



PROPIEDAD DE LA
ASOCIACIÓN DE ABOGADOS LABORALISTAS

DIRECTOR

Alejandro Raúl Ferrari

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis Enrique Ramírez
Guillermo Pajoni
Fernando Vigo
Ciro Ramón Eyras
Cynthia Benzion
Carlos Pablo Sztternszejn
León Piasek
Moisés Meik
Ana Clara Alfie

DISEÑO GRÁFICO

Patricia Leguizamón

COMISIÓN DIRECTIVA

DE LA A.A.L.

PRESIDENTE

León Piasek

VICEPRESIDENTE

Luis Enrique Ramírez

SECRETARIO GENERAL

Fernando Vigo

TESORERA

Sandra Fojo

SECRETARIA DE ACTAS

Verónica Nuguer

SECRETARIO ACADÉMICO

Diego Tosca

SECRETARIO DE PUBLICACIONES

Alejandro Raúl Ferrari

SECRETARIA DE PRENSA

Cynthia Benzion

SECRETARIO DE REL. INSTITUCIONALES

Guillermo Pajoni

VOCALES

Ciro Ramón Eyras

Eduardo Tavani

Fernando Nuguer

Guillermo Pérez Crespo

Carlos Sztternszejn

Matías Cremonte

Guillermo Gianibelli

Adolfo Matarrese

Ana Clara Alfie

Moisés Meik

Raquel Coronel

Oscar Rodríguez

Antonio J. Barrera Nicholson

Leonardo Suárez

Ornella Cardaci

Leonardo Elgorriaga

Adriana Mazza (Regional Oeste)

Darío Delle Chiaie (Regional Norte)

Enrique Rozenberg (Regional Sur)

ISSN 2346-8610

Asociación de Abogados Laboralistas
Viamonte 1668, piso 1° Dto. "3"
(C1055ABF) Buenos Aires, Argentina

Tel-Fax (54-11) 4374-4178

web site: www.aal.org.ar

E-mail: info@aal.org.ar

a_laboralistas@yahoo.com.ar

Derecho de Propiedad Intelectual: 588179

Imprenta:

Ediciones del País S.R.L.
Lavalle 1282, piso 1° Of. 8 y 10

Las notas firmadas no reflejan necesariamente el pensamiento de la revista. Permitida la reproducción total o parcial de los artículos, citando la fuente.

sumario

EDITORIAL , por el Consejo de Redacción	2
 DOCTRINA	
El Derecho humano fundamental al trabajo y a la estabilidad en el empleo, por David Duarte	4
Inconstitucionalidad de la competencia civil en los accidentes de trabajo, por Leonardo Elgorriaga	10
Inconstitucionalidad de la opción en el régimen de riesgos del trabajo, por Juan J. Formaro	15
Apuntes sobre un cambio de perspectiva en materia de discriminación por razones de género, por Andrea García Vior.....	18
La ley 26.773 y la regresividad en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, por María Paula Lozano	23
Las medidas cautelares en las relaciones laborales, por Cecilia Pérez Correa.....	28
Género y discriminación en las relaciones laborales, por Mónica Pinotti	33
Tratando de echar luz sobre el trabajo nocturno, por Ariel Rossi	37
Diligencias preliminares en el proceso de daños por accidentes y enfermedades profesionales, por Enrique Mario Rozenberg	42
Mobbing y salud, por Enrique Mario Rozenberg y Clara Reitburd	47
Extensión de la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, por Enrique Mario Rozenberg.....	51
 INSTITUCIONALES	
Un nuevo y preocupantes ataque a la libertad sindical	57
Presentación de "Cuestiones y Cuestionamientos", un libro de Mario Elffman	57
La Justicia insta al Consejo de la Magistratura a concursar los Juzgados Laborales vacantes	58
Reunión con el Consejo de la Magistratura	59
Reunión con la Cámara del Trabajo	60
Sarita Molas Quiroga, una compañera inolvidable	61
 LEGISLACIÓN	62

Imagen de tapa: Pío Collivadino, *Usina*, 1914.

Las Jornadas de Derecho Laboral

Las Jornadas de Derecho Laboral que, año tras año, organiza la Asociación de Abogados Laboralistas en distintos lugares del país, suponen la continuación de un quehacer que constituye una de las actividades más importantes de nuestra Asociación.

Las Jornadas son un lugar de encuentro y de re-encuentro, un espacio para la difusión de las ideas, para compartir experiencias, para debatir, disenter y, en suma, participar. La tradicionalmente nutrida asistencia de abogados, magistrados, funcionarios, estudiantes y dirigentes sindicales de amplia procedencia, muestra la existencia de un renovado interés por las cuestiones académicas que allí se debaten.

En los casi cincuenta años transcurridos desde nuestro primer encuentro en 1965, hemos procurado que los respectivos eventos fueran un ámbito de elaboración doctrinaria y de debate de los problemas -a veces contingentes y muchas veces centrales- de nuestra materia, lo que supone decir que siempre se trató de abordar la temática que refiere a la tutela los derechos de los trabajadores. A veces, analizando y denunciando la carencia, inconstitucionalidad o regresividad de la normativa vigente, o aún su falta de cumplimiento.

Un signo distintivo de nuestras sucesivas Jornadas ha sido la participación plural de ponentes y asistentes, así como la intervención de especialistas de otras disciplinas. Hemos sido anfitriones de figuras notables del iuslaboralismo de las últimas décadas que han participado como ponentes y expositores, comenzando por Norberto Centeno, quien presidió las Jornadas de 1973 en Mar del Plata, donde se debatió el anteproyecto de la Ley de Contrato de Trabajo de su autoría.

Citaremos también aquí, a título ejemplificativo, a Rolando Gialdino, Horacio Ferro, Adrián Goldín, Roberto García Martínez, Luis Enrique Ramírez; Hector Pedro Recalde; Mario Elffman, Juan Antonio Sosa, Mario Ackerman, Héctor Omar García, Antonio J. Barrera Nicholson, Gustavo Ciampa, Luis Ramírez Bosco, Luis B. Cerrutti Costa, Juan Formaro, Mauricio Birgin, Sebastián Serrano Alou, Carlos Siniscalchi, César Arese, Moisés Meik, Rodolfo Capón Filas, Guillermo Gianibelli, Ricardo Cornaglia, Hugo Mansueti, Diego Tosca, Hugo Carcavallo, Horacio Meguira, Hilda Kogan, Enrique Rozenberg, Jorge Elías, Juan Carlos Fernández Madrid, Jorge Elizondo, Ignacio Funes de Rioja, Raquel Coronel, Otto Weiss, Ángel Gatti, Pablo Topet, Oscar Valdovinos, Alvaro Ruiz, Matías Cremonate, Atilio Borón, Horacio González, Eduardo Beinstein, Juan José Etala, Lindolfo Bertinat, Enrique Fernández Gianotti y Rubén Dri. También hemos recibido a funcionarios, entre los que nos limitaremos a mencionar al actual Ministro de Trabajo Carlos A. Tomada, a anteriores ocupantes del cargo como Enrique Rodríguez y Armando Caro Figueroa y también a otros, como Carlos Vladimiro Corach. Hemos invitado a representantes sindicales de diversas centrales y asociaciones con distintas afinidades políticas y gremiales, magistrados de distintas jurisdicciones, entre cientos de expositores de un arco muy amplio, en sintonía con la pluralidad de nuestra Asociación, que atraviesa los más de 50 años de vida con la misma autonomía de sus comienzos; autonomía que no es neutra, sino que es activa y siempre en el marco de la defensa del principio protectorio y de nuestro apego a

los valores que sostienen los derechos humanos y sociales.

Va de suyo que nos hemos nutrido también, de integrantes destacados del Poder Judicial capitalino y de las provincias, como Eduardo Basualdo y Edwin Tissenbaum —echados de sus cargos por la dictadura de Onganía—, Oscar Zas, Roberto Pompa, Diana Cañal, Carlos Toselli, Silvia Escobar, Néstor Rodríguez Brunengo, Luis Raffaghelli, Gloria Pasten de Ishihara, Alejandro Sudera, Patricia Silvia Russo, Enrique Arias Gibert, Andrea García Vior, Gabriel Tosto, Beatriz Ferdman, Raúl Horacio Ojeda, Claudio Andino, David Duarte, Enrique Brandolino, Miguel Ángel Maza, Dora Temis, Enrique Catani, José Daniel Machado, Estela Ferreiros, entre otros.

También ha habido lugar para juristas jóvenes y para maestros europeos y latinoamericanos, de los cuales no podemos dejar de mencionar a los recordados Oscar Ermida Uriarte, Helios Sarthou y Américo Pla Rodríguez.

Al tiempo que se trató de mantener el alto nivel académico de los encuentros, no se olvidó de tener contacto con la realidad. Ello no sólo se manifestó en cui-

dar la representación especializada de las distintas corrientes y nucleamientos existentes en el movimiento obrero, sino también la presencia de dirigentes de especial prestigio, que resumimos en la presencia de las Jornadas de Carlos Paz en 1972, del gran Agustín Tosco.

Se puede repasar la temática de todas las Jornadas y advertir que siempre se ha intentado debatir y llegar a conclusiones sobre cuestiones de actualidad en cada etapa, atentos a los problemas de la Justicia del Trabajo, al acceso irrestricto de los trabajadores a la misma, incluyendo los temas de incidencia colectiva como el derecho de huelga, la libertad y democracia sindical. Se destaca también la preocupación por las normas que prohibieron la actividad sindical, por las leyes flexibilizadoras y por las normas que han ido a contramano del principio de progresividad. Especialmente, esta Asociación ha repudiado los crímenes de lesa humanidad de que han sido víctimas trabajadores y abogados laboralistas, entre miles de horrendos delitos ocurridos en los años de la dictadura y ha apoyado también los juicios para procurar la condena de los responsables y la reivindicación de

derecho de las víctimas a conocer la verdad.

Un repaso por lo debatido en las últimas Jornadas, permite advertir que se ha mantenido ese vínculo estrecho con las cuestiones que son candentes en la actualidad. Y que continúan siendo un punto de encuentro con amigos y compañeros muy queridos, procurando contribuir a la construcción de un Derecho del Trabajo que sea un cauce para facilitar las transformaciones económicas, políticas, sociales y laborales necesarias, en el camino hacia una sociedad con más justicia y equidad.

Por todo ello y porque creemos que la difusión de los trabajos que allí se presentaron, contribuye a la creación de herramientas teóricas para la defensa de los derechos de los trabajadores y de sus organizaciones representativas y sin perjuicio de que la totalidad del material está contenido en el CD que se entregó a los asistentes, el presente número de la revista está íntegramente dedicado a la publicación de los resúmenes de algunas de las ponencias presentadas en nuestras XXXIXas. Jornadas de Derecho Laboral. ♦

Consejo de Redacción

El Derecho humano fundamental al trabajo y a la estabilidad en el empleo

-----> por David Duarte

*El cielo de la indemnización
es el opio del trabajador despedido*

Jean-Claude Javillier

Es ineludible recordar a Ermida Uriarte, cuando hablamos de “Derecho al trabajo”, porque de las conferencias a las que he asistido y todo texto que he leído sobre la prolífera elaboración jurídica del querido catedrático uruguayo, nunca ha faltado una referencia concreta al derecho fundamental de los derechos humanos referido específicamente al “Derecho al Trabajo”. Este derecho es generalmente olvidado, porque nos pasamos estudiando al despido –que no es ningún derecho fundamental, no figura en ninguno de los textos magnos- y nos olvidamos de estudiar, no lo hemos profundizado, no hemos desarrollado el “derecho al trabajo”, que sí figura como derecho fundamental, como derecho humano en gran número de estos instrumentos. Y agregó que el “derecho al trabajo” posee una importancia especial dentro de los derechos fundamentales, porque configura una importante matriz, abarcativa, entre otros aspectos trascendentes, de la adecuada protección contra el despido.

Señala Ermida Uriarte que la evolución social fue demostrando las carencias de un régimen meramente indemnizatorio en cuanto al despido¹, porque aun cuando fuesen altas las indemnizaciones, no siempre compensaba al trabajador los perjuicios que le causaba la pérdida de su empleo, especialmente los trabajadores de edad más avanzada o en períodos de alta desocupación. La resistencia al despido se levanta con la idea de estabilidad, es la forma de romper la asimetría civilista de la autonomía contractual y la ruptura del vínculo. La libre elección de los contratantes, no conlleva la idea de libre rescisión del contrato, es decir se descarta la

idea de descontratar como mucha veces se pregona sin analizar que estamos dentro de un sistema garantista de derechos, con mayor razón las leyes que regulan la relación de trabajo no pueden, sin afectar el contenido de los derechos, establecer sistemas de libre contractualidad porque la autonomía se encentra restringida. Tampoco se trata tanto de la idea de continuidad, sino la de limitación al despido. La estabilidad como freno al despido se la puede definir como “la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de justa causa expresamente prevista”. Es un derecho del trabajador de permanecer en el empleo, mientras existan las razones que dieron motivo a su empleo, se trata de una situación objetiva, independientemente de todo contractualismo, al igual que la relación de trabajo de la cual fluye y de la que depende la disolución de la voluntad del trabajador y solamente, por excepción, de la del patrono. Exclusivamente se puede extinguir si existe una causa justificada y en ausencia de ella, el patrono estará obligado a reinstalar al trabajador, salvo que éste opte por una indemnización sustitutiva.

La idea de estabilidad nace de la constitución de Querétaro de 1917, en la medida que allí se estableció el requisito legal de la justificación del despido, como expresión más cristalina de “justicia social” la que se expresa como “la protección contra el despido arbitrario”, fundado en el principio protector, por el cual el fundamento central es la creación de desigualdades, a fin de compensar la desigualdad económica básica entre el empleador y el trabajador. Tal como establece el artículo 17 bis de la LCT “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”². Por lo tanto, la estabilidad no sería solamente una proyección del principio de continuidad, sino además se basa en el principio protector.

DOCTRINA

Ermida Uriarte señala que la recomendación n° 119 adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963, postula que el trabajador tiene el derecho a mantener su empleo a menos que exista una causa justificada en contrario³. Dicha recomendación fue luego sustituida por convenios y recomendaciones sobre “terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”, de esa manera surgió el Convenio n° 158 de la OIT (1982). En su artículo 4 establece que: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

El convenio 158 dispone cinco motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de

la relación de trabajo (art. 5) entre las que figuran los siguientes, a saber: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Cuando un organismo neutral, diferente del empleador, decida

que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, se podrá anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, y éstos tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

El Convenio n° 158 es aplicable aun cuando no esté ratificado en virtud la Observación general n° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal y el Protocolo de San Salvador adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7.d. CSJN, in re “Alvarez” Considerando 7°).

El fundamento de la estabilidad se asentaría en el principio de

**Licenciada
GABRIELA
MEIK**

Psicóloga

Psicoterapia
de adultos

Tel: 15 30397150

Ciudad Autónoma
Buenos Aires

**PERICIAS DE
ACCIDENTES**

En daños derivados de:

- Accidentes de tránsito viales y ferroviarios
- Accidentes de trabajo (LRT)
- Daños al consumidor (productos y servicios) y al medio ambiente (ruido, contaminación etc.)
- Edificios e incendio

TODOS LOS FUEROS
CAPITAL Y PROVINCIA

Ing. Jorge O. Geretto
23 años de experiencia judicial
San Nicolás 4795 CP (1419)
Capital Federal,
TEL/FAX 4502-3014
Cel. 15+4053-1993
Email: jorgegeretto@arnet.com.ar

**MÉDICA
LEGISTA**

Dra. CLARA REITBURD
MN 50.314

- Asesoramiento prejudicial.
- Evaluación de chance.
- Dictámenes.
- Redacción de puntos de pericia.
- Fundamentación médico legal.
- Impugnaciones.

Av. Corrientes 1145, p. 2°, of. 33,
Capital Federal
Tel: 4382-2200
15-4578-5975
reitburdclara@yahoo.com.ar

continuidad, la justicia social, el protectorio y el derecho al trabajo. Es decir el derecho de los ciudadanos a trabajar y el correlativo deber del estado de proporcionar empleo, o promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho.

Es decir, no solamente existe un deber de procurar un trabajo al desocupado, sino también el de garantizarle el mantenimiento de su trabajo al que ya lo posee. Si bien al Estado, por un lado, se le reconoce la obligación de procurar un empleo a cada ciudadano, por el otro, se asocia al empleador a dicha actividad, considerándose igualmente obligado a garantizar la estabilidad de su empleo. De esta manera el derecho a la estabilidad en el empleo se funda en los derechos humanos, además del derecho al trabajo, los relacionados con la dignidad del ser humano, la libertad del hombre frente al hombre, y la igualdad. La estabilidad, brinda al trabajador una seguridad que lo dignifica, porque el que sabe que no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de obligaciones, actuará aplicando la ética y con el interés de su familia y consagra la condición de eficacia de otros derechos. A la dignidad se añade la idea de libertad, porque la certeza del presente y de futuro otorga el trabajador fuerza y valor para defender sus derechos “pues quien no está merced de otro, sabe que nada, ni nadie, puede impedir sus acciones”. Asimismo, la estabilidad restablece la idea de igualdad, pues quien defiende sus derechos con dignidad y libertad, es igual a otro. Por último, la estabilidad consagra la condición de eficacia de otros

derechos, porque carecería de sentido fijar determinados niveles salariales, limitar la jornada, percibir el descanso obligatorio y la irrenunciabilidad de los derechos obreros si no existe un mínimo de seguridad de que el empleador no puede sustituir impunemente al trabajador que pretende usufructuar esos derechos.

La estabilidad no posee grados. La estabilidad es absoluta o no lo es. La estabilidad absoluta es la verdadera y única estabilidad. Cabe preguntarse, cuál es la eficacia de la estabilidad absoluta. Para Ermida Uriarte se la puede enfocar desde tres ángulos 1° como principio, es decir como presupuesto teórico básico, como lineamiento orientador; 2° como derecho, es decir como facultad del trabajador y deber del empleador, expresamente consagrados por la legislación, la negociación colectiva, los usos y costumbres laborales, los reglamentos internos. y 3° como bien de resultado, es decir como realidad existente en los hechos. En resumidas cuentas, destaca el maestro que se debe definir si en realidad el principio y el derecho a la estabilidad se da en la práctica.

Es por eso imprescindible resaltar la importancia de los hechos, dada su proximidad a las realidades sociales y económicas. Para ello se debe tener en cuenta dos premisas 1°) que puede haber estabilidad real sin que esté consagrado el derecho a la estabilidad, cuando existe un movimiento sindical fuerte y efectivo y cuando la demanda de mano de obra supera a la oferta de la misma, y 2°) la estabilidad puede ser inexistente en la realidad, aunque esté prevista en la letra de la ley, sea por la “tara inanidad” o “la crisis

de autenticidad”, que afecta a muchas legislaciones de Latinoamérica, básicamente la ausencia de un movimiento sindical que garantice la autotutela, o también por la presión de situaciones económicas desencadenantes de desempleo.

A pesar de las críticas economicistas que ven en la estabilidad un flagelo que conspira contra la generación de empleo, en realidad no existe ningún trabajo serio, de derecho o económico, que demuestre con datos de comprobación empírica que la estabilidad sea una traba para el desarrollo económico ni, mucho menos, que éste sea imposible en un régimen de estabilidad laboral, por el contrario el incremento de empleo se dio precisamente estando vigente la indemnización agravada por la prohibición del despido y la duplicación de la indemnización del art. 245 de la LCT, y una creciente jurisprudencia permanente de estabilidad absoluta que ordenaba la reinstalación de trabajadores, con motivo de la aplicación de la ley antidiscriminatoria. La OIT sostiene que “la protección contra el despido arbitrario puede existir tanto en los países en vías de desarrollo como en los países desarrollados, y constituye un objetivo aceptable sea cual fuere el sistema del país de que se trate”.

