial, que aplicada al proceso es una asignatura pendiente. Al momento de su implementación será vital la “curaduría de datos”, que en materia de decisiones, sería la “curaduría de criterios de resolución”. Se advierte poca iniciativa en este proceso en nuestro país.
9. La demora en la tramitación de los juicios sólo favorece a los deudores, que por aplicación de las tasas de intereses en uso en varias jurisdicciones, ven licuada su deuda por la inflación.
No hay consenso respecto a qué mecanismo indexatorio o tasa de interés utilizar, partiendo de la oportunidad o no de declarar la inconstitucionalidad de la prohibición de actualizar por aplicación de algún índice. Se analizaron las diversas posibilidades de aplicar el art. 770 del CCC sin llegar a un consenso.
10. Se observa con preocupación la gran cantidad de vacantes sin cubrir en los cargos de juezas y jueces que existe en diversas jurisdicciones. Asimismo la falta de creación de más juzgados y tribunales en aquellas zonas en que la P.E.A. creció desde la última ampliación, que en muchos territorios ocurrió hace décadas.
11. Si bien las reformas procesales actualizan las herramientas a disposición para un procedimiento más eficaz, no debe descansar en ellas la respuesta al atraso en la tramitación de los juicios, que en buena medida obedece a las razones estructurales señaladas precedentemente.
12. Los métodos alternativos de solución de conflictos individuales, tan necesarios para reducir la litigiosidad, deben mostrar efectividad en el resguardo del orden público laboral, alertándonos sobre conciliaciones que se llevan adelante sin respetar ese piso irrenunciable.
13. La prueba ilícita no es válida nunca, bajo ninguna circunstancia. Esta es una máxima a tener presente cuando se invocan pruebas obtenidas con violación a la intimidad de las personas que trabajan, revisando sus cuentas de correos, navegaciones, mensajes, etc.
14. La “verdad objetiva” que se invoca en muchos alegatos y resoluciones para procurar un resultado probatorio, es un concepto relativo, desde que depende de las alegaciones de las partes y de la prueba que decidieran incorporar al expediente. Por lo tanto pierde status de máxima de verdad.
15. Otro concepto introducido y a desarrollar es el del “abogado de confianza”, en el ejercicio profesional.
16. El trámite ante las comisiones médicas brinda un espacio acotado para reclamar, a través de formularios, siendo uno de los más evidente defectos que aún presenta ese procedimiento ante ese organismo administrativo.

Resumen ejecutivo, finalizado el 16/7/2022.

Raúl Horacio Ojeda.

Director Académico del IIº Congreso Nacional
del Grupo de Estudios de Derecho Social.

**GE
DS**