Afirma Ermida Uriarte, que la disminución de la protección laboral en atención a consideraciones económicas favorables a las empresas (trátese de un pretensión “desarrollista” o “neoliberal”), implicaría –en mayor o en menor medida– un cierto desplazamiento del riesgo de la empresa al sector laboral, lo cual contradice la esencia misma de la relación de traba-

DOCTRINA

jo. Continúa el célebre jurista, aún en una posición más flexible, que admitiera la hipótesis, ella sólo podría darse en la medida en que el trabajador participara efectivamente en las decisiones de las empresas⁴. No está demostrado que la inestabilidad laboral favorezca al desarrollo ni menos al empleo. La afirmación de que la estabilidad genera desempleo (por la contracción de la oferta de trabajo estable, por la quiebra de la productividad y por la inflexibilidad de la gestión del personal en las empresas), se contradice con la constatación estadística de que la crisis el mercado de trabajo se refiere sobre todo "a la búsqueda del primer empleo y a la retracción de la inversión".

En cuanto a la sustitución de la reincorporación por el pago de una indemnización, el jurista uruguayo responde que en casos excepcionales (como por ejemplo en México), debe concederse la opción del trabajador de reclamar la reincorporación o una indemnización en dinero. En los demás casos, la estabilidad es irremplazable, o tal vez, mejor, apenas puede ser reemplazada por la desesperación de los trabajadores, porque "sustituir la estabilidad por una indemnización en dinero es "un retroceso al mercantilismo y la confesión de que el trabajador sigue siendo una mercancía, a pesar de la Declaración de Filadelfia"⁵.

Uno de los primeros artículos de Justo López⁶ enseñaba con toda claridad: "El despido arbitrario es un acto calificable como "arbitrario" precisamente desde el punto de vista jurídico; es decir, un acto ilícito. Esto resulta, ahora, indudablemente, de la

cláusula que eleva a nivel constitucional la protección contra él. Es un acto de "arbitrariedad jurídica privada" (antijuridicidad), como lo vieron muy bien la doctrina y la jurisprudencia francesa al tratarlo como "acto abusivo" un abuso de poder privado". Concluía estas reflexiones con una pregunta: "¿Cómo podrá ser inconstitucional un sistema que a ese "acto ilícito", en lugar de sancionarlo legalmente con una indemnización tarifada, simplemente, lo priva de toda eficacia jurídica, al aniquilar su "efecto disolutivo" de la relación de trabajo? Tras afirmar que los fines del derecho del trabajo contienen la protección de la personalidad del trabajador y su integración social, aseveraba: "... la impunidad del despido arbitrario frustra ambos fines porque el sometimiento del trabajador al capricho del "poder de mando" en la dirección empresarial es contraria a su dignidad personal y la posibilidad de exclusión, sin motivo justificado, de la comunidad de trabajo lo convierte en un desarraigado, en un instrumento fungible o pieza intercambiable de una maquinaria social de producción de bienes o servicios..."⁷ Con el fallo De Luca, dictado por la Corte, Justo López sostenía: "nos vienen ganas de preguntarnos si no se está, geométricamente y utópicamente, tratando de reconstruir, al filo del último tercio del siglo XX, la teoría pura del liberalismo económico-jurídico. Justo López se preguntaba: ¿Inconstitucional un sistema así? Respondía: "rotundamente creemos que no"⁸.

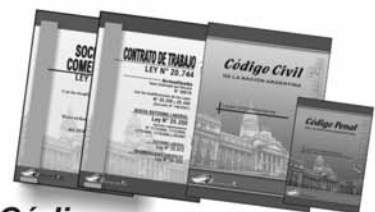
El maestro uruguayo destaca una serie de circunstancias fácticas y jurídicas referidas a la esta-

Ediciones del País

Ediciones del País



MODELO DE DEMANDA EXPLICADO



Códigos

(Nación - Prov. de Bs. As.)

Códigos de Bolsillo

(Nación - Prov. de Bs. As.)

Leyes y Decretos

(Nación - Prov. de Bs. As.)

Lavalle 1282 - Piso 1º - Oficina 8 y 10
(C1048AAF) Ciudad Autónoma de Bs. As.
Teléfonos : (011)4383-7075/6402
Fax : (011)4383-7075
E-mail : editpals@infovia.com.ar

DOCTRINA

bilidad, a saber: “a) una adecuada reglamentación de las categorías excluidas y de las causas de despido justificado; b) la previsión de protecciones sustitutivas eficaces para dichas situaciones; c) la previsión de la acción de reinstalación efectiva [...] (celeridad en el trámite judicial de readmisión en el empleo) o dar efecto suspensivo al despido [...] (es decir se tramita con el trabajador adentro de la empresa)”. Los valores en juego no se localizan en el terreno económico sino en el de la tutela de la personalidad del trabajador, en el de la dignidad del que trabaja para otro⁹.

Por esa razón, resulta falaz el argumento que sostiene que no se puede imponer el mantenimiento del vínculo o el nacimiento de uno nuevo contra la voluntad del empleador, como si el empleador creara derechos o los quitara. Es desde el orden constitucional que se trata de civilizar las relaciones de poder, y es precisamente aquellos que se

encuentra en una situación de denominación los que deben adecuar sus conductas para que su poder deje de ser arbitrario y fecunde relaciones civilizadas. ♦

Notas

1. Ermida Uriarte, Oscar, “La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?”, Montevideo, Editorial Acadi, 1983, pág. 15.
2. Artículo incorporado por art. 1° de la Ley 26.592 B.O. 21/5/2010.
3. Barbagelata, Héctor, Hugo, Sobre la estabilidad en el empleo. Revista de Derecho Laboral, Montevideo 1978, t. XXI, n° 111, pág. 330 y Von Potobsky, Geraldo, La recomendación de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, en Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Buenos Aires, 1979, pág. 595.
4. Ermida Uriarte, Oscar, ob. Cit “La estabilidad...”, pág. 63
5. Cesarino Junior, Antônio, F. Estabilidade e fundo de garantia, Río, 1968, citado por Ermida Uriarte, Oscar, ob. Cit “La estabilidad...”, pág. 66.
6. Justo López, “El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”, Legislación de Trabajo, t° XV , pág. 657
7. Justo López “El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”, Legislación de Trabajo, t° XV, pág. 675
8. Justo López, “¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad? Rev. Legislación del Trabajo t° XVII, pág. 398
9. Ermida Uriarte, Oscar, ob. Cit “La estabilidad...”, pág. 72

PARA TOMARSE VACACIONES

La **Asociación de Abogados Laboralistas** ha formalizado un convenio con la **Asociación Judicial Bonaerense** para que nuestros asociados puedan disfrutar de las instalaciones y servicios del **Hotel El Parador de la Montaña** en la Provincia de Córdoba y del Campamento Judicial de Miramar, en la Provincia de Buenos Aires.

El Hotel Parador de la Montaña se encuentra en Santa Rosa de Calamuchita, hotel y cabañas en una zona parqueada de 20 hectáreas. Se brinda régimen de alojamiento con pensión completa.

El Campamento, en el paraje El Durazno de Miramar, cuenta con cabañas para cuatro o seis personas, además de las instalaciones propias de un camping.

El ofrecimiento es para la llamada “temporada baja” (excluye, pues, semana santa y las ferias judiciales de verano e invierno).

Hotel El Parador de la Montaña**Campamento Judicial de Miramar**

Las reservas deberán solicitarse en la Secretaría de Turismo de la Asociación Judicial Bonaerense, sita en calle 49 n° 488, La Plata, TE 0221 / 423-6101; 423-2632; 425-6294, email: turiajb@latinmail.com

**SI LOS ACTORES TENEMOS
CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO,
RECIBIMOS ÓRDENES PARA REALIZAR NUESTRA LABOR,
NOS EXIGEN EL CUMPLIMIENTO DE UN HORARIO,
DISCUTIMOS NUESTROS SALARIOS EN PARITARIAS
Y LOS EMPRESARIOS APORTAN Y APORTAMOS
A NUESTRA OBRA SOCIAL:
TENEMOS RELACIÓN DE
DEPENDENCIA**

**NO A LA EXIGENCIA DE FACTURACIÓN
PARA PODER TRABAJAR
LEY DE JUBILACIÓN
PARA EL ACTOR**

**CONSEJO
INTEGRAL**



**ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE ACTORES**

Alsina 1762 - C.A.B.A
Tel: (011) 5281-9900
www.actores.org.ar

Inconstitucionalidad de la competencia civil en los accidentes de trabajo

-----> por Leonardo Elgorriaga

Introducción

La última reforma a la LRT por parte de la ley 26.773 trae importantes modificaciones en lo que respecta a las llamadas “acciones extra-sistémicas”, que entendemos se apartan de los criterios expuestos por la Corte Suprema de la Nación en la oportunidad de cuestionar la constitucionalidad del régimen originario previsto en la LRT. En el presente artículo se analizan las principales objeciones constitucionales que se le pueden realizar a la competencia civil en materia de accidentes de trabajo establecidos por la ley 26.773, utilizando como base para dicho cuestionamiento la doctrina que emana de jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de responsabilidad civil del empleador por accidentes y enfermedades laborales.

Principales argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la competencia civil, según fallos de la Corte Suprema:

El último párrafo del art. 4° de la ley 26.773 establece que: *“En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”*. En consonancia con ello el art. 17.2 agrega que: *“A los efectos de las acciones judiciales previstas en el artículo 4° último párrafo de la presente ley, será competente en la Capital Federal la Justicia Nacional en lo Civil. Invítase a las provincias para que determinen la competencia de esta materia conforme el criterio establecido precedentemente”*.

Se puede apreciar que el art. 17.2 de la ley 26.773 importa una excepción a la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo en los reclamos por accidentes y enfermedades laborales fundados en normas del derecho civil, puesto que el art. 20 de la L.O. establece sobre el particular que: *“Serán de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo... las causas entre*

trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquél”. Por lo tanto, antes de que entrara en vigencia la reforma de la ley 26.773, no existían dudas de que la Justicia Nacional del Trabajo era competente para entender en los reclamos entre trabajadores y empleadores vinculados por un contrato de trabajo, aun cuando las demandas estén fundadas en disposiciones del derecho común. La entrada en vigencia de la ley 26.773 importa una modificación parcial de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en los reclamos entre trabajadores y empleadores fundados en disposiciones del derecho común, excluyendo ahora de esa competencia sólo a los reclamos fundados en las acciones judiciales previstas en el art. 4° último párrafo de la propia ley 26.773, las cuales deberán tramitar para el ámbito de la Capital Federal ante la Justicia Nacional en lo Civil, invitando a las provincias para que determinen la competencia en estos casos conforme dicho criterio. Es decir que la Justicia Nacional del Trabajo seguirá siendo competente en los reclamos entre trabajadores y empleadores fundados en disposiciones del derecho común, salvo en el caso de las acciones judiciales previstas en el art. 4° último párrafo de la ley 26.773, para los cuales será competente exclusivamente la Justicia Nacional en lo Civil.

Si bien es atribución del Congreso Nacional crear tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia y fijar su competencia y atribuciones (art. 75 inc. 20° CN), tales atribuciones deben ser ejercidas con la finalidad de “afianzar la justicia” como lo establece el Preámbulo de la Constitución Nacional, respetando para el caso de los trabajadores el mandato de preferente tutela que emana del art. 14 bis de la CN, y asegurándose el cabal cumplimiento del principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 16 de la CN, todo ello conforme el principio de razonabilidad emanado del art. 28 de la CN.

La Corte Suprema en el fallo "Vizzoti" ha realizado un especial análisis del principio de razonabilidad del art. 28 de la CN en relación al principio protectorio previsto en el art. 14 bis CN al decir que: *"Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23). El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto (Fallos 301:319, 324/325, considerando 5°). Que el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula". De esta manera, según la doctrina de la Corte en "Vizzoti", las leyes laborales deben ser analiza-*

das constitucionalmente en su razonabilidad (art. 28 CN) siempre en relación al principio protectorio previsto en el art. 14 bis CN y al carácter del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional. Este mandato de particular protección del trabajador incluye especialmente el caso de los accidentes y enfermedades laborales, en cuanto las leyes deben asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor según el propio art. 14 bis CN, y conforme también con el art. 23 inc. 1° Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XIX Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 7 inc. b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75 inc. 22° CN).

Ahora bien, hacer competente a la Justicia Nacional en lo Civil en los reclamos por accidentes y enfermedades laborales fundados en normas del derecho civil siendo que subsiste un fuero especial del trabajo dentro de la Capital Federal, es una medida que no apunta a obtener una mayor protección de los trabajadores víctima de tales infortunios, sino que, por el contrario, obliga a los trabajadores a litigar en un fuero que no es el propio de los trabajadores y con un procedimiento más perjudicial para el reconocimiento efectivo de sus derechos. En este sentido, son notorias las mayores dificultades procesales que el Código Procesal Civil y Comercial tiene para el trabajador en comparación con el procedimiento laboral previsto en la ley 18.345. Entre ellas se pueden mencionar la mayor celeridad del procedimiento laboral en relación al civil, puesto que como principio general las vistas y traslados en el procedimiento laboral son por el plazo de 3 días (art. 54 L.O.), mientras que en

el procedimiento civil es por el plazo de 5 días (art. 150 CPCCN). También se puede señalar la mayor celeridad del procedimiento laboral para que los jueces dicten sentencia de primera instancia en 30 días (art. 27 inc. c) L.O.), mientras que en el procedimiento civil es de 40 días (art. 34 inc. 3) c) CPCCN). Asimismo, en el procedimiento laboral el plazo para contestar demanda es de 10 días (art. 68 L.O.), mientras en el procedimiento civil ordinario el plazo para hacerlo es de 15 días (art. 338 CPCCN). Se puede mencionar también la mayor celeridad del procedimiento laboral para apelar la sentencia de primera instancia ya que el recurso se debe interponer dentro del plazo de 6 días de notificada la sentencia junto con la expresión de agravios (art. 116 L.O.), mientras que en el procedimiento civil en el juicio ordinario el recurso se interpone a los 5 días y debe luego expresarse agravios dentro del plazo de 10 días de noti-

ABOGADO LABORALISTA

**GUILLERMO
PAJONI**

Avenida de Mayo 1370

Piso 7° 160

(1362) Capital Federal

Teléfono:

4381-4323

pajoni_guille@ciudad.com.ar

ficada la resolución que tiene el expediente en cámara (arts. 243 y 259 CPCCN). En relación también a la mayor celeridad del procedimiento laboral respecto del civil, se puede mencionar el hecho de que en el primero el impulso del procedimiento recae en el juez (art. 46 L.O.), mientras que en el procedimiento civil el impulso sigue siendo de la parte. En el procedimiento civil por tener su impulso en la parte, existe la posibilidad de que se declare la caducidad de la instancia (art. 310 y siguientes CPCCN) y finalice así el proceso, posibilidad ésta que no existe en el procedimiento laboral.

Resulta de mayor importancia contar con un procedimiento más acelerado en el caso de los trabajadores incapacitados laboralmente para de esta forma poder contar una reparación justa dentro del plazo más rápido posible que les permita paliar la penosa situación en la cual se encuentran. Es por ello que resulta irrazonable (art. 28 CN) asignarles a los reclamos por accidentes y enfermedades laborales fundados en las acciones previstas en el art. 4° ley 26.773 un procedimiento con menor celeridad que el previsto para el resto de los reclamos laborales, siendo ello una medida tendiente a “desproteger” a los trabajadores siniestrados y que violenta el principio protectorio del art. 14 bis CN.

Por otro lado, corresponde destacar que el trabajador siniestrado que ejerce su legítimo derecho constitucional a obtener de su empleador una reparación integral por el daño sufrido con base en las normas del derecho civil, no deja por ello de seguir siendo un trabajador en inferiores condiciones socioeconómicas que su empleador, y por lo tanto, merecedor de todos los

derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, en los tratados internacionales y en las leyes, para cualquier trabajador en relación de dependencia. Por el contrario, el art. 4° de la ley 26.773 establece que en estos reclamos no sólo corresponde el procedimiento y competencia del fuero civil, sino que también establece que se aplicarán los principios del derecho civil, excluyendo los principios propios del derecho del trabajo, incluido el principio protectorio. La reforma pretende así privar al trabajador que reclama la responsabilidad civil del empleador de los principios del derecho del trabajo que lo asisten y los cuales tienen origen constitucional y supra-legal, como si por el solo hecho de invocar normativa del derecho civil, dejara de ser un trabajador que reclama a su empleador una justa reparación. Este mismo cuestionamiento fue hecho por la Dra. Cañal en su voto al declarar la inconstitucionalidad de la competencia civil prevista en la ley 26.773 en autos: “Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A.”¹: “...¿cómo puede el legislador suponer que la desigualdad desaparece por el mero hecho de optar el trabajador por una acción civil, y que estamos ante un ciudadano más, igual a quien lo contrata o lo asegura? El fuero específico, precisamente, tiene su razón de ser en esa relación despareja, que prevé una especial formación para quién juzga, completamente empapado por los principios de la disciplina”.

La Corte en “Aquino”, cuando declaró la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la LRT que imposibilitaba al trabajador hacer civilmente responsable a su empleador por los accidentes y enfermedades

laborales, no sólo entendió que dicha eximición afectaba principios y derechos constitucionales de todas las personas, sino también porque se afectaban derechos y principios propios del trabajador previstos en el art. 14 bis CN. Es por eso que entendió que el derecho del trabajador de obtener de su empleador una justa indemnización por el daño sufrido es consecuencia también de los principios propios del derecho del trabajo. Señaló allí que: “También lo es de reconocer, al unísono, que mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la LRT no ha tendido a la realización de la justicia social, según ha quedado ésta anteriormente conceptualizada. Antes bien; ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo (Fallos: 181: 209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, considerando 8°) y, en consecuencia, formular una “preferencia legal” inválida por contraria a la justicia social (doctrina de Fallos: 264: 185, 187, considerando 6°). Ello encierra, paralelamente, la inobservancia legislativa del requerimiento de proveer reglamentaciones orientadas a “asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión”, según lo afirmó esta Corte en “Roldán c. Borrás”, con cita de la sentencia *West Cost Hotel Co. v. Parrish* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (Fallos: 250:46, 49, considerando 3°; en sentido análogo, respecto de la regulación estatal de los salarios: Fallos: 246:345, 348/349, considerando 6° y 7°)”.

De esta forma, la Corte, al reconocer el derecho del trabajador siniestrado de hacer civilmente res-

DOCTRINA

ponsable al empleador sostiene ese derecho también en el principio protectorio (art. 14 bis CN) y en la necesidad de reducir las desigualdades de hechos existente entre las partes conforme el principio de justicia social. La Corte sigue reconociendo como tal al trabajador que reclama conforme normas civiles, y por lo tanto, como un sujeto de preferente tutela constitucional. El derecho a una reparación integral por los perjuicios sufridos, cuya reglamentación se encuentra en las responsabilidades fijadas por los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, no se limita sólo al ámbito de aplicación de dicho Código sino que constituye un principio general aplicable a las restantes disciplinas jurídicas por expresar un derecho constitucional de todas las personas (art. 19 CN). Es por ello que el trabajador que ejercita su derecho a una reparación integral sobre la base de tales disposiciones del Código Civil, está procediendo de

conformidad a un principio general que no es exclusivo del derecho civil sino que es común a las restantes disciplinas jurídicas, incluido el derecho del trabajo. En consecuencia, establecer que se apliquen los principios propios del derecho civil como hace la ley 26.773, no se corresponde con los verdaderos principios que se están poniendo en juego en estos casos, los cuales son por un lado el principio "alterum nom laedere" del art. 19 CN, y por el otro, el principio protectorio del art. 14 bis CN, el primero común a todas las disciplinas jurídicas y el segundo un principio propio del derecho del trabajo.

El art. 17.2 de ley 26.773, al hacer competente a la Justicia Nacional en lo Civil en los reclamos por accidente de trabajo fundados en el derecho civil, y el art. 4º último párrafo de esa ley al establecer que en los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la

vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil, violentan todos ellos el mandato de protección del trabajador en su situación de desigualdad frente al empleador (art. 14 bis CN). Se trata de disposiciones que desconocen la situación de inferioridad del trabajador y de la necesidad de una particular protección por parte de la ley. No existe ninguna especial consideración a la vulnerabilidad del trabajador accidentado en el hecho de que sea arrancado del fuero propio de los trabajadores y sea enviado a litigar a un fuero civil común, con un procedimiento más perjudicial que el previsto en el fuero del trabajo y aplicándosele principios del derecho civil que desconocen la desigualdad negocial del trabajador frente a su empleador. La reforma le asigna al trabajador víctima de un infortunio laboral el mismo tratamiento que a cualquier persona,

María Eugenia Caggiano & asociados

**Abogados
Asesores legales**

Trámites en la ciudad de Rosario y Cordón del Gran Rosario

Balcarce 1785 (2000) Rosario
Tel: 0341 4851656 / 4815460

Luis Enrique Ramírez

ABOGADO

Supervisión de demandas por siniestros laborales

Tel: 4375-4100
4375-6300

MEDIACIÓN PRIVADA

Cynthia Benzion
Abogada - Mediadora

- Honorarios exclusivamente a cargo del requerido
- Sin gastos administrativos ni de notificación
- Primera audiencia en fecha inmediata

Montevideo 368
piso 4º, dto. "N"
Buenos Aires
Tel: 4374-6705

reforzando con ello las desigualdades fácticas que existen entre empleador y trabajador.

Por otro lado, la normativa aquí cuestionada resulta también violatoria del principio de igualdad (art. 16 CN) al colocar en forma arbitraria a los trabajadores que reclaman la responsabilidad civil de los empleadores por los accidentes de trabajo, en inferiores condiciones judiciales y procesales que el resto de los trabajadores litigantes. El art. 17.2 envía a la Justicia Nacional en lo Civil sólo los reclamos de los trabajadores accidentados fundadas en normas del derecho civil según art. 4° de esa misma ley, mientras que el resto de los reclamos de los trabajadores continúan tramitando ante la Justicia Nacional del Trabajo, aún aquellos basados en normas del derecho común aplicables al contrato de trabajo (art. 20 L.O.). Tal como ha quedado dicho, no existe ningún fundamento razonable que justifique esta discriminación de los trabajadores accidentados que reclaman conforme normas del derecho civil respecto de los restantes trabajadores que realizan otro tipo de reclamos a sus empleadores. El hecho de que el reclamo sea fundado en normas del derecho civil no justifica realizar dicha diferenciación porque aún luego de entrada en vigencia la ley 26.773, los

jueces del trabajo siguen siendo competentes en los restantes reclamos efectuados por los trabajadores sobre la base de disposiciones del derecho común aplicables al contrato de trabajo. La justificación de dicha diferenciación no se encuentra en una mayor idoneidad de los jueces civiles ya que históricamente los jueces del trabajo durante la vigencia de la ley 9.688 intervenían también en los reclamos por accidentes de trabajo fundados en normas del derecho civil, y también lo siguen haciendo con la vigencia de la ley 24.557 luego de que fuera declarada la inconstitucionalidad del art. 39.1 a partir de "Aquino". De esta forma, no existe ningún fundamento razonable que justifique el peor tratamiento jurisdiccional y procesal otorgado a los trabajadores accidentados que reclaman una reparación integral a sus empleadores, respecto de los restantes reclamos efectuados por los trabajadores. El único fundamento posible es la intención del legislador de desalentar y/o empeorar la tramitación de este tipo de reclamos, afectando con ello al derecho constitucional de cualquier trabajador de obtener una reparación integral por el daño sufrido.

Este diferente tratamiento efectuado para los trabajadores acci-

dentados que reclaman con base en el art. 4 de la ley 26.773, violenta claramente el principio de igualdad ante la ley por constituir una distinción arbitraria y sin justificación alguna, colocando a dichos trabajadores que necesitan mejores condiciones jurisdiccionales y procesales en peores condiciones que el resto de los reclamos efectuados por los trabajadores a sus patrones. El principio de igualdad y la prohibición de realizar actos discriminatorios, se encuentran reconocidos en el art. 16 de la CN, y por los siguientes Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22° CN): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). ♦

Nota

1. CNAT, Sala III, "Astudillo, Walter Gustavo c/ Prevención ART S.A. s/Accidente-Acción Civil", 28/06/2013, Sentencia interlocutoria N° 62.970.

**ABOGADOS
LABORALISTAS**

**ESTUDIO
FERRARI KIEL**

Y ASOCIADOS

Alejandro Raúl Ferrari
Pablo Gustavo Kiel

**ADRIANA MICALE
abogada**

master en seguridad social

Lavalle 1587, 2° piso – 4371-5039
segusocial@adrianamicale.com.ar

Inconstitucionalidad de la opción en el régimen de riesgos del trabajo

-----> por Juan J. Formaro

Las siguientes líneas tienen por objeto sintetizar los argumentos que giran en torno al planteo de inconstitucionalidad de la opción del art. 4° de la ley 26.773. Ello no obsta a la existencia de supuestos en los cuales consideramos que la mentada opción no se aplica, como así tampoco a la viabilidad de sostener la carencia de carácter renunciativo de aquella, lo que posibilitaría la pretensión subsidiaria. Para un estudio más profundo del tema remitimos a nuestra reciente obra "Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773. Acción especial y acción común"¹, resumiendo del modo que sigue los fundamentos del planteo de inconstitucionalidad de la opción que pretende colocar al trabajador accidentado frente a la disyuntiva insalvable de renunciar a la garantía mínima sistémica o abdicar de la reparación plena que se proclama constitucionalmente:

- a) Se agravan los arts. 14 *bis* y 19 de la Const. Nacional, pues la renuncia castiga al sujeto que la Ley Suprema manda proteger, y lo hace por procurar la reparación plena que aquella misma asegura. Se trata entonces de una irrazonable reglamentación (art. 28, Const. Nacional), pues no tiende a la efectivización plena de los derechos².
- b) La ley 26.773 garantiza, en lugar de la indemnidad psicofísica del trabajador, la inmunidad patrimonial al empleador, incurriendo en una preferencia legal inválida contraria al art. 14 *bis* de la Constitución Nacional³.
- c) El art. 4° de la ley 26.773, integrando un régimen que se dice reparatorio, violenta la doctrina de la Corte Suprema⁴ que ha establecido que resulta inconstitucional una indemnización que no sea "justa" (lo que equivale a eximir de todo daño y perjuicio). La ley no puede propiciar que el daño subsista en medida alguna, y ello es lo que hace la norma en crisis.
- d) La renuncia importa afectar el patrimonio del trabajador (art. 17, Const. Nacional), mientras que su protección tiene más sentido aun en el

caso de que el titular de la propiedad sea el dueño de la fuerza de trabajo⁵.

- e) Porta el régimen una insalvable contradicción intrínseca, al consagrar como irrenunciable (art. 11, *LRT*) la prestación que la ley permite despojar, tomando arbitrario e infundado al art. 4° de la ley 26.773.
- f) Se vulnera el principio de progresividad⁶, la obligación de proveer al progreso económico con justicia social (art. 75, inc. 19, Const. Nacional), y la manda de legislar garantizando el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales (art. 75, inc. 23, Const. Nacional).
- g) Se viola el derecho a peticionar a las autoridades (art. 14, Const. Nacional) que entronca con la defensa en juicio (art. 18, *idem*), ya que la renuncia importa irreal abdicación a exigir la tutela de los derechos.
- h) La desprotección se exagera pues el sujeto hiposuficiente transita solo, ya que frente a la imposición de alcances abdicativos no se exige patrocinio jurídico.
- i) La disposición desconoce la situación de emergencia que padecen inexorablemente el sujeto trabajador dañado en su integridad psicofísica y su familia –a quien desprotege– (art. 14 *bis*, Const. Nacional).
- j) La renuncia presumida y que no parte de una justa composición de derechos judicialmente evaluada importa la violación de todo el régimen jurídico que desde las leyes generales (Ley de Contrato de Trabajo y Código Civil) rige en materia de desistimientos, renunciaciones y actos lesivos. Implica además un enriquecimiento incausado.
- k) Se contradicen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que mandan asegurar reparaciones (Convenios 17, 42 y 102). Se viola así lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional que otorga jerarquía suprale-

gal a los instrumentos acordados con organizaciones internacionales.

- l) Nuevamente se viola el principio de progresividad, reconocido por la Corte Suprema como operativo en materia laboral, al desestimarse un cúmulo que ya se admitía en la ley anterior (*LRT*) para el caso de dolo.
- m) La regresión se evidencia también con respecto al marco tutelar alcanzado al amparo de la jurisprudencia constitucional (que admitió el sistema de cúmulo relativo). Se recuerda además que el control de constitucionalidad de toda medida regresiva en materia de derechos sociales no debe ser deferente con el legislador; al contrario, debe ser particularmente estricto. En estos supuestos se debe presumir la inconstitucionalidad e inconventionalidad de la norma, recayendo sobre quien pretenda sostener su constitucionalidad la prueba concluyente de un interés estatal sustancial, urgente o insoslayable que justifique la medida y, a su vez, que el medio empleado para alcanzar ese interés sea particularmente efectivo y no pueda lograrse por otra vía que comprometa en menor medida los derechos fundamentales en juego⁷.
- n) Lo mismo sucede en relación a las disposiciones de las normas precedentes sobre infortunios laborales, pues la ley 26.773 sólo permite accionar una vez recibida la notificación a que alude su art. 4º, exigencia que no contempla la primigenia ley 9688. Esto último implica violar además el acceso a la justicia

(art. 18, Const. Nacional).

- ñ) Se desconoce la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (lo expresado en las causas “Aquino”, “Llosco”, y “Rodríguez Pereyra”, entre otras).
- o) La opción carece de fundamento (pues no existe razón para imponer la renuncia⁸, máxime cuando ahora se trata de deudores diferentes), y ello convierte en irrazonable a la norma que la instituye según la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación.
- p) El esquema legal importa violación de la igualdad (art. 16, Const. Nacional), pues el trabajador dañado por un tercero puede procurar la reparación plena sin renunciaciones, mientras que el afectado por el obrar del empleador debe soportar parte del daño si quiere acceder a las prestaciones sistémicas.
- q) La ley resulta irrazonable, pues, como se ha dicho, el único objetivo que persigue es garantizar la inmunidad del empleador y en consecuencia viola la indemnidad del trabajador.
- r) Se contradice el fundamento explícito de la ley 26.773, contenido en el Mensaje de Elevación del proyecto, donde se alega buscar el otorgamiento de reparaciones plenas y accesibles para las víctimas.
- s) El régimen sancionado desdeña la prevención (que interesa primordialmente a los trabajadores), puesto que promueve la indiferencia de los obligados⁹, ya que al insertar la opción coloca al trabajador en la disyuntiva

de elegir el mínimo o accionar por la indemnización plena con riesgo de perderlo todo. No es difícil predecir qué elección podrá realizar un sujeto hiposuficiente que además se encuentra disminuido en su integridad psicofísica producto de un siniestro.

Como se observa, múltiples son los argumentos que permiten la descalificación de la norma en crisis.

A ello no empece la tesis que arguye un supuesto arraigo de la limitación que se consagra en el art. 4º de la ley 26.773, pues aquélla pierde de vista una regla hermenéutica central que rige al momento de efectuar el control judicial de constitucionalidad de las normas.

En efecto, la Corte Suprema, en el célebre caso “Sejean”¹⁰, ha dejado suficientemente en claro que otros hombres, en otras épocas, pueden haber estatuido determinado régimen y puede también que el mismo haya sido entonces un criterio legislativo adecuado más allá de su carácter opinable. Pero el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera.

Tal como ha expresado el Máximo Tribunal, cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen. Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la

DOCTRINA

organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo.

La exégesis de la Constitución –de horizonte largo y anticipatorio– atañe a un instrumento vivo, y por ello, reclama –y reclamará siempre–, naturalmente, un exégeta de proporcionado aliento¹¹.

Por lo tanto, siendo que no hay nada más injusto que una ley obsoleta, que una ley vieja que no se adecua a la realidad posterior¹², podrá en mérito a los argumentos reseñados solicitarse la descalificación constitucional del precepto (art. 4º, ley 26.773). ♦

Notas

1. Véase Formaro, Juan J., Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773. Acción especial y acción común, Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
2. En el mismo sentido, Fernández Madrid ha concluido que la opción es inconstitucional, afirmando que se trata de una norma regresiva, que conduce

a renunciar lo irrenunciable, y que importa una irrazonable reglamentación del derecho constitucional a la reparación (*La inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 26.773*, “Doctrina Laboral y Previsional”, Errepar, t. XXVII, julio de 2013)

3. Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata sobre la ley 26.773, “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, 30/10/12, inédito.
4. CSJN, 26/6/67, “Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos A.”, CSJN-Fallos, 268: 112.
5. Conf. Quiroga Lavié, “Aspectos constitucionales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo”, en Corte - Machado, Siniestralidad laboral. Ley 24.557, 1996, p. 409.
6. Así lo ha advertido Gialdino, *La opción excluyente de la ley 26.773 y el principio de progresividad*, inédito.
7. Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la Universidad Nacional de La Plata sobre la ley 26.773, “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, 30/10/12, inédito.

8. Tampoco dieron razón al respecto las leyes anteriores que la implantaron, tal como da cuenta la doctrina que explica que pese a haber buscado explicaciones que desarrollaran la justificación interpretativa, aquéllas no se han hallado (conf. Cornaglia, *Derecho de daños laborales*, 1992, p. 188).
9. Tal como también sostiene Schick, *Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Análisis del proyecto del PEN con media sanción del Senado y del Decreto 1720/12, Microjuris*, MJ-DOC-6013-AR.
10. CSJN, 27/11/86, “Sejean, Juan B. c. Zaks de Sejean, Ana M.”, CSJN-Fallos, 308:2268.
11. Petracchi, *Jurisdicción constitucional y derechos humanos*, LL, 2006-A-905.
12. García Martínez, *La opción en las acciones de la ley de accidentes de trabajo*, DT, 1989-B-1905.



UNIÓN PERSONAL DE FÁBRICAS DE PINTURAS Y AFINES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA



Av. Nazca 845 (C1406AJH) Capital Federal – Tél./Fax: 4611-7425/4612-7826/4613-1979/3960
Línea de atención del beneficiario: 0800-999-8525
E-mail: upfpa@fibertel.com

Apuntes sobre un cambio de perspectiva en materia de discriminación por razones de género

-----> por Andrea García Vior

¿A qué nos referimos cuando vinculamos al género con supuestos de discriminación?

Evidentemente aludimos a un factor sensible o “sospechoso” de trato perjudicial o peyorativo y, a mi juicio, de ese modo, seguimos poniendo el acento en la problemática de la mujer¹ cuando, tal vez deberíamos centrarnos en las causas por las cuales se discrimina, para así advertir que no es el sexo en sí el determinante de la discriminación, sino una serie incierta y mutable de concepciones y preconceptos que nada tienen que ver con lo biológico, sexual o fisiológico y que pivotan sobre capacidades o incapacidades presuntas que, en muchos casos, se vinculan con los roles atribuidos de antemano por la sociedad, tanto a la mujer como al varón.

El género alude a las construcciones sociales y culturales en torno a lo que se entiende por “femenino” y “masculino” y siempre las actitudes peyorativas parten de asociar a las personas con estereotipos y prejuicios culturales y sociales².

Vemos así que, **el concepto de género no es biológico, sino social y por lo tanto no se vincula a aspectos naturales inmodificables de las personas, sino a concepciones íntimas que deben empezar a ser replanteadas en pos de una organización social más justa que se preocupe de lo humano sin previamente clasificarlo en base a binomios de contrarios que no reflejan ninguna realidad esencial**³.

Los estereotipos de género al decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refieren a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres o mujeres respectivamente y remite a significados sociales vinculados con la formación de las identidades, las expectativas, los comportamientos y, en lo que aquí interesa, con las relaciones de poder que surgen de su interacción⁴.

El género, una categoría transversal

La dimensión o perspectiva de “género” debe abordarse, como señala Gialdino, teniendo en cuenta básicamente su carácter doblemente transversal. En efecto, la problemática de género no es exclusiva del derecho, sino que debe reconocerse y afrontarse en todas las esferas en las que las personas se desarrollan (en la política, en la ciencia, en la participación sindical, en la economía, en la educación, en la salud, en la vida privada, en el arte) y, a su vez, involucra a los comportamientos vinculados a la orientación sexual o identidad de género, al estado civil o situación de familia y a la filiación y no sólo al sexo.

Tal vez sea en la relación familia- trabajo donde campea con particular incidencia la distinción de género y ello puede abordarse desde una óptica diversa. Creo que este cambio de perspectiva se impone a la luz del nuevo paradigma que en la materia introdujo por un lado, la ley de matrimonio igualitario y, por el otro, la ley de identidad de género - respecto de la cual la ley 26862 que impone a los prestadores de salud la cobertura de los tratamientos de procreación humana asistida y recepta la concepción amplia de familia y filiación del Proyecto de Cod. Civil y Comercial de la Nación 2012, permite avizorar nuevos planteos⁵.

Debe reconocerse, no obstante, que técnicamente no resulta desacertado introducirnos en las problemáticas vinculadas a la discriminación de la mujer en el trabajo a través de la perspectiva de género, puesto que ello nos habilita a esgrimir un importante abanico de principios, garantías y derechos específicos que, con la sanción de la ley 26485, han recibido una renovada impronta. Sin embargo, ese enfoque limita el alcance de la propuesta puesto que, al asociarse exclusivamente al género femenino, lleva a estigmatizar aún más a la mujer, sin advertir que las temáticas puntuales comprenden al ser humano —definido por su hominidad— y tal vez resulten más fáciles de com-

prender - y aceptar- si se enfocan tomando en cuenta también la posición del varón. Tanto en las estructuras de poder, como en las de “no-poder” (relacionadas con lo afectivo, lo creativo, lo emocional, lo artístico o lo familiar) las personas del género masculino se encuentran, de alguna forma, predestinadas a cumplir determinados roles que no siempre logran desempeñar, no satisfacen sus necesidades vitales o no se corresponden con los nuevos modos de relacionamiento humano, dando lugar a situaciones frustrantes que desencadenan en cuadros de alcoholismo, drogadicción y violencia.

Errores de abordaje: La mujer, el sexo y el género

La cosmovisión dicotómica antes aludida ha llevado a algunos a sostener que lo que se persigue al imponer una “perspectiva de género” en el análisis del comportamiento humano, es destruir las diferencias sexuales, que la “clase subyugada” (las mujeres) se alce en revolución y se declare el fin de la familia biológica⁶. La desmesurada resistencia de algunos sectores, evidentemente parte de una premisa falsa, que asimila al sexo con el género y a la “perspectiva de género” con “feminismo”.

Como lo enfatiza Graciela Medina⁷ el objetivo no es otro que remover los patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género sin desconocer ni desvalorizar las diferencias naturales entre femeninos y masculinos. Para ello **es necesario no adoptar la palabra género como sinónimo de mujer, ni considerar a la perspectiva de género como la problemática del sexo femenino.**

Para evitar infructuosos debates y por considerar que lo “ideolóxi-

co”⁸ del término en vez de superar obstáculos puede crear nuevas barreras (a veces, más estigmatizantes que las que se pretenden superar), en reiteradas ocasiones he propuesto un cambio de perspectiva y en vez de hablar de género y discriminación he preferido afrontar el problema de manera parcializada y sólo desde uno de los aspectos que más relevancia tiene como condicionante de los preconceptos que favorecen la distribución sexista de roles: la familia⁹.

El trabajo de hombres y mujeres. Mitos y realidades

“La mujer en la casa y el hombre en el trabajo” ya no responde a la realidad de la familia moderna¹⁰ pero, sin embargo, importantes vestigios de la sociedad patriarcal nos impiden salir de ese encorsetamiento. Hasta hoy **uno de los argumentos presuntos para preferir la contratación de varones se vincula con la capacidad reproductiva de las mujeres, con el ausentismo derivado de contingencias familiares y con la existencia de mayores costos.** Sin embargo, se ha demostrado en base a estudios de campo que todo ello no es así. En la publicación de la OIT “Cuestionando un mito: Costos laborales de hombres y mujeres en América Latina” de Laís Abramo y Rosalba Todaro¹¹ (Lima, OIT, Oficina regional para América Latina y el Caribe, 2002), al describir el caso de Argentina, Silvia Berger y Héctor Szretter, en base a análisis estadísticos previos, concluyeron que para el empleador que cumple con la legislación laboral y de seguridad social, **el costo adicional por la contratación de mujeres, comparado con el de varones, es sumamente reducido y se rela-**

ciona esencialmente con el costo de las salas para niños y lactantes. Ese costo adicional (inferior al 1% del salario) no impide u obstaculiza la contratación de las mujeres, máxime si se considera el costo adicional masculino derivado de la mayor siniestralidad de sus tareas. Por otra parte, las faltas al trabajo no difieren por sexo para ubicar un ausentismo femenino específico y un costo asociado. Un tratamiento dispar se explicaría aún menos, ante el hecho de que, en casi todas las licencias, la empresa paga el costo directo (e indirecto, de contribuciones) durante el permiso, cosa que no ocurre con la de maternidad.

En realidad, los mayores costos derivados del cuidado infantil no deberían vincularse al empleo femenino sino a la protección familiar –aspecto que involucra también a los trabajadores-padres-. Al respecto los autores señalan que **el tema debería sortear la doble restricción de ser concebido sólo como una cuestión femenina y, por otra parte, sólo susceptible de ser financiado con recursos originados en cargas sobre los salarios** cuando podría pensarse, alternativamente, en otras formas de sostenimiento.

Lo que lleva a distinguir entre la mano de obra femenina y masculina es, en realidad, la idea de que hay habilidades y ventajas que son propias de los hombres y otras, diferentes, que son propias de mujeres. Eso no sería un problema si esa diferencia no se convirtiera en desigualdad; o sea, si junto a ese señalamiento de las diferencias (casi siempre identificadas por comparación u oposición), no se produjera una fuerte jerarquización de las supuestas virtudes y defectos atribuidos a hombres y mujeres, y que incidirá significativamen-

te en las posibilidades de unos y otras de acceder al empleo, a mejores remuneraciones y a cargos más valorados. Evidentemente **el “imaginario social” convierte al hombre en una máquina de trabajar, sin otra fuente de desarrollo personal, artístico, deportivo o social; que no se enferma ni requiere de tiempo para su familia, lo que no se compadece con la realidad ni con las necesidades vitales de las personas –cualquiera sea su género–.**

La familia no puede abordarse únicamente como una cuestión de género

Suponiendo que ya sabemos a qué nos referimos cuando hablamos de discriminación por razones de género y conviniendo en que el factor principal de discriminación de la mujer en el trabajo se vincula con su capacidad reproductiva y el cuidado de los hijos, corresponde que analicemos si es correcto seguir usando exclusivamente esos parámetros, en relación con las normas laborales dictadas en su hora, para protección de la mujer.

El legislador laboral tuteló especialmente a la mujer frente a dos contingencias vitales básicas: el matrimonio y la maternidad y, en ese andarivel, estableció en el título dedicado al trabajo de las mujeres, la presunción de que el despido obedecía a tales causas cuando se operaba en época cercana a dichos acontecimientos. Como lo señala la más ilustre e incuestionada doctrina, ese temperamento se adoptó por considerar que la familia podía ser considerada un factor sensible o sospechoso de discriminación para la mujer. Evidentemente **el legislador laboral partió de un preconcepto: la familia es cues-**

tion exclusiva de mujeres y sólo se protege en tanto se verifique un supuesto de discriminación.

Daremos aquí sólo dos ejemplos para ilustrar cómo operan esos dispositivos legales si se enfocan exclusivamente tomando en cuenta el binomio género-discriminación.

En el caso del despido comunicado con anterioridad a la notificación del embarazo: si la decisión se adoptó sin que obren elementos que hagan siquiera suponer que el empleador sabía del estado de embarazo, no se admite el reclamo de la indemnización especial por cuanto esa falta de conocimiento impide presumir la motivación discriminatoria, aun cuando se hubiere requerido luego que se deje sin efecto el acto en razón de tal circunstancia. Tanto es así que para que la presunción opere se requiere notificar y acreditar en forma el estado de gravedad.

En el caso del despido del trabajador varón próximo a casarse (con persona de igual o distinto sexo), la presunción legal no opera por cuanto no se estima como probable que un hombre sea discriminado por razones de familia y, según la doctrina mayoritaria, el trabajador debe acreditar fehacientemente que el despido obedeció a dicha causa (Plenario “Drewes”).

En ambos casos, la institución familiar no recibió protección especial. En el primero porque se descartó la motivación discriminatoria y, en el segundo, porque no se perjudicó a una persona del género femenino.

En cambio, si se aborda la temática desde la óptica de los principios de protección integral de la familia y del superior interés del niño, arribamos a resultados totalmente disímiles¹². Estos principios y todo el abanico normativo que en ellos se asientan¹³ son los que se

utilizan en materia de filiación, tenencia y responsabilidades parentales en el derecho de familia y también han sido adoptados por el derecho del trabajo en numerosas ocasiones (para reconocer el derecho a la licencia por maternidad en caso de adopción, para admitir la indemnización por fallecimiento del trabajador en favor de su pareja homosexual, para reconocer derecho a pensión a el/la concubino/a, para admitir la legitimación de los padres del trabajador soltero para reclamar por los daños padecidos a consecuencia del fallecimiento de su hijo).

Como lo señalé en anteriores ocasiones, en materia civil se han producido cambios importantísimos en los últimos dos años (leyes 26618 y 26743). **Se produjo un cambio copernicano que, sin embargo, no parece haber sido aún internalizado por la sociedad que todavía persiste en vincular a la capacidad reproductiva con la maternidad, al matrimonio con la unión de un hombre con una mujer, al sexo genético o morfológico con el género y al género con el cumplimiento de roles exclusivos.** No se trata de cuestiones menores: como lo señala Ricardo A. Guibourg¹⁴ las últimas leyes dictadas en nuestro país tienden a eliminar toda diferencia en razón del género, a limitar la protección a la mujer gestante sólo en esa medida y no en razón de su sexo o género (por ser mujer) sino para la protección del niño por nacer o recién nacido. Estas reflexiones llevaron al Dr. Guibourg a postular la inutilidad de identificar a las personas por su género (masculino o femenino) ya que esa característica habría quedado relegada al ámbito estrictamente privado.

Ante el matrimonio de una pareja homosexual, ¿cabría distinguir

según el género de sus integrantes para hacer aplicación de la presunción o simplemente no se aplica?

Ante un supuesto de maternidad/paternidad por voluntad procreacional a través de técnicas de reproducción humana asistida (alquiler de vientre o maternidad subrogada), ¿sólo corresponderá otorgar protección a la mujer gestante aunque ella no sea jurídicamente la madre?, y si ambos progenitores son hombres, no tienen derecho a licencia?

Como lo hemos sostenido con anterioridad¹⁵, no se trata de desconocer la cuestión de género que subyace en la normativa actualmente vigente, sino de alertar que ya no es solamente el postulado de no discriminación en razón del género lo que debe guiar el análisis porque –reitero– **una de las mejores formas de abordar la problemática es sorteando la barrera de los opuestos para poder visibilizar los procesos, prácticas y normas que, basadas en estereotipos de otras épocas, impiden superar las situaciones de desigualdad entre las personas. La discriminación no es propia ni afecta a un solo género y aunque la ley 26485 -al introducir la perspectiva de género- coadyuve a la toma de conciencia de que existe un colectivo**

menos beneficiado o más vulnerable, nada impide considerarla complementaria de la ley 23592 y de todo el abanico normativo al que cabe recurrir en los casos de violencia en general. ♦

Notas

1. En tanto sujeto más proclive a sufrir discriminaciones y otras formas de violencia, de estar a la cosmovisión dicotómica del mundo que impera hasta hoy en nuestra sociedad.
2. Ver conceptualizaciones efectuadas por Famá, María V. y Herrera, Marisa en “Tensiones en el Derecho de Familia desde la perspectiva de género” publicado en Revista Jurídica UCES.
3. En este sentido, entre otros, Julio A. Theaux en “El desarrollo humano y la equidad de género” RDLSS 6-2012 (marzo 2012), Bs.As., Abeledo Perrot, p. 471.
4. La CEDAW desde su preámbulo y en especial en su art. 5 apunta a modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, y exhorta a modificar patrones socioculturales para alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

5. En el mes de junio de este año un juzgado civil de Capital Federal reconoció la filiación por maternidad sustituida ordenando la inscripción de una niña como hija del matrimonio que recurrió a la gestación por sustitución. (ver referencia al caso y otras consideraciones vinculadas a las técnicas de reproducción humana asistida en el trabajo de Adriana N. Krasnow publicado en el diario La Ley del 3/10/13, p. 1 –LL 2013-E-). Con anterioridad la justicia contencioso administrativa de la Ciudad de Buenos Aires había reconocido la doble maternidad –la gestante y la donante- “C.M ddel P. c/GCBA” del 7/4/11 –LL 26/5/11 p. 5 – La Ley 2011-C,370. Y también se registra algún caso de doble paternidad en un caso de ovodonación e implantación en un vientre de una segunda mujer decidida por una pareja de varones –ver referencias y análisis de estas situaciones en Litterio, Liliana, “Madres, padres y matrimonios de igual sexo. Cuestiones laborales que plantean las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género y el proyecto de reforma del Código Civil” en DT septiembre 2013, p.2185 a 2198.

S.U.T.N.A. SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DEL NEUMÁTICO ARGENTINO

fetia Federación
de Trabajadores
de la Industria
y Afines



Adherido al ICEM y FUTINAL



DOCTRINA

6. En ese apocalíptico sentido se ha expedido Héctor Luis Manchini (ED 11/4/2012, N° 12974 en “El concepto de perspectiva de género y la familia como célula básica de la sociedad”).
7. En “Ley de protección integral a las mujeres. Objetivo y derechos protegidos”- revista de Derecho de familia y de las personas Año 3 N° 11, Diciembre 2011, La Ley, p. 6.
8. Valoración o carga ideológica de la construcción semántica.
9. Ver “TRABAJO Y FAMILIA. Propuestas para un cambio de enfoque” en La Causa Laboral N° 53 –AAL– Bs. As., marzo 2013.
10. La socióloga Virginia Guzmán Barcos en su estudio “las mujeres por ellas mismas, desde la discriminación a la política” –Informe regional DEMOCR– CIA EN EL PAIS, DEMOCRACIA EN LA CASA, DEMOCRACIA PARITARIA – al referir el caso de Argentina pone en evidencia que para el año 2006 el resultado de las encuestas muestran que la mujer en el país ya no vivencia su situación desde la experiencia familiar o de pareja (40% de las encuestadas no depende para su subsistencia y/o la de sus hijos del ingreso de una eventual pareja).
- 11 http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/cuestionando_un_mito_AL.pdf
12. Ver, CNAT, Sala II, SD 101069 del 17/10/12, “Villarreal, Andrea E. c/Grupo Sud Latin S.A. s/despido”- Allí se sostuvo que “si bien las normas relativas a la estabilidad de la mujer que trabaja tienen por finalidad obvia disuadir al empleador de posibles actitudes de discriminación... dicha finalidad no es la única..., existen previsiones normativas de rango constitucional y legal que, otorgan una especial tutela a la familia aún cuando no medie un acto de discriminación” y que “no es posible soslayar que el matrimonio, la maternidad y en sí, la familia, ya no pueden ser analizados exclusivamente desde la perspectiva de género y que es función de los jueces contemplar aquellas situaciones vinculadas al bien jurídico protegido (la familia) desde un enfoque más amplio...”.
13. Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica art. 17, Protocolo de San Salvador-; DUDH –art.16.1-; PIDCP –art. 23-; DADH-art. V-; PIDESC –arts. 7 y 10.1-; Conv. Internacional sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). –1985; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará).– 1995;Decreto 1282/2003. Ley N° 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable. ;Ley 25.674 (Cupo sindical Femenino);Ley 26061 - niños, niñas y adolescentes-; Ley 26171;Ley 26390- Ley 26.485 y su decreto reglamentario N° 1011/2010; Ley 26618 - 23/7/2010; Ley 26743. Derecho a la identidad de género. - 24 de mayo de 2012-; Ley de contrato de trabajo- arts. 20, 77, 156, 129, 208, 247, 248 267, 172 a 186, 189 y concordantes-; Ley 24241, art. 52 y la Resolución 671/08 de la ANSES; Ley 23.660 y ley 26862 –ley nacional de fertilización humana asistida–.
14. En “Sobre el género y la ley”, Suplemento especial La Ley: Identidad de género-Muerte digna, Buenos Aires, mayo 2012, págs.. 39 yss.
15. En Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social –N° 5- septiembre de 2012– www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=63156&print=2.

ESTUDIO MATARRESE & ASOCIADOS

Laboral, Colectivo y Obras Sociales

Hipólito Yrigoyen 785 2° F – C.A.B.A.**TE: 4345-5090/5088****e-mail: adolfo@adolfomatarrese.com.ar**

La ley 26.773 y la regresividad en materia de accidentes y enfermedades del trabajo

-----> por María Paula Lozano

Introducción

La ley 26.773, lejos de constituir un cambio al sistema establecido por la LRT 24.557, consolidó sus cimientos. Y en aspectos destacados, lo modificó de manera regresiva.

Con asombrosa celeridad y al calor de las exigencias de la Unión Industrial Argentina, los legisladores sancionaron una norma cuyo único móvil fue acabar con la denominada “industria del juicio” y volver a “cerrar” el sistema.

El objetivo tan declamado de la “prevención”, nuevamente se pospuso para un futuro incierto. La legislación de fondo vigente en la materia es muy antigua¹ y desactualizada a partir de las transformaciones habidas en los procesos productivos durante estos últimos cuarenta años. Por el contrario, la ley 26.773 pretendió constituir una prevención de riesgos judiciales para el empleador y para las ART.

No se tuvieron en cuenta los profusos argumentos enarbolados por nuestro Máximo Tribunal² ni la jurisprudencia nacional y provincial, ni la opinión de asociaciones sindicales, entidades de abogados laboristas, instituciones académicas ni de la doctrina especializada.

Con pésima técnica legislativa, se dejó intacto la mayoría del articulado de la LRT 24.557, existiendo en muchos casos lagunas, omisiones y contradicciones entre disposiciones vigentes. **De su articulado se trasluce que el único objetivo es desalentar el reclamo mediante el castigo y la represalia por litigar.**

La subsistencia del inconstitucional procedimiento sistémico

Una de las cuestiones más regresivas de la LRT 24.557 fue la afectación del acceso a la jurisdicción del trabajador accidentado o sus derechohabientes y la sustracción de la competencia laboral de los accidentes y enfermedades laborales.

Se trata de una cuestión esencial, primaria, que irradia sobre el ejercicio de los derechos fundamentales vinculados con la integridad psicofísica de la persona que trabaja, su indemnidad y su vida. Se encuentra íntimamente vinculada con la tutela judicial efectiva. Los artículos 21, 22 y 46 de la LRT 24.557 y sus normas reglamentarias (Dec. 717/96, Res. SRT 45/97 y art. 2 del Dec. 1278/2000), crearon un procedimiento administrativo de carácter obligatorio, laberíntico, kafkiano, que sustrae de la competencia del fuero laboral ordinario a los accidentes y enfermedades profesionales, mediante la intervención obligatoria de las Comisiones Médicas jurisdiccionales y la Comisión Médica Central de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Según la LRT, esas decisiones sólo son revisables ante la Justicia Federal y la Cámara Federal de Seguridad Social.

El trabajador y/o sus derechohabientes transitan ese arduo camino administrativo poniendo en juego derechos humanos fundamentales –como es el derecho a la salud, a la integridad psicofísica, a la vida y al trabajo– sin patrocinio letrado obligatorio.

Se trata de órganos administrativos integrados por profesionales de la medicina, de dudosa imparcialidad, dado que parte de sus gastos son solventados por las propias ART, que tienen que resolver cuestiones vinculadas con conflictos de derechos –la existencia o no de un accidente de trabajo, la naturaleza laboral de una enfermedad, el grado y carácter de la incapacidad, el carácter “in itinere” de un infortunio– sin la intervención de personas especializadas en el derecho laboral.

Las posiciones fijadas ante estos organismos administrativos, determinan la suerte del reclamo en las instancias futuras, incluyendo la revisión ante la justicia federal. Este sistema fue declarado inconstitucional por nuestra CSJN mediante “Castillo”³, “Venialgo”⁴ y “Marchetti”⁵.

Con la reforma de la ley 26.773, se desconocen todos estos avances jurisprudenciales y se ratifica el inconstitucional procedimiento sistémico previsto en el sistema de riesgos del trabajo vigente desde 1995. Y

se lo reafirma, conforme lo establecido en el art. 4, párr. 4, de la ley 26.773, toda vez que los damnificados recién podrán ejercer su derecho a reclamar con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, después de la notificación fehaciente de la determinación de su incapacidad u homologación de la misma, por las mismas Comisiones Médicas o lasART, cuestión claramente inconstitucional. Y en gran cantidad de casos, inaplicable.

La ausencia de cambios en el restrictivo sistema de enfermedades laborales

El sistema de enfermedades profesionales de “*listado cerrado*”, presenta diversos problemas. De por sí, de todos los sistemas existentes en materia de enfermedades, a nivel internacional⁶, es el más restrictivo, dado que excluye aquellas dolencias causadas por el trabajo pero que no fueron incluidas expresamente, no siendo reparables dentro del sistema.

Lo restrictivo existe más allá de cuáles son las enfermedades que eventualmente se encuentren incluidas en el listado. Actualmente muchas afecciones se hallan mencionadas pero en la práctica son ínfimos o nulos los casos en que han sido reconocidas como tales por los órganos administrativos, dado que lo limitado es el sistema de “triple columna” que exige que para una determinada afección, deba encontrarse necesariamente el “agente” mencionado, como asimismo, el “factor de exposición”. Si no se dan las tres condiciones simultáneamente, se considera que la enfermedad no se halla listada.

Otro aspecto esencial en lo que hace a la falta de cobertura, es el

restrictivo tipo de causalidad exigida. A fines del año 2000, mediante el dec. 1278/00 se modificó el art. 6, ap. 2 LRT y se agregó que serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas **por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.**

Por ende y pese a la llamada “apertura”, no existieron cambios sustanciales. Ello en virtud de que los órganos administrativos son renuentes a reconocer el carácter laboral de cualquier dolencia que no sea causada de manera inmediata, directa y única por el trabajo.

La reforma de la ley 26.773, mediante su art. 9, reafirma el sistema limitado e inconstitucional imperante. Asimismo, colisiona con los parámetros expresados en la nueva lista de enfermedades profesionales por la OIT el 25 de marzo de 2010, incorporadas como Anexo de la Recomendación 194 sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194). En ese sentido, continúan absolutamente vigentes los fallos “Silva” de nuestro Máximo Tribunal⁷ como asimismo, “B.C.A. c/Du Pont Argentina”, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁸.

El objetivo de la reforma: desactivar el reclamo contra el empleador dañante

Con la ley 26.773, desde el punto de vista formal se pone fin a la dispensa patronal⁹, bajo absurdos límites y condiciones. El diseño normativo actual pretende desalentar, mediante preceptos que vulne-

ran derechos fundamentales, los reclamos a los dañantes. **La ley 26.773 –como en su momento la LRT 24.557– es dictada teniendo en vista el interés de los empleadores y aseguradoras y no el del sujeto de preferente tutela constitucional.**

El art. 4 de la ley 26.773, arquetipo de la reforma, en su párrafo segundo establece que los damnificados **podrán optar de modo excluyente** entre las indemnizaciones previstas en ese régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, y que los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

Vulnera así el principio de progresividad y no regresividad, el cual detenta carácter normativo (Art. 2, inc. 1º PIDESC y art. 26 CADH) y constitucional.

En primer lugar, debe rememorse que con la derogación de la 24.028, mediante la LRT 24.557, se dejó sin efecto la cláusula que establecía la obligación de optar entre los distintos sistemas de responsabilidad, con carácter excluyente y renuncia. Si bien se vedó legalmente la posibilidad de accionar contra el empleador dañante se estableció que ello solo sería posible en los casos de existencia de un accionar doloso (art. 39 LRT). La LRT 24.557 no estableció la prohibición del cúmulo ni la exigencia de efectuar opción alguna.

Asimismo, afecta los estándares jurisprudenciales alcanzados a partir de los fallos “Aquino”, “Díaz” y “LLosco”, de nuestro Máximo Tribunal y “Castro c/Dycasa S.A.” de la S.C.B.A.¹⁰, los cuales reconocieron cabalmente la posibilidad del cúmulo, en tanto la reparación tarifada no alcanzaba una indemnización justa o subsistían daños sin reparar. Dicho principio, también

comprende los estándares jurisprudenciales alcanzados en materia de conquista de derechos sociales, en un momento histórico determinado.

A partir de las mentadas sentencias, las instancias jurisdiccionales de todo el país, reconocieron el derecho de accionar con fundamento en la pluridimensión de responsabilidades¹¹, nacidas de un único hecho dañoso, originado en el contrato de trabajo y con carácter subsidiario entre las distintas acciones.

El art. 6º PIDESC, reconoce el derecho "al trabajo". La O.G. 18 CDESC, incluye la prohibición de adoptar medidas regresivas con relación al mismo, entre otras, *la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo*.

La opción excluyente y la prohibición del cúmulo, constituyen la consagración legal de la renuncia a lo irrenunciable.

Cabe recordar que el art. 14 bis CN, en su tercer párrafo, establece que "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social... que tendrá carácter de integral e irrenunciable". **El derecho a la percepción de las prestaciones sis-**

témicas constituye un derecho de carácter irrenunciable y cuya índole excede la cuestión meramente patrimonial. Asimismo, el art. 11, inc. 1º LRT continúa vigente y el mismo sostiene: *"Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas"*.

Nuestro Máximo Tribunal, en "Llosco", mediante el voto de la Dra. Highton de Nolasco, desestimó la aplicación de la "teoría de los actos propios" a las relaciones laborales.

La exigencia de ejercer la opción con carácter excluyente entre percibir las prestaciones sistémicas o ejercer un reclamo con fundamento en otro sistema de responsabilidad, constituye una situación extorsiva hacia el/la trabajador/a accidentado/a o sus derechohabientes. En ese sentido, cabe destacar que no se trata de una voluntad libre, sino que se haya viciada por su estado de necesidad. Por lo tanto, ese consentimiento, no será un consentimiento válido.

La absurda exigencia que se le impone legalmente de optar con carácter excluyente entre cobrar las

prestaciones que determina el sistema, cuyas instancias han sido atravesadas sin el debido patrocinio letrado y sin el pleno ejercicio del derecho de defensa, e intentar una acción con resultado incierto, vulnera derechos irrenunciables, vinculados a las condiciones dignas y equitativas de labor, al "alterum non ledere" y a la seguridad social.

La persona que trabaja, en estado de **doble vulnerabilidad**, no tiene otra opción que cumplir con el procedimiento estatuido por la LRT 24.557 y modificatorias y acceder a las prestaciones dinerarias sistémicas que le corresponden, las que detentan carácter alimentario y no admiten postergación. En caso contrario, se le exigiría una actitud heroica, cuestión vedada por el ordenamiento jurídico.

No se trata de un sujeto libre, que debe elegir entre dos supuestos diferentes y esperar el resultado. Pesa sobre el mismo su suerte y la de su familia, quienes se encuentran absolutamente condicionados a la necesidad de continuar su desarrollo vital y enfrentar los gastos necesarios para su reproducción.

En el fallo "Díaz"¹² de la CSJN, la Dra. Carmen Argibay sostuvo que "todo el derecho laboral se ha

Ce.P.E.Tel.

El Sindicato de los Profesionales de Empresas de Telecomunicaciones

Por el reconocimiento y la jerarquización del trabajo profesional en todas las empresas de Telecomunicaciones de la Argentina.

Por la construcción de una sociedad, más justa, solidaria e igualitaria.

asentado en la ilegitimidad de tales renunciamentos y ello ha quedado plasmado en letra del artículo 14 bis, CN"...“entre los diversos caminos constitucionalmente abiertos a las leyes para disminuir el costo social de la práctica judicial defectuosa, no se encuentra el de cerrar los Tribunales...”¹³. En “Rodríguez Pereyra”¹⁴, la Corte reafirmó la dimensión constitucional de “la prohibición de dañar” y “el derecho a una reparación plena”, destacando que no se cumplimenta con la manda constitucional si de la aplicación de un sistema tarifado subsisten daños sin reparar. En “Ascuá”¹⁵, se reconoció que el carácter equitativo de las condiciones de labor significa “justo en el caso concreto”, y se vincula con lo establecido en el art. 7, inc. b) PIDESC.

Una clara regresión a la prehistoria del derecho del trabajo

La creación de los juzgados especializados en materia laboral obedece a una conquista de la clase trabajadora y se sustenta en el reconocimiento de la desigualdad real que impera en las relaciones sociales entre capital y trabajo. Por el contrario, el derecho privado se constituye sobre la ilusión de la igualdad formal de los contratantes y la autonomía de la voluntad.

En el derecho del trabajo el margen para la autonomía de la voluntad es muy estrecho dado que el contrato de trabajo se haya intervenido por las normas heterónomas. El orden público laboral –cuyo vértice es el principio protectorio– opera como un piso sobre el cual las partes pueden pactar mejoras, pero nunca disposiciones a la baja, so riesgo de

nulidad y sustitución por la norma imperativa.

Dicha intervención se funda en la desigualdad ontológica existente entre sujetos posicionados objetivamente en lugares con poder muy distinto. El derecho social tiene un sentido compensador a favor del más débil, cuya vulnerabilidad surge de la profunda asimetría de poder que sustenta la relación laboral. Dicha relación se sustenta sobre la base de la desigualdad económica y la subordinación jurídica.

Son caracteres distintivos del contrato de trabajo, la incorporación del dependiente en una organización o empresa extraña, cuyas facultades de organización y dirección no le pertenecen. Como asimismo, la ajenidad del trabajador al riesgo empresario y la responsabilidad del patrón sobre su indemnidad.

A diferencia del empresario, el trabajador pone a disposición del patrón su fuerza de trabajo para “ganarse la vida”. El empleador tiene el poder de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo, y con dicha extinción, segregar al trabajador de su espacio de realización y reproducción vital. El trabajador depende de su remuneración para garantizar su subsistencia y la de su familia.

La atribución de competencia al fuero civil para dirimir los daños originados en el contrato de trabajo, desconoce la raíz de la rama especial. Del mismo modo, lesiona derechos humanos fundamentales, con carácter constitucional: el acceso a la jurisdicción y al debido proceso legal (Arts. 18 CN, y Arts. 8, inc. 1 y 25 CADH), del cual emana la “igualdad de armas” en el proceso judicial. Asimismo, el derecho a ser juzgado por el Juez Natural, que es el órgano especializado.

Vulnera lo establecido en el Art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Declaración de los derechos sociales del trabajador), con rango supralegal: “*JURISDICCIÓN DEL TRABAJO. Artículo 36.- En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos*”. En “Ascuá”, la CSJN reconoció el carácter de fuente normativa del mentado instrumento internacional.

Por otra parte, la aplicación de las normas civiles de fondo, forma y los principios del derecho civil, cuando el daño se produjo con motivo o en ocasión del trabajo, implica adicionar otro daño a la persona damnificada que acciona en aras de una reparación adecuada.

Para finalizar deseo recordar lo sostenido por la CSJN en “Ascuá”, una muy profunda sentencia. Ahí afirmó que “las condiciones equitativas y satisfactorias de labor” (art. 7 PIDESC) se vinculan con la “seguridad e higiene en el trabajo”, como asimismo, el carácter “digno” de las condiciones laborales implica la existencia de un “trabajo seguro”. Y que el mismo abarca desde la consagración de un régimen de prevención hasta la reparación de los siniestros, en caso de haber fracasado la misma.

La ley 26.773 omite toda regulación en materia de prevención de infortunios laborales y, en lo que hace a la reparación del daño, lo realiza en forma regresiva con respecto al estándar normativo y jurisprudencial alcanzado. Ello de por sí, conllevará un mayor desinterés de los empresarios en la adopción de medidas que importen la seguridad y la higiene en el trabajo.

DOCTRINA

Intenta de múltiples maneras y hasta con disposiciones que rozan el absurdo, desalentar el reclamo, imponiendo una represalia a quienes se atreven a iniciar una acción judicial en aras de lograr una reparación adecuada.

Desconoce que los infortunios laborales constituyen una materia propia y específica del derecho social, más allá de la normativa que se invoque y aplique, cuya causa emana del contrato de trabajo y la apropiación de beneficio del trabajo asalariado, de lo cual surge, sin hesitación, la competencia del juez especializado del trabajo.

En síntesis, la ley 26.773 lejos de constituir una reforma que tienda a subsanar los agujeros y múltiples inconstitucionalidades de la LRT 24.557, pretende consolidar los cimientos del sistema en crisis, siendo fuente de mayores conflictos y aumento de la litigiosidad. ♦

Notas

1. Continúan regulando la materia, la Ley 19.587 y el Decreto 351/79, principalmente.
2. A partir de "Castillo, Ángel San-

tos c/ Cerámica Alberdi S.A." del 7/9/04 en adelante.-

3. CSJN, "Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.", 7/9/04, La Ley, 2004/09/28, pag. 2.
4. CSJN, 13/3/07, "Venialgo, Inocencio c/Mapfre Aconcagua ART", LA LEY ON LINE. AR/JUR/12212/2007.
5. CSJN, 4/12/07, "Marchetti, N. G. c/La Caja ART S.A.s/Ley 24.557", LA LEY ON LINE. AR/JUR/10863/2007.
6. Ver el art. 8 del Convenio 121 OIT.
7. CSJN, "Silva", ob. cit. en nota 12.
8. SCBA, 17/12/2008, B.C.A. c/Du Pont Argentina s/ Daños y Perjuicios.
9. La cual había motivado innumerables pronunciamientos de inconstitucionalidad a partir del leading case "Aquino", de la CSJN.
- 10.L. 81.216, "CASTRO, Héctor Jesús c/ DYCASA S.A. y otros s/ reparación daños y perjuicios". 22/10/2003..
- 11.Ver CORNAGLIA Ricardo J., "Un debate actual: pluridimensión de responsabilidades versus acción excluyente", La Ley, 5/7/06, Año LXX, N° 128.
- 12.CSJN, D. 995. XXXVIII. RHE.

"Díaz, Timoteo Filiberto c/ Vaspia S.A.", 7/3/2006.

- 13.CSJN, "Díaz", ob. cit en Nota 73.
- 14.CSJN, R. 401. XLIII. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, 27/11/2012.
- 15."A. 374. XLIII. RECURSO DE HECHO, "Ascuá, Luis Ricardo c/ SOMISA s/ cobro de pesos"

Estudio Jurídico

PIZZORNO FREYTAG

Av. Belgrano 809 8° A y C
(1092) Capital Federal

Telefax.:
4343-5689
4342-2231



SINDICATO ARGENTINO TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA FIDEERA

*Adhesión a la Revista La Causa Laboral de la
Asociación de Abogados Laboralistas*

Río de Janeiro 34/36 • (1405) Buenos Aires • Tel/Fax: 4902-3032 y 4901-6125 • E-mail: satif@mastersoft.com.ar

Las medidas cautelares en las relaciones laborales

-----> por Cecilia Pérez Correa

I.-Finalidad

Las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar el resultado del proceso, son instrumentos realizativos del derecho sustantivo, que dan respuesta a las necesidades inmediatas para asegurar la eficacia práctica de la sentencia.

Es que el proceso, como instrumento y medio de realización de los derechos, no puede constituirse en un obstáculo para el real acceso a la justicia, por ello el objeto de las medidas cautelares es, precisamente, garantizar al peticionante que, durante el transcurso del proceso, no verá frustrado su derecho.

II. Requisitos

La *admisibilidad* de las medidas cautelares está condicionada a la satisfacción de los requisitos genéricos, estos son: determinación de su objeto, competencia del órgano, oportunidad del requerimiento y contra-cautela cuando sea requerida.

La *procedencia* se encuentra sujeta al cumplimiento de requisitos específicos y particulares. Los específicos son: La Verosimilitud del Derecho y el Peligro en la Demora, con la particularidad que ambas exigencias deben ser materia de prueba liminar en forma tal, que el órgano jurisdiccional se encuentre en condiciones de resolver de inmediato la medida sobre la base de esas pruebas. Los requisitos particulares, dependen de la medida que se solicite.

II. 1.Requisitos generales

Oportunidad: Las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda y también en forma simultánea a su interposición.

Objeto: Se debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida cautelar que se solicita descrita con precisión y la disposición de la ley en que se

funda. Además, se deben cumplir los requisitos específicos y particulares de la medida peticionada.

II.2. Requisitos específicos

1. La Verosimilitud del derecho. Se trata del juicio de probabilidad que debe efectuar el juzgador para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar. Es un examen de apariencia de verdad respecto del derecho invocado por el peticionante como violado, en base a un conocimiento superficial al que accede el juzgador, por medio de la argumentación y elementos proporcionados al tiempo de ser requerida la medida. No es exigible una plena prueba, sino un mero acreditamiento.

Es que a los tribunales les corresponde evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales. Esta concepción justifica que, a los fines de la "función de garantía" que deben cumplir las medidas cautelares, la providencia que se dicte concediéndolas tenga carácter de "hipótesis", resultando suficiente la comprobación de una apariencia del derecho invocado por el peticionante, para que de acuerdo a un cálculo de probabilidad, sea posible vaticinar que al dictarse la sentencia sobre el fondo, se declarará la certeza de ese derecho que se intenta asegurar con la medida. Este pronóstico no puede depender de un conocimiento exhaustivo de la materia controvertida en el proceso principal, bastando solo una aproximación superficial de los elementos a examinar para disponer la cautelar.

2. Peligro en la demora: La procedencia de la petición cautelar se integra con el análisis objetivo del peligro en que se encontraría el derecho de no ser satisfecho en tiempo y forma. Esto es determinar en el caso concreto, si las consecuencias que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar, puedan restar eficacia a la sentencia que ponga fin al pleito.

Se trata de formular una estimación del "peligro probable", desde que aquí no corresponde efectuar juicios

D O C T R I N A

de certeza, es lo que algunos llaman "perjuicio inminente o irreparable". Este requerimiento se satisface, con una simple acreditación sumaria, resultando las declaraciones testimoniales idóneas para este fin y el medio más dúctil para representar el peligro de que se trate.

Ahora bien, ¿con que criterio ha de juzgarse el peligro en la demora? Se han ensayado varias pautas valorativas para la satisfacción de este requisito, como "derivar de hechos que puedan ser apreciados por terceros"¹ o "conforme a las valoraciones jurídicas vigentes en la comunidad de la que son los órganos y con las limitaciones emergentes del ordenamiento jurídicos".²

Se cree inexistente una fórmula que contenga un criterio ajustado a la necesidad de resolver sobre el otorgamiento de la medida cautelar, pero se considera imperativo para el juzgador que al momento

de decidir, resuelva respetando el principio protectorio, las prescripciones constitucionales (arts. 14 Bis, 16, 18), las supra legales, Convenios OIT e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, reconociendo en especial que el trabajador es "sujeto de especial tutela" tal como lo ha establecido la CSJN en los señeros casos "Aquino", "Vizotti" "Ate C/ Ministerio" "Madorran" y "Rossi".

De tal forma el Tribunal ha de optar por la determinación que mejor garantice los derechos del trabajador, porque de eso precisamente se trata, ser "sujeto de especial tutela".

III. El rechazo de la medida

Muchas son las causas por las cuales pueden ser rechazadas las medidas cautelares, pero la que con mayor frecuencia se presenta en la práctica, es la existencia de coinci-

dencia entre el objeto de la medida y el de la pretensión principal.

Es de fundamental importancia remover este obstáculo a los fines del efectivo goce de los derechos que con la cautelar se pretende asegurar. Para ello debemos tener en cuenta que no existe una norma que disponga esta restricción, con excepción de la contenida en la ley 26.854 (art. 3 inc 4), que específicamente así lo dispone, para los casos en que el Estado intervenga o sea parte.

La justificación esgrimida por los Tribunales, se limita a argumentar que de existir tal coincidencia, con la concesión de la medida cautelar el juzgador incurriría en prejuzgamiento. Sin embargo, precisamente por las características de la medida precautoria, como por sus efectos, la sentencia que resuelve sobre el fondo de la pretensión no se encuentra condicionada de modo alguno por el despacho de la tutela anticipada.

MÉDICA LEGISTA

Dra. MARCELA ELFFMAN

Médica
MN 72923

- Asesoramiento prejudicial.
- Riesgo judicial.
- Redacción de puntos de pericia.
- Impugnaciones.

Bartolomé Mitre 1371 1° B CABA
TE: 4372-0498
15-5476-3369
melffman@hotmail.com

Estudio Jurídico de la Dra. Graciela Sosa

- Abogada Laboralista y Previsional
- Reajustes de Jubilaciones y Pensiones
- Movilidad de haberes

CAMACUÁ 166
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

☎ 4632-7375

y líneas rotativas
www.estudiogracielasosa.com.ar

PSICÓLOGA UBA

- Pericias Psicológicas
- Psicodiagnósticos
- Batería de Test
- Informes

Consultorio: Moreno
455, 2o A
C.A.B.A.
Tel: 15-41696609
monicakeclach@hotmail.com

La cuestión ha sido motivo de tratamiento por la Corte Suprema de Justicia, en la causa promovida por un trabajador no registrado que sufriera un accidente de trabajo, y que solicitara como medida cautelar, la provisión de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo. Al respecto el Máximo Tribunal resolvió: "es la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tomarse de muy difícil o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva"

"Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el *a quo*, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario"

"Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado".³

Surge claro entonces, que es necesario atacar las resoluciones

que mediante el uso de una fórmula sin fundamentación alguna, rechazan las medidas cautelares, aduciendo coincidencia entre el objeto de la tutela anticipada y la pretensión de fondo, en franco apartamiento de la doctrina de la CSJN, sin proporcionar razones que lo justifiquen.

IV. Su aplicación a las relaciones de trabajo

El decidido avance que ha experimentado el derecho laboral de fondo, con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y de su persona como sujetos de especial tutela, no ha tenido el mismo correlato dentro del derecho procesal del trabajo. Los tribunales en su mayoría, al tiempo de resolver sobre las medidas cautelares, no han respondido a una realidad concreta –la duración del proceso– que termina fulminando el derecho real al acceso a la justicia como al efectivo goce de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores, omitiendo compatibilizar la extensión de las causas, con la respuesta judicial oportuna y la garantía constitucional del debido proceso.

Y es precisamente en el ámbito de las relaciones laborales, donde con mayor énfasis, las medidas cautelares muestran su idoneidad para hacer efectivo el carácter protectorio del derecho del trabajo, dirigiéndose a asegurar el pleno goce de los derechos sustanciales en juego.

Y es en la difícil tarea de lograr la realización de los derechos de los trabajadores, donde encontramos en las medidas cautelares, instrumentos idóneos para garantizar su efectivo goce.

Es amplio el menú de posibilidades que se nos presentan como

medios para requerir la tutela anticipada de los distintos derechos que pueden ser vulnerados, donde la creatividad para diseñar y proponer las medidas a requerir, tendrá también incidencia en la respuesta jurisdiccional.

IV.1. Medida cautelar requerida con motivo de despidos discriminatorios

Seguidamente se hará referencia a la solicitud de medidas cautelares en los casos de discriminación sindical, en cuanto estos tienen un impacto en dos esferas: sobre el derecho individual del trabajador y en el colectivo de trabajadores a cual pertenece.

Ello es así, ya que la discriminación sindical afecta el ejercicio mismo de la libertad sindical, en todas sus manifestaciones y tiene una finalidad persuasiva sobre los trabajadores para atemorizarlos y con ello, limitar este derecho humano en clave laboral, reproductor de derechos.

De allí que la concesión de la medida cautelar tenga un significado, que va más allá de la recuperación del trabajador de su puesto de trabajo.

En el marco del despido discriminatorio por actividad sindical, se requiere como medida cautelar, la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo. En el pedido se formula un detalle suficiente de su actuación gremial o del acto realizado en ejercicio de la libertad por los que ha resultado despedido el trabajador. Especialmente se señalarán los casos en que la empleadora no ha expresado causa para disponer el despido, por cuanto esta circunstancia, contribuirá a conformar el grado de probabilidad necesario para el despacho de la medida, debido a que

DOCTRINA

la falta de manifestación del motivo para disponer el distracto crea en el caso, una presunción de la existencia de un móvil discriminatorio.

Como se ha dicho, debe acompañarse la prueba con el pedido de la medida, dirigida a acreditar el acto o los actos de discriminación que hemos denunciado como causa del despido. A ello se agregará por supuesto, la acreditación del vínculo laboral, los despachos telegráficos cursados entre las partes atinentes a la verosimilitud de los hechos y demás documental relacionada.

Cualquiera sea el móvil discriminatorio, sindical, de género, por raza, preferencia sexual, político, a los fines de la obtención de la medida cautelar, la prueba testimonial resulta de enorme significancia, porque ilustrará al juzgador de manera concreta, sobre los hechos discriminatorios.

Para ello recurriremos a las normas que casi todos los códigos procesales del país han previsto (art. 197 del C.P.C.C. de la Nación y art. 437 del C.P.C.C de la Provincia de Córdoba), que permiten a los abogados recibir la declaración de aquellas personas que tienen conocimiento directo de los hechos que acreditan la discriminación

denunciada, la que será prestada bajo juramento o promesa de decir verdad y luego ratificada personalmente ante el Tribunal.

Tendrá capital importancia, como se ha señalado más arriba, destacar en la solicitud de la medida, que a los fines de ordenarla, no resulta un obstáculo que exista una parcial coincidencia entre la pretensión de la demanda, es decir la nulidad del despido y la reintegro del trabajador a sus tareas habituales, teniendo en consideración la jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia: "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y Otros" donde se descartó la posibilidad que tales coincidencias puedan constituir prejuzgamiento.

Lograda la medida cautelar de reinstalación del trabajador, enfrentamos un problema que nuevamente nos remite al efectivo goce de los derechos. Ocurre que en numerosas ocasiones, las empresas se niegan a cumplir la orden judicial de reintegro. La solución que algunos tribunales disponen es la aplicación de astreintes, sanción que raramente consigue el acatamiento de la medida. Es que no puede ser sustituida la obligación de hacer, por el pago de una suma de dinero.

La medida cautelar ordenada de reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo, si no es cumplida tal como ha sido dispuesta, aquel en contra de quien ha sido dirigida, debe ser obligado compulsivamente a ejecutarla. De otro modo, la tutela anticipada se tornaría virtual y perdiendo todo sentido en cuanto se deshace su finalidad permitiendo el perjuicio irreparable con la sentencia. Sin embargo existe una resistencia a ejecutar la medida cautelar, que inexplicablemente es tolerada por los tribunales, mostrándose dubitativos al tiempo de ordenar el uso de la fuerza pública para su efectivo cumplimiento.

Ello es así, no obstante que la orden judicial de reinstalación del trabajador, constituye una obligación para el empleador *de hacer*, - *más no es de carácter personal*-, ya que solo se trata de permitir el ingreso del excluido a su puesto de trabajo para que efectúe la prestación de servicios, esto es la obligación de dar ocupación (art.78 L.C.T.),.

Solo en el caso de las obligaciones de hacer *de cumplimiento personal* por parte del deudor (en este caso el empleador), este no puede ser forzado a cumplirla por la fuerza pública. De esta forma lo pres-



FJA
Federación Judicial Argentina
 Rincón 74 - Buenos Aires - Argentina / Tel. (5411) 4951-1455 / (5411) 4951-2758

**OTRA FORMA DE JUSTICIA, LA DE TODOS, ES POSIBLE,
 PORQUE UN MODELO DE SOCIEDAD DISTINTO ES POSIBLE**

cribe la normativa de aplicación, *art. 629 del Código Civil* en cuanto dispone “Si el deudor no quisiera o no pudiera ejecutar el hecho, *el acreedor puede exigirle la ejecución forzada* “

La norma establece una única excepción a la regla que prevé la ejecución por la fuerza, esta es “*a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor*”, la que de ningún modo es requerida para que el trabajador sea reinstalado en su puesto de trabajo, desde que para ello, ni siquiera es necesaria la intervención personal del empleador, el que en la mayoría de los casos se trata de una sociedad comercial sobre la cual resulta imposible ejercer “violencia personal”.

Se insiste, no se trata entonces de una obligación *intuitu personae*, en cuanto el interés del acreedor (el trabajador discriminado) se satisface con la realización de la actividad debida, esto es con su

reinstalación, con total independencia de quien sea el sujeto que lo hace posible.

Bajo esta misma perspectiva, el Dr. David Duarte ha sostenido: “Tampoco podría argumentarse sobre la base del art. 629 del Código Civil porque no es necesario ejercer la violencia sobre el empleador para obligar el cumplimiento de la obligación de dar ocupación efectiva, que es un deber exigido por ley (art. 78 LCT), salvo que se acredite alguna excepción que no puede depender del mero capricho del obligado.”⁴

Para proceder a la reinstalación del activista, representante sindical y/ o trabajador discriminado, no es necesario entonces ejercer violencia alguna sobre la persona del empleador. Bastará en caso de oposición, utilizar la fuerza pública para acceder al establecimiento adonde se encuentre el puesto de trabajo y restituirlo allí, dando de ese modo acabado cumplimiento a la orden judicial de hacerlo.

También resulta de aplicación al caso en estudio, el límite impuesto por la norma del art. 621 del Código Civil, en cuanto dispone que “el deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación, ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses”. No se trata entonces solo de abonar al trabajador los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de los actos de discriminación, en su caso las indemnizaciones por despido y las derivadas de los actos de discriminación, para librarse del cumplimiento de la manda judicial.

Con respecto a la condena al pago de astreintes para el caso de incumplimiento de la orden de reinstalación del trabajador, estas podrán disponerse de manera conjunta, sin que deba sustituirse una con otra.

Asimismo tratándose de un ilícito la desobediencia a la orden judicial de reinstalación, es de aplicación la norma del art. 1083 del Código Civil que establece que debe retrotraerse las cosas a su estado anterior, es decir, debe restituirse al trabajador las condiciones de trabajo de las cuales fue privado por medio de las conductas discriminatorias.

V. A modo de conclusion

Es claro entonces que, las medidas cautelares, son herramientas de fundamental importancia, para remover los obstáculos que se interponen entre los derechos de los trabajadores y el proceso. También es cierto que existe un desequilibrio entre la evolución de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y el derecho procesal, que obstaculiza el pleno goce de ellos, haciendo necesario que con herramientas idóneas como las medidas cautelares, se haga posible la efectiva tutela de los derechos violados. ♦

Notas

1. Podetti-Guerrero Leconte- Tratado de las Medidas Cautelares, 2º Ed. BsAs 1969, pag. 76.
2. Palacios Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, 1985, BsAs, Abeledo Perrot 1985, T VIII, pag. 35.
3. CSJN, in re “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. Y otros, 2348 XXXII, sent del 7.8.97.
4. XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011 “La nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador” pag. 16.

ESTUDIO JURÍDICO

**PIASEK
D’ALESSANDRO
& ASOCIADOS**

**LABORAL
DAÑOS
Y PERJUICIOS**

Uruguay 239, 1º “A”
Ciudad Autónoma
de Buenos Aires
Tel: 4375-3910
4372-2335

Género y discriminación en las relaciones laborales

-----> por *Mónica Pinotti*

El propósito de este trabajo es analizar las clases y tipos de violencia respecto de la mujer en las relaciones laborales. Especialmente el concepto de violencia laboral definido por la Ley 26485, entendido como discriminación. Su diferencia con la desigualdad de trato y la represalia. Los motivos de la violencia (discriminación) de la mujer en el ámbito del derecho del trabajo, la carga de la prueba de tal situación como sus consecuencias. Por último conocer que vías procesales existen frente a las conductas discriminatorias.

Violencia laboral: El art. 6°, inc. c) de la ley 26485 señala en primer lugar, que la violencia puede acontecer en el ámbito público como en el privado, para luego detallar de una manera no taxativa qué hechos o actos constituyen violencia contra la mujer. Así señala que una forma de violencia es obstaculizar su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

Concepto de discriminación: Hay personas que son objeto de discriminación –en lo relativo a numerosos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– no por haber hecho o dejado de hacer algo, sino por un solo factor respecto del cual no pueden ejercer ningún control: el sexo, el color de su piel o la raza a la que pertenecen, también por su religión, ideas políticas, nacionalidades o aspecto físico. El Convenio contra todas las formas de discriminación contra la mujer la define como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad con el

hombre, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, por razones, entre otras, de sexo. La ley 23592 la define en igual sentido y agrega las posibles acciones que puede intentar la persona discriminada. La ley 26485 en el artículo 6to establece que violencia laboral es aquella que discrimina a las mujeres. La reglamentación se ocupa de definir qué se entiende por discriminación en los mismos términos que los enunciados precedentemente. Agrega que se entiende discriminatoria la exigencia, tanto sea para acceder como para mantener un contrato de trabajo, de cualquier requisito inherente a la pertenencia *de género...*. En palabras de Arias Gibert: “...No es posible discriminar con culpa pues es menester la aparición del factor subjetivo de atribución doloso. Es necesaria una intención específica para la aparición del acto discriminatorio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados s/Amparo¹”, señaló que: “...la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. ...”.

Conforme todo lo expuesto podemos concluir que, para que se configure un acto de discriminación son necesarios varios elementos²: 1) Un sujeto perteneciente a alguna de las categorías susceptibles de ser discriminadas; 2) Otro, integrante de un grupo caracterizado por su hostilidad al de pertenencia al primero; 3) Una conducta exterior, jurídicamente reconocible, hacia aquél, diferente de la que se adoptaría regularmente, frente a un sujeto no estigmatizado. Existe, entonces, una situación objetiva de pertenencia a un conjunto discriminable, una razón o causa del discriminar, y un acto injusto, por el que se niega a alguien lo que se reconoce a la generalidad, con fundamento único en la pertenencia del sujeto al conjunto en cuestión.

Concepto de igualdad de trato³: Podemos definir la igualdad como “...el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos dere-

chos...⁴. En nuestra Constitución Nacional, el concepto de igualdad se circunscribió, en un primer momento, a la igualdad ante la ley. Sólo después, con la reforma que introdujo el artículo 14 bis, el concepto comenzó a implicar la igualdad de oportunidades que presupone acciones positivas por parte del Estado para lograr una relativa igualdad real de oportunidades que equilibre las naturales diferencias sociales y económicas. Ahora bien, en un régimen político como el nuestro, la igualdad entendida como derecho consiste, como ha dicho la Corte desde antiguo⁵, en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias. No se trata de un principio absoluto. El principio de igualdad no obsta que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la desigualdad no sea arbitraria, ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas (en este caso no hay desigualdad sino discriminación), aunque su fundamento sea opinable⁶. Para que haya denegación de igualdad ante la ley no sólo ha de existir desigualdad, sino que además ella debe ser arbitraria, es decir carecer de una justificación objetiva y razonable. No sucede así cuando el distingo se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo.

Diferencia entre desigualdad de trato y discriminación: No es lo mismo desigualdad de trato que discriminación tanto desde el punto de vista lingüístico como jurídico. Desde el punto de vista lingüístico; discriminar es separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra; dar trato de inferioridad a una persona o

colectividad por motivos raciales, de sexo, religiosos o políticos, por el solo hecho de pertenecer a ese grupo. En cambio, desigualdad significa "...expresión de la falta de igualdad que existe o se supone que existe entre dos cantidades...⁷ En lo jurídico la desigualdad de trato sólo puede darse en el marco de una relación de trabajo, puede ser intencional o no y puede tener o no una justificación objetiva y razonable. Si la tiene, la desigualdad de trato está justificada y no debe ser reparada. Si carece de una justificación objetiva y razonable, debe ser reparada a través de una indemnización por daños. En cambio la discriminación puede darse en el contrato sin relación de trabajo o incluso en el ámbito precontractual, nunca tiene una justificación objetiva y razonable, pues su móvil es causar un daño a un sujeto perteneciente a alguna de las categorías susceptibles de ser discriminadas por la única circunstancia de pertenecer a tal grupo. Es totalmente intencional, voluntaria y por ello dolosa. No es posible discriminar con culpa pues es menester la aparición del factor subjetivo de atribución doloso. Es necesaria una intención específica para la aparición del acto discriminatorio. Las consecuencias de uno y otro acto permiten al damnificado diferentes acciones. En ambos casos se puede solicitar la reparación de los daños, pero la nulidad del acto sólo es factible ante un supuesto de discriminación, conforme Ley 23592.

Diferencia entre represalia y discriminación: Tampoco se debe confundir discriminación y represalia. Si bien un acto discriminatorio puede manifestarse mediante una represalia, no existe identidad entre los conceptos. La represalia es un medio abstracto por el cual se produce un mal que se causa a otro, en

venganza o satisfacción de un agravio, sea por imaginario (supuesto discriminatorio) o real (supuesto no discriminatorio). Un ejemplo de este último sería el caso de un empleador que se entera que uno de sus trabajadores estuvo haciendo alarde de que iba a conseguir un mejor trabajo y ante ello, decide aumentar el salario a todos menos a él. En este caso la represalia implica una desigualdad de trato que merece ser reparada pero no hay discriminación, pues el móvil no fue por motivos de raza o religión, sino para castigar su accionar. Si el móvil de la represalia fue para castigar alguna condición que en el imaginario del empleador es perjudicial, por ejemplo el empleador se entera que una trabajadora está embarazada y aumenta el salario a todos menos a ella, es obvio que el motivo de tal hecho, se debe a un acto de discriminación por sexo. Como ya señalamos la diferencia es esencial pues la diferencia de trato no faculta al damnificado a pedir la nulidad del acto, acción si permitida en el caso de la discriminación.

La carga de la prueba: Se aplica la teoría de la carga dinámica de la prueba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Pellicori c. Colegio Público de Abogados". Es decir que la trabajadora deberá aportar indicios de la existencia de la discriminación y es el empleador quien deberá aportar prueba suficiente de que el despido obedece a otra causa.

Las consecuencias de la violencia (discriminación) en el ámbito del derecho del trabajo

En la Ley de Contrato de Trabajo: La norma del art. 245 R.C.T.

que establece una indemnización por el despido arbitrario es una cláusula penal en la medida que determina de manera anticipada los daños ante el incumplimiento de la obligación y como tal integra el contenido del contrato ajustándose a la definición del art. 652 C.C. que dice *“la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”*. Esta norma no absorbe todos los daños ocasionados por el despido, circunstancia que surge de la propia sistemática de la R.C.T. cuando establece indemnizaciones como por ejemplo la del art. 182. Tampoco puede incluir en la tarifa el daño ocasionado por dolo. Pues el art. 507 C.C. señala que *“el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”*, que es aplicable a toda cláusula penal conforme la doctrina unánime de la Jurisprudencia y Doctrina Civil. El art. 245 R.C.T. repara todos los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación sean estos materiales o inmateriales. La indemnización por daño es una obligación que puede nacer de un acto jurídico como por ejemplo el contrato de trabajo o de un acto ilícito. La responsabilidad que nace del contrato de trabajo esta sistematizada por Vélez Sarsfield en las normas de los artículos 520 y 521. El daño ocasionado por un acto de discriminación no es una consecuencia inmediata en los términos del art. 520 C.C. pues no es un hecho que acostumbra suceder según el curso natural de las cosas. Es una consecuencia mediata ya que es consecuencia del supuesto hecho alegado como causa del despido. No hay dudas de que el daño ocasionado por vio-

lencia laboral (discriminación, acoso sexual o psicológico) no puede ser reparado por la indemnización tarifada prevista por la R.C.T., pues constituye un daño en la esfera de la intimidación del imputado que exorbita la materia indemnizada por la reparación tarifada. Esta consecuencia mediata del despido, cabe reiterar debe ser reparada en la medida que el empleador previó o debió haber previsto el daño causado.

En la Ley 23592: Se trata de una ley civil, que se aplica al derecho del trabajo y trae tres opciones a pedido del damnificado: 1) A dejar sin efecto el acto discriminatorio; 2) o cesar en su realización; 3) y a reparar todo el daño moral y material ocasionado. Como se puede apreciar, esta ley civil prevé todas las posibilidades. Un empleador no podría invocar la eficacia del ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teleología la discriminación. En ese caso, el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior (art.1082 C.C.) que resulta coincidente con el primer inciso de la ley. En la medida que la ley expresamente señala la reparación del daño moral, la responsabilidad es, en el campo de los delitos civiles, en los términos de los artículos 1074, 1076 y 1078 del Código Civil, es decir dentro del título VIII, capítulo I, de los actos ilícitos que constituyen delito civil. La indemnización por daños comprende tanto los daños materiales como morales y ambos son acumulables al pedido de nulidad o, en caso de que la trabajadora no solicite la reinstalación, a la indemnización del art. 245 R.C.T.

En la ley 26485: El Título III de la ley prevé la *protección judicial*

urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en su art. 3°, entre los que figuran algunos que derivan de la relación de trabajo (art. 16, inc. e). Esto implica un procedimiento sumario a fin de obtener el cese de tal situación, lo que será motivo de análisis al tratar las vías procesales. En cuanto a la reparación, el artículo 35 de esta ley establece que: *“... la parte damnificada podrá reclamar al juez de la causa la reparación de los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia...”* El perjuicio, como mencionamos precedentemente, es causado por el abuso del derecho, que como tal se inclina al campo de lo ilícito. De aquí que la responsabilidad se derive de los principios generales y no de ninguna norma excepcional.⁸ Esta reparación del derecho común es acumulable con la indemnización tarifada del art. 245 de la R.C.T porque, como ya explicamos, repara daños distintos. En un caso se trata de la reparación de los derivados de la situación de violencia padecida (que, como ya señalamos debe reparar las consecuencias mediatas y remotas) y en el otro, de los que resultan de la ruptura del contrato de trabajo en virtud del despido indirecto de la mujer motivado por tales conductas abusivas (consecuencias inmediatas). La crítica que se le puede hacer a ésta norma es la omisión de establecer la posibilidad, a favor de la mujer, de solicitar la nulidad del acto.

Vías procesales frente a las conductas discriminatorias: A nivel nacional la reforma constitucional de 1994 incorporó una acción de amparo para los casos de discriminación, siempre que no exista un medio judicial más idóneo. Por su

parte, la ley 23592 prevé que judicialmente, a pedido del interesado se ordene: el cese de la conducta discriminatoria, que vuelvan las cosas al estado anterior y la reparación del daño material y moral originados. Esta ley no prevé el tipo de procedimiento para ninguna de las opciones previstas, pero no hay dudas que en el caso que la trabajadora solicitara la nulidad del acto, corresponde, si así lo solicita, aplicar el procedimiento sumarísimo. La justicia del trabajo también puede intervenir a través del procedimiento ordinario, en los casos en que la mujer acosada o discriminada en el trabajo se coloca, en base a ello, en situación de despido indirecto y solicita las indemnizaciones por despido sin causa, con más los daños y perjuicios. Ahora se suma el procedimiento que establece la ley 26485, en el cual los jueces pueden adoptar medidas cautelares que impidan los actos de violencia. En concreto, el Título III de la ley prevé la *protección judicial urgente y preventiva* cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en su art. 3°, entre los que, figuran algunos que derivan de la relación de trabajo (art. 16, inc. e). Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, deben dictar sus normas de procedimiento o adherir al régimen procesal que la nueva ley regula minuciosamente (art. 19). La denuncia por violencia contra las mujeres podrá presentarse *ante cualquier juez de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público*, en forma oral o escrita (art. 21). A fin de facilitar la presentación de denuncias, el reglamento establece que: *“...hasta tanto se encuentren en funcionamiento los servicios que aseguren el acceso inmediato y gratuito al patrocinio jurídico a todas las mujeres víctimas de violencia, no se requiere asistencia letrada para formular las denuncias...”*

Sin embargo, entenderá en la causa el juez que resulte *competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate* (art. 22, párrafo 1°). Esto significa que frente a alguna de las especies de violencia laboral la competente será la justicia del trabajo. El procedimiento será gratuito y sumarísimo (art. 20). Durante cualquier etapa del proceso el juez interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar *medidas preventivas urgentes* de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia. En ese sentido, podrá ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer (art. 26, a.2.). Asimismo, podrá aplicarle sanciones por el incumplimiento reiterado de las medidas ordenadas en la causa (art. 32). Aún en caso de incompetencia el juez interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinentes (art. 22, párrafo 2°), con la finalidad de no demorar los trámites urgentes. El proceso urgente reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: 1) La medida cautelar que nunca constituye un fin por sí misma, sino que está preordenada al dictado de una posterior sentencia definitiva; 2) La medida autosatisfactiva que es el requerimiento urgente que se agota con el despacho favorable y 3) la tutela anticipatoria que es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando la insatisfacción pueda derivar de un perjuicio irreparable.⁹

Conclusión final: Las declaraciones enfáticas de igualdad laboral no valen si, al propio tiempo, no se promueven condiciones prácti-

cas para que tal principio pueda realizarse, sin engendrar con ello otra injusticia. Se plantea así, con toda su intensidad –como conclusión final–, la necesidad de más acciones positivas que, de alguna manera, y como único modo de restablecer la igualdad, privilegien al grupo social discriminado- en este caso la mujer-, de tal manera que éste deje de estar discriminado y, simultáneamente, el grupo privilegiado hasta entonces, deje de estar privilegiado. ♦

Notas

1. C.S.J.N. año 2011.
2. Voto del Dr. MORANDO en la sentencia de la CNat. Sala VIII, expediente n°3229/2008.
3. Nuevo análisis del concepto de igualdad a partir del trabajo de PINOTTI MONICA, “Aspectos generales de la discriminación, primera parte”, Doctrina Laboral, Tomo XV, n°190, junio 2001.
4. Diccionario de la Real Academia Española, p.1140.
5. C.S.J.N. Fallos 16, 118, 127, 18, 101, 401, 151, 367, 150, 108, 153, 74, criterio vigente al 2009, conforme sentencia de la C.S.J.N. “Alvarez c / Cencosud”.
6. Voto del Dr. PETRACCHI, como integrante de la C.S.J.N. en el fallo publicado en L.L.T.1986-E, p.552, del 28-6-1986.
7. Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima primera edición, Madrid 1992, Tomo I p760.
8. DE CUPIS ADRIANO, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducción de la 2da. Edición italiana y estudio preliminar, por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, casa Editorial S.A., Urgel 51 bis Barcelona, p.103 y vta.
9. GOMEZ ALSINA MARTHA, PALACIOS CARMEN ELISA Y NORO VILLAGRA JORGE “Medidas cautelares: tutela anticipada. Su aplicación en el ámbito del derecho administrativo. Justiniano.com. buscador jurídico argentino creado por Heriberto Hocsman.

Tratando de echar luz sobre el trabajo nocturno

-----> por Ariel Rossi

El artículo 200 de la ley 20.744 nos parece, biológica y médicamente, irracional. Y ello nos lleva a preguntarnos si, a la luz de los conocimientos biológicos y médicos actuales, no se produce entonces un aumento de la responsabilidad patronal, al aumentar paralelamente, el riesgo de la salud de los trabajadores¹ nocturnos.

El hombre es esencialmente diurno como consecuencia de su evolución biológica y desarrollamos normalmente nuestras actividades coincidiendo con las fases de la luz del día solar, tomando las horas de descanso durante la noche, manteniendo así un ritmo estable de sueño/vigilia sincronizado a un ciclo de 24 horas. Nuestro reloj biológico es capaz de medir con bastante precisión el día solar ayudado por referencias o claves de tiempo presentes en sucesos periódicos de 24 horas del ambiente, ya sean naturales como el ciclo de luz/oscuridad o artificiales como la organización del trabajo, del esparcimiento y de otros compromisos sociales.

Vivimos inmersos en una compleja estructura social que condiciona nuestra vida diaria, y nos sentimos satisfechos al observar las actividades semanales prolijamente anotadas en una agenda. Además, el desarrollo de tecnologías en comunicación y en la industria de alimentos, así como en la prestación de bienes y servicios, nos ofrecen una relativa independencia del ambiente "natural", pero sea como fuere que intentemos separar las causas rítmicas que influyen nuestro comportamiento diario, todas en conjunto interactúan brindando información al reloj biológico.

Los turnos laborales donde el horario de trabajo, y en consecuencia de sueño, cambian periódicamente, producen modificaciones en el alerta y el desempeño cognitivo en función de la fase circadiana² y de la somnolencia, hacen que los turnos laborales representen una seria fuente de estrés, morbilidad y riesgo de errores y accidentes. Es notable el aumento significativo de accidentes laborales coincidentes con los periodos de somnolencia, con un máximo

durante la noche y en segundo lugar después del mediodía. Estos datos invitan a reflexionar acerca de si no resulta un eufemismo hablar de "accidentes" cuando se trabaja en horarios que no respetan ni el ciclo sueño/vigilia ni el sistema circadiano.

El impacto psicofísico que produce la jornada laboral nocturna, afecta todas las órbitas del trabajador. Se lesiona el entorno familiar, se afecta severamente la esfera psicosexual, se modifican las secreciones hormonales, produciendo disminuciones de la libido, tanto en el hombre como en la mujer. Se producen alteraciones vasomotoras que repercuten seriamente en todo el sistema cardiovascular y ocasionan trastornos digestivos.

Es por estas razones médicas -y ya hoy científicamente comprobadas en forma indubitable- que estamos razonablemente convencidos y persuadidos de que el trabajo nocturno no debería existir y, de ser totalmente imprescindible, no debería superar las 6 (seis) horas por día, y de ninguna manera superar los cinco días por semana.

¿Qué dice la OIT sobre el trabajo nocturno?

Tras largo debate, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171)³, que regula el trabajo nocturno de todos los trabajadores, con independencia del sexo, en todas las industrias y profesiones. Hay que señalar que existe un cierto número de disposiciones específicas que tienen que ver con las trabajadoras, aunque se trata únicamente de aquellas cuyo objeto es la protección de la maternidad.

El Convenio número 171 señala una serie de medidas que los Estados Parte deben aplicar, en su caso, progresivamente, para proteger al trabajador nocturno, ayudarlo a cumplir con sus responsabilidades familiares y sociales, proporcionarle posibilidades de mejora en su carrera y compensarlo adecua-

damente. Estas medidas incluyen una evaluación periódica gratuita de su estado de salud y arreglos especiales en caso de ineptitud declarada para el trabajo nocturno; la introducción de alternativas al trabajo nocturno por un determinado período durante el embarazo y después del parto, así como otras medidas de protección para las trabajadoras interesadas; compensación en materia de duración del trabajo, remuneración o beneficios similares, en los que se reconozca la naturaleza del trabajo nocturno; y consultas regulares con los representantes de los trabajadores sobre los horarios de trabajo y las formas de organización del trabajo nocturno que mejor se adapten al establecimiento y a su personal, así como sobre las medidas de salud en el trabajo y los servicios sociales que sean necesarios.

¿Qué dicen los sindicatos sobre el trabajo nocturno?

Son muchos los sindicatos que muestran su preocupación respecto del trabajo nocturno. Por ejemplo, la *Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres*, así como la *Confederación de Sindicatos de la República Federal Alemana*, consideran el trabajo nocturno como “*perjudicial para la salud y vida familiar, presentando graves desventajas sociales para el trabajador y su familia*”. Sin embargo, son escasos los sindicatos que indican de manera concisa las propuestas preventivas a tener en cuenta en materia de salud laboral o seguridad en el trabajo, investigando por su cuenta y publicando los resultados, en vez de plantear o solicitar la formalización de grupos mixtos de investigación con los gobiernos de sus respectivos países para tratar el tema de una manera más profunda y eficaz.⁴

Fuera de Europa también se encuentran idénticas reservas frente al trabajo nocturno; por ejemplo, la *Confederación Japonesa del Trabajo*, no duda en considerarlo “*expresamente perjudicial para la salud de hombres y mujeres, estimando que se debería desalentar su utilización, y recurrir a él sólo en caso de trabajos especiales e ineludibles*”. Sin embargo, no se especifican las condiciones sociales necesarias para poder desalentar a los potenciales trabajadores y garantizar fuentes de ingresos alternativas, ni tampoco los criterios utilizados en su momento para considerar a determinados trabajos como “*ineludibles*”.

La única regulación relativamente seria sobre el tema la tiene el *Consell de la Generalitat Valenciana*, por el que se regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Generalitat dependientes de la Consejería de Sanidad.

La única regulación relativamente seria sobre el tema la tiene el *Consell de la Generalitat Valenciana*, por el que se regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Generalitat dependientes de la Consejería de Sanidad.

El trabajo nocturno no sólo trae problemas al trabajador

El mayor desastre nuclear de la historia de la humanidad, Chernobyl, se produjo a la 01:24 del 26 de abril de 1986, debido a un error humano, afectando con su radiación a más de 8 millones de personas. El peor accidente nuclear de Estados Unidos ocurrió el 28 de marzo de 1979, a las 04:00, en el reactor nuclear de Three Mile Island, debido a fallos

humanos, sin producirse daños debido a las medidas de seguridad pasiva y al diseño del reactor. También nos encontramos con las explicaciones de los responsables políticos de la N.A.S.A., admitiendo que la explosión del transbordador espacial Challenger en pleno despegue fue debido a fallos humanos atribuibles objetivamente a la falta de horas de sueño de la plantilla, fruto de una prolongación excesiva del turno de trabajo durante la noche anterior al lanzamiento, poniendo en una situación comprometida la parte práctica de algunos de los planteamientos laborales de las agencias norteamericanas.

Se ha encontrado que la combinación de las variables “nocturnidad” y “falta de sueño” actúan con efecto multiplicador a la hora de establecer la probabilidad de sufrir un accidente laboral, por ejemplo, de hasta dos veces en enfermeras de noche frente a sus homólogas de día, e incluso de hasta 16 veces en camioneros nocturnos, estando éstos últimos asociados al consumo imprudente de estimulantes y de bebidas alcohólicas. El período comprendido entre la una de la madrugada y las cinco de la mañana, es decir, el 50% de la duración del turno nocturno, se identifica como uno de los más proclives para la realización de conductas poco acordes con la seguridad laboral. Por su parte, también se han encontrado descensos en los niveles de alerta en los turnos fijos nocturnos de 12 horas de duración, sobre todo en las horas finales de la jornada laboral, con los riesgos que puede suponer para la seguridad de los trabajadores implicados.

Una conducta potencialmente peligrosa es quedarse dormido

D O C T R I N A

en el trabajo; en este sentido, el riesgo de que un maquinista de tren se quede dormido en un turno nocturno es 14 veces superior al diurno, incrementándose hasta un 8% a medida que aumenta la edad. No obstante, algunos autores indican la ausencia de diferencias en el rendimiento frente a tareas cognitivas en personal de turnos rotativos en jóvenes (20-30 años) y veteranos (50-60 años), por lo que la influencia de la edad del trabajador puede necesitar de ciertas matizaciones en lo que respecta a la seguridad en el trabajo, al existir una relación entre la experiencia laboral y la posibilidad de accidentarse, debido al exceso de confianza y/o abandono de ciertas normas de conducta beneficiosas para el desarrollo laboral seguro. Los incrementos en la duración de los turnos también incrementan la siniestralidad, hasta un 18.5% aumentándolo sólo una hora.

Retomando un ejemplo anterior, conducir con pocas horas de sueño es una tarea habitual para

muchos camioneros, hasta un 39% del total en Finlandia. De esta manera, resulta comprensible la considerable cifra anual de accidentes de trabajo en el sector. El trabajador camionero que asume estos riesgos, está incentivado principalmente por las primas ofrecidas por realizar la entrega en el menor tiempo posible.

La Ley 20.744 y el Trabajo nocturno e insalubre

En su artículo 200 dice: *La jornada de trabajo íntegramente nocturna no podrá exceder de siete (7) horas, entendiéndose por tal la que se cumpla entre la hora veintiuna de un día y la hora seis del siguiente.* Como hemos aclarado más arriba, por razones biológicas y médicas el trabajo nocturno es contrario desde todo punto de vista a la salud del trabajador, poniendo en riesgo no solamente a éste, sino que en pocas oportunidades al resto de la población. Por añadidura, “sabemos bien que muchos obre-

ros viajan 2, 3 y 4 horas por día, y muchas veces durante más tiempo para llegar a su trabajo, lo que termina transformando su jornada laboral, en jornadas de hasta 11 horas diarias”.

Esta limitación no tendrá vigencia cuando se apliquen los horarios rotativos del régimen de trabajo por equipos. Cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho (8) minutos por cada hora nocturna trabajada o se pagarán los ocho (8) minutos de exceso como tiempo suplementario según las pautas del artículo 201. No hace falta repetirnos ya que este punto está fuera de toda lógica y racionalidad. Sólo se incrementa el riesgo personal del trabajador y sus posibles consecuencias hacia el resto.

En caso de que la autoridad de aplicación constatará el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, intimará previamente al empleador a adecuar ambientalmente el lugar, establecimiento o actividad para

INSCRIPCIÓN A LA A.A.L.

Estimado colega, usted puede asociarse a nuestra institución de varias maneras: on-line a través de nuestra página Web, enviando una copia del presente formulario por Fax o concurriendo en forma personal a nuestra sede.



Sede de la Asociación de Abogados Laboralistas
 Viamonte 1668, piso 1º Dpto. “3” (C1055ABF) Buenos Aires, Argentina
 Horario: Lunes a Viernes de 9.00 a 18.00 hs.
 Tel-Fax (54-11) 4374-4178
 web site: www.aal.org.ar
 E-mail: info@aal.org.ar



Por favor, complete todos los campos del formulario para inscribirse:

Nombre completo: **Domicilio:**

Ciudad: **Teléfonos:** **E-mail:**

Comentarios:

Aclaraciones:

que el trabajo se desarrolle en condiciones de salubridad dentro del plazo razonable que a tal efecto determine.

Somos terminantes: en nuestra opinión, el estado debe declarar la insalubridad del trabajo nocturno. La ley vigente debe ser modificada imperiosamente, entendiendo que las leyes de la sociedad y ésta en particular, son contrarias a las leyes biológicas. Entendemos que de mantenerse las cláusulas de la misma, se estaría protegiendo a quien daña, en definitiva, el empleador, permitiéndole ante el reclamo por el daño provocado, ampararse en la legislación vigente, impidiendo de esta forma ser responsable del hecho. Esto sería violatorio de la protección integral que debe tener el trabajador, a través del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y los Tratados Internacionales. Por eso afirmamos que el respeto a los trabaja-

dores bien puede empezar por respetar su fisiología.

Para terminar recordemos la vigencia del siguiente fragmento de *La situación de la clase obrera en Inglaterra* de Fereico Engels: “... Si un individuo produce a otro un daño físico tal, que el golpe le causa la muerte, llamamos a eso homicidio; si el autor supiera, de antemano, que el daño va a ser mortal, llamaremos a su acción asesinato premeditado. Pero si la sociedad reduce a centenares de proletarios a un estado tal, que, necesariamente, caen víctimas de una muerte prematura y antinatural, de una muerte tan violenta como la muerte por medio de la espada o de una maza; si impide a millares de individuos las condiciones necesarias para la vida, si los coloca en un estado en que no pueden vivir, si los constriñe, con el fuerte brazo de la ley, a permanecer en tal estado hasta la muerte, muerte que debe ser la consecuencia de ese estado; si esa sociedad sabe, y lo sabe muy bien, que esos millares de individuos deben caer víctimas de tales condiciones, y, sin embargo, deja que perdure tal estado de cosas, ello constituye, justamente, un asesinato premeditado, como la acción del individuo, solamente que un asesinato más oculto, más pérfido, un asesinato

contra el cual nadie puede defenderse, que no lo parece, porque no se ve al autor, porque es la obra de todos y de ninguno, porque la muerte de la víctima parece natural y porque no es tanto un pecado de acción como un pecado de omisión. Pero ello no deja de ser un asesinato premeditado ...” ♦

Notas

1. Trabajar, del latín vulgar, “tripaliare” torturar, de “tripalium” instrumento de tortura hecho con tres palos. Guido Gómez de Silva: *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. Fondo de Cultura Económica, México, 2006. Y si a la etimología le agregamos lo de nocturno, podríamos extraer inquietantes conclusiones.
2. En la biología, los ritmos circadianos (del latín *circa*, que significa “alrededor de” y *dies*, que significa “día”) o ritmos biológicos son oscilaciones de las variables biológicas en intervalos regulares de tiempo.
3. El Convenio número 171 entró en vigor el 4 de enero de 1995 y, hasta la fecha, ha sido ratificado por 11 Estados Miembros.
4. En nuestro país el tema nunca ha sido tratado seriamente por ningún sindicato.

**ESTUDIO
JURÍDICO**

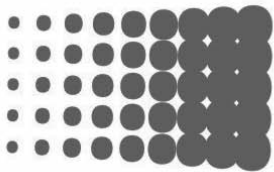
**García
&
Tribuzio**

**Abogados
laboralistas
de trabajadores**

NARO S.A.

**RECUPERACIÓN DE APORTES
PARA SINDICATOS Y OBRAS SOCIALES**

Desde 1990 al servicio de la recaudación
Sarmiento 1426 - 1º Cuerpo - 4º Piso • Capital Federal
TE: 4372-7406 4374-7294
e-mail: naro@portrabajar.com.ar



Los trabajadores telefónicos saludamos la aparición de este nuevo número de **La Causa Laboral**, uniéndonos a la misión de la Asociación de Abogados Laboralistas

Por el principio constitucional de un poder judicial independiente

Para terminar con la precariedad y flexibilidad laboral

Por el derecho de los trabajadores a organizarse sindicalmente

FOETRA Sindicato Bs. As.
www.foetrabsas.org

Perón 1435- Ciudad Autónoma de Bs. As.
4375 -5926/29



Diligencias preliminares en el proceso de daños por accidentes y enfermedades profesionales

-----> por Enrique Mario Rozenberg

I.- Presentación

En los arts. 323 a 329 del CPCCN se regulan las denominadas diligencias preliminares, también denominadas preparatorias, que son aquéllas que tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y precisión de sus alegaciones, permitiéndoles el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición, o a la medidas que faciliten los procedimientos ulteriores.¹ Este tipo de diligencias resultan admisibles en el procedimiento laboral conforme lo ha indicado la doctrina y jurisprudencia. Entendemos que se trata de un instituto especialmente válido en el procedimiento por reclamos indemnizatorios derivados de accidentes y enfermedades profesionales al que nos referiremos seguidamente.

II.- Funciones de las diligencias preliminares

Aunque agrupadas bajo una común denominación, estas medidas requeridas antes de la promoción de la demanda y sin que la litis se encuentre trabada tienen funciones diversas: **preparatorias, conservatorias y cautelares**. Los datos, elementos y pruebas requeridos pueden encontrarse en poder de los futuros demandados o terceros. En el sentido estrictamente preparatorio tienen por objeto práctico obtener información que resulte imprescindible para articular la demanda y sin los cuales no sería factible hacerlo, referidas a la identificación del sujeto demandado, personalidad, domicilio, conocimiento de hechos o documentos necesarios para un planteamiento adecuado del reclamo. Se ha dicho así que: *“Las medidas preparatorias tienen la función de procurar a quien ha de ser parte en un juicio aún no iniciado, el conocimiento de hechos o informacio-*

nes indispensables para que el proceso quede desde el comienzo regularmente constituido, datos que aquélla no podría obtener sin intervención de la justicia; también simplificar el trámite del futuro juicio o de asegurar la efectividad de la representación (nombramiento de tutor o curador, inc. 7º) y de evitar los inconvenientes que para el actor o el demandado podría resultar de la ausencia del país de este último (inc. 8º)”.²

El aspecto conservatorio prevalece en aquellos casos en que quien se alista para presentar una demanda (o eventualmente, quien cree que será demandado) *“... tiene razones justificadas para temer que su producción pudiere resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba”*,³ así el típico supuesto del testigo valetudinario por cuya supervivencia se tema o el que se apresta a viajar de modo definitivo o por un lapso prolongado al exterior, lo que tornaría mucho más dificultosa u onerosa su declaración para la causa hacen aconsejable la inmediata toma de declaración; lo mismo ocurriría con una documentación en riesgo de destrucción.

En el sentido cautelar posee el objetivo de asegurar la preservación de pruebas, documentos, datos que corran peligro de perderse por el mero transcurso del tiempo, o actuación del demandado que tienda a obstruir o suprimir dichos elementos a los fines de mejorar su posición procesal. El allegamiento de elementos decisivos o importantes a la causa no puede quedar sujeto al puro interés propio de las partes, en aras de la averiguación de la verdad material. El aspecto cautelar de producción anticipada de prueba que se realiza con conocimiento de los cautelados, deja garantizado su derecho de defensa y no entraña ventaja procesal indebida para su requirente.⁴ Se preguntaba Morello comentando elogiósamente un fallo de la Cámara Federal, Sala II: *“¿Cuáles razones justificarían esconder o postergar aquello que, como información imprescindible o*

prueba decisiva, es aportado en el amanecer del litigio sin menoscabo de las garantías del proceso justo?".⁵ Es factible reconocer la posibilidad de que estas distintas funciones se acumulen o incluso se confundan en un caso concreto y resulten necesarias con fines mixtos de averiguación de hechos y datos por un lado, y por otro el de aseguramiento de su preservación. Se ha entendido, con buen criterio, que los datos cuyo allegamiento se requieren no son sólo los que resulten *esenciales e imprescindibles* sino que comprenden también a aquéllos que permitan plantear el reclamo "en la forma **más precisa y eficaz**. Persiguen, esencialmente, la determinación de la legitimidad procesal de quienes han de intervenir en el proceso, la comprobación de ciertas circunstancias cuyo conocimiento es imprescindible o **manifiestamente ventajoso** desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar una eventual presentación en juicio (art. 323, CPCCN)".⁶

Dicho de otra manera, se trata de que quien debe iniciar una demanda lo haga con los suficientes elementos para poder tomar una decisión apropiada, con la correspondiente seriedad, certeza, certidumbre, establecer su estrategia judicial, reconocer que tipo de pruebas necesitará o prever las eventuales defensas, en aquellos casos en que los elementos no se encuentren a su disposición naturalmente y que requerirán imprescindiblemente la intervención de la justicia para conseguirlos. "La jurisprudencia ha dicho que las diligencias preliminares (medidas preparatorias) tienen por objeto procurar a quien va a ser parte en un proceso de conocimiento, hechos o informaciones que no podría obtener sin la actuación jurisdiccional, de modo que se

busca por ese medio otorgar la posibilidad del planteamiento de las alegaciones en la forma más precisa y eficaz y deducir demanda con la **certidumbre correspondiente**".⁷

III.- Especificidad del procedimiento de reparación de daños por accidentes laborales en relación a las diligencias preliminares

En el caso especial de la ley 24.557, que instituye un régimen original y complejo, se coloca en cabeza del asegurador que opera en el rubro de riesgos del trabajo, facultades y deberes de relevamiento, contralor, asesoramiento, colaboración, instrucción, capacitación, verificación de cumplimiento de planes de mejoramiento de condiciones de seguridad e higiene, comunicación, denuncia y recalificación, de naturaleza pública y cuasi-estatal, exorbitantes al derecho privado respecto del asegurado y del tercero beneficiario del sistema (el trabajador). Es así que respecto de ellos tiene obligación de hallarse en poder de constancias documentales precisas, a las que el actor no ha tenido acceso.⁸

Por otra parte, en el caso de que el asegurador haya prestado o denegado prestaciones, de asistenciales médico-farmacéuticas, no dinerarias, esto supone que se encuentra en su poder denuncia de accidente o enfermedad por el empresario y el trabajador, historia clínica de este último, estudios complementarios e informes sobre los mismos, que constituyen constancias documentales precisas, a las que el actor no ha tenido acceso. A su turno el empleador se encuentra obligado por disposiciones contractuales y extra-contractuales

a cumplir con las medidas de protección y seguridad respecto de sus dependientes, impuestas por las leyes.⁹ Resulta necesario disponer de todos los elementos documentales que hagan a la constatación de tales hechos y actos que no pueden quedar sujetos a la pura discrecionalidad para su presentación o no de los accionados.

En el caso del requerimiento de presentación de documentos e informes previos al proceso de reclamo de indemnización por daños y perjuicios derivados de siniestro laboral, tiene por fin preparar la demanda y el ofrecimiento de pruebas con que el actor deberá muñirse, y a la vez, conservatorio de prueba, obrante en poder del empleador y asegurador.

IV.- Condiciones, procedimientos y prácticas impuestos por la ley 24.557 obstructivos del derecho de defensa del trabajador y su acceso a la justicia

En el contexto de la Ley de Riesgos del Trabajo, los procedimientos, prácticas y conductas a ella vinculados por los operadores del sistema, que no es posible ignorar, han dado lugar al planteamiento de diversos pedidos de inconstitucionalidad en la demanda impetrada, siguiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición.

El trabajador accidentado debe ser asistido por los servicios médicos contratados por los demandados (la ART que brinda la asistencia médico-farmacéutica, rehabilitación, recalificación, y la empresa con sus controles propios para el alta y condiciones de readmisión del trabajador en su puesto original u otro) que normalmente se niega a entregar, ni suministran nin-

gún elemento fehaciente al trabajador accidentado que este pueda utilizar para efectuar su reclamo (documentación, radiografías, estudios o evaluaciones) a la que sólo tienen acceso sus clientes con los que mantienen relaciones comerciales constantes e intereses compartidos y contradictorios (al menos parcialmente) con los del trabajador. En fallo reciente se ha confirmado este temperamento.¹⁰

V.- Lesividad inconstitucional de la obligación de la opción jurídica excluyente con carencia de información esencial

Debe advertirse que en supuestos (no infrecuentes) en cuanto al pago de remuneraciones parcialmente clandestinas o adulteración de otro dato esencial del contrato laboral, la ley 24.557 y su modificatoria 26.773, al implementar una compulsión legal para el damnificado del accidente laboral, de optar de modo excluyente entre la acción especial sistémica y la extra-sistémica, en condiciones en las que carece de la totalidad de la información médica, de su condición y tratamiento y también de la carencia de la totalidad de pruebas disponibles y de los elementos suficientes para evaluar aspectos decisivos referidos a la magnitud de su incapacidad, se lo coloca en una condición de desigualdad discriminatoria gravemente lesiva e inconstitucional.

VI.- No excepcionalidad ni restrictividad del instituto. Prevalencia del criterio de eficacia del proceso

Las diligencias preliminares no son un instituto de excepción, como

interpreta alguna jurisprudencia antigua, según se encargan de puntualizar Colombo y Kiper: *“Por el código derogado, era excepcionales y limitadas (art. 70). Actualmente, habiendo desaparecido esa norma, queda a criterio del juez ordenarlas en los casos que constituyan adaptación de los previstos expresamente”*.¹¹

El requisito de imprescindibilidad de los datos o pruebas requeridos no es exclusivo ni prevalente, dado que basta para admitirse la procedencia de la medida, la *manifiesta ventaja* que la producción anticipada de prueba produzca en orden a la precisión y economía del debate y al mejor rendimiento de la actividad jurisdiccional. Palacio ha indicado que las diligencias preparatorias: *“persiguen, esencialmente, ...la abreviación de los futuros procedimientos, o la comprobación de determinadas circunstancias cuyo conocimiento resulta indispensable, o manifiestamente ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar adecuadamente una eventual pretensión u oposición y asegurar la regularidad de los trámites correspondientes a tales actos”*.¹² El sometimiento a formalismos algo vetustos debe ceder ante un concepto moderno de rendimiento de los institutos procesales con criterio que implemente la celeridad y eficacia procesal tendiente a compensar los desequilibrios fácticos en que se encuentran los litigantes conforme lo enseñaba el maestro Morello.

VII.- Requerimientos de documentación médica, información, referencias

El requerimiento de diligencia preliminar en accidentes y enferme-

dades profesionales, sea que se encare de modo definido desde el planteamiento a favor de la acción sistémica o extra-sistémica, o se lo haga de modo condicionado a las resultas del producido de la diligencia, se debería efectuar sobre la base de la disposición del art 323, CPCCN.¹³ Entendemos que entre los requerimientos, sin pretensión de exhaustividad, cabría incluir se acompañe la documentación original o, en su defecto, en caso de no encontrarse en su poder los originales, deberá acompañar las copias en cuyo caso indicará los datos de quien los posee y dónde (art. 325, CPCCN).¹⁴ La presunción de que la contraparte destruirá o alterará documentación implica suficiente riesgo que justifica su aplicación. En esta línea de razonamiento se ha dicho: *“Esta Sala adhiere al criterio que propicia la admisión amplia de las diligencias preparatorias a fin de evitar una mayor actividad jurisdiccional innecesaria, amplitud que comprende todos los órdenes: ya sea el tipo de proceso, la interpretación de las enunciadas en el art. 323 CPCCN y la inclusión de otras no enumeradas, ello, sin perjuicio de que, ante su pedido, resulta requisito ineludible a tal fin, que el dato que se solicita no pueda ser obtenido en forma extrajudicial”*.¹⁵ En un pronunciamiento reciente sobre este tipo de situaciones se ha dicho también que: *“Ésta es, a criterio del Tribunal, la solución que mejor se compadece con el espíritu del art. 323 del Código Procesal, ya que es reconocida regla de hermenéutica que en la interpretación de las leyes debe preferirse aquella que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma (cfr. CSJN, Fallos: 314:358; 315:1922; 316:1066 y 3014, entre otros)”*.¹⁶ ♦

DOCTRINA

Notas

1. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 1977, t. VI, p. 11; COLOMBO-KIPER, *Cód. Proc. Civ. Com. de la Nación...*, 2006, t. III, p. 477; PIROLO-MURRAY-OTERO, *Manual de derecho procesal del trabajo*, p. 136; MAZA, en *Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo*, Allocati, (dir.), 1999, t. 2, p. 35.
2. COLOMBO, Carlos J.; KIPER, Claudio M., *Código...*, t. III, p. 477.
3. PIROLO-MURRAY-OTERO, *Manual...*, p. 142.
4. FALCÓN, *Tratado de la prueba*, 2003, t. 1, p. 658.
5. MORELLO-KAMINKER, *Diligencia preliminar. Nuevas fronteras de su esfera de actuación* en MORELLO, *La eficacia del proceso*, Hammurabi, 2ª ed., 2001, p. 293/7.
6. PIROLO-MURRAY-OTERO, *Manual...*, p. 136; en el mismo sentido FASSI, Santiago C.; MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, 2002, 3ª ed., t. III, p. 72.
7. CNT, Sala VII, 18-9-90, TySS, 1990-934". FALCÓN, Enrique M., *Tratado de derecho procesal laboral*, 2012, t. I, p. 610.
8. Cfr. Decs. 351/79, 170/96, 1336/96, 410/01; Resols. SRT

43/97, 463/09; principio de especificidad exteriorizado en los Decs. 911/96 de la industria de la construcción y 617/97 de trabajo agrario, aplicable análogicamente en autos; y cc.

9. LCT; de Seguridad e Higiene del Trabajo; 11.544; 24.557; 25.212; Convenio Colectivo de Trabajo aplicable, etc.; entre las que se cuentan el legajo de salud del actor, los exámenes médicos preocupacionales y periódicos, los exámenes médicos especiales en función de los riesgos específicos de la actividad que cumplía el actor, las acciones de prevención, formación y educación frente a los riesgos por accidentes y enfermedades laborales, controles

médicos efectuados por médicos del empleador diferenciados de los practicados por la ART, constancias de atención médica presentados por el dependiente a lo largo de la relación y de los cuales este no ha guardado constancia ni se le ha permitido hacerlo de modo fehaciente.

10. "En el caso, la parte actora petitionó el libramiento de un oficio a la demandada para que adjunte a la causa el legajo administrativo perteneciente al actor, en el que constan todos los estudios médicos practicados con motivo del siniestro sufrido y abierto por la propia ART sin conocimiento del reclamante. Dado que, según lo

*Clases de Guitarra
flamenca, Clasica, Tango.*

Zonas: Caballito, Tribunales, Boedo, Temperley

Profesor
Ariel Moreno
(ESMUC-LICEU) España

4243-2827
15-64903071
Arielmoreno30@hotmail.com

ASOCIACION DE ABOGADOS LABORALISTAS
LA CAUSA LABORAL

Para pensar el derecho del trabajo desde el principio protectorio.

COMUNÍQUESE
AL 011-4374-4178
O MANDE UN E-MAIL A: a_laboralistas@hotmail.com

**ESTE ESPACIO ESTÁ
DISPONIBLE PARA USTED.**

ANUNCIE EN LA REVISTA
"LA CAUSA LABORAL",
REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE ABOGADOS LABORALISTAS

DOCTRINA

- expuesto por el solicitante, la finalidad de la medida radica en conocer las circunstancias que rodearon la apertura del siniestro en cuestión, en tanto desconoce y niega que la primera manifestación invalidante hubiera acaecido en la fecha que consta en el dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional y, en tanto de su resultado depende la determinación del objeto de la demanda, fundamentos que dejan entrever la imposibilidad de indagación privada respecto de tales constancias, corresponde admitir parcialmente la solicitud efectuada, debiéndose producir en la sede de origen la diligencia peticionada, consistente en el libramiento de un oficio a La Caja ART SA a fin de que se adjunte a las presentes el legajo administrativo perteneciente al actor, labrados con motivos del siniestro y los estudios médicos allí obrantes” (Brandolino-Stortini), (CNAT, Sala X, 29/6/2012, “Tournour, Hugo Antonio c/La Caja ART SA s/diligencia preliminar”, exp. N° 15711/2012, SI N° 20032).
11. COLOMBO, Carlos J.; KIPER, Claudio M., *Código...*, 2006, t. III, p. 480.
12. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 1977, t. VI, p. 11.
13. “Enumeración. Caducidad. El proceso de conocimiento podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar, o quien, con fundamento prevea que será demandado:... 3) Que se exhiba un testamento cuando el solicitante se crea heredero, coheredero o legatario, si no puede obtenerlo sin recurrir a la justicia”.
14. Respecto del empleador: 1.- Comunicación fehaciente al actor por la empresa de seguros (ART) que suministraría la cobertura de salud en caso de accidente o enfermedad laboral.- 2.- Las denuncias de accidente laboral del actor efectuada a la ART.- 3.- Totalidad de informes suministrados por el control médico del empleador respecto del actor.- 4.- La totalidad de estudios médicos, historias clínicas y estudios complementarios, informes sobre las intervenciones quirúrgicas y tratamiento que se le practicaron que obren en su poder.- 5.- Exámenes médicos: A) pre-ocupacionales, B) periódicos, C) al egreso y D) informe sobre tareas de recalificación (arts. 5, inc. ‘o’, Ley 19587; Dec. 170/76; Res. SRT 43/97).- 6.- Legajo de salud del actor (art. 9, 19587).- 7.- Constancias de entrega al actor de ropa y equipos destinados a su protección frente a contingencias como la sufrida, para la carga y descarga de pesos (Título VI, Cap. 19, Ley 19587, y cc.).- Respecto de la ART: 1.- Comunicación fehaciente al actor por la empresa de seguros (ART) que suministraría la cobertura de salud en caso de accidente o enfermedad laboral.- 2.- Las denuncias de accidente de empleador y trabajador y todas las declaraciones que efectuaran al respecto que obren en su poder.- 3.- La totalidad de estudios médicos, historias clínicas y estudios complementarios, informes sobre las intervenciones quirúrgicas y tratamiento que se le practicaron que obren en su poder.- 4.- La totalidad de estudios médicos, historias clínicas y estudios complementarios, informes sobre las intervenciones quirúrgicas y tratamiento que se le practicaron que obren en su poder.- 5.- Exámenes médicos: A) pre-ocupacionales, B) periódicos, C) al egreso y D) informe sobre tareas de recalificación (arts. 5, inc. ‘o’, Ley 19587; Dec. 170/76; Res. SRT 43/97).- 6.- Planes de Mejoramiento implementados en el establecimiento y vehículos en que prestó servicios el actor (Art. 4º, 2º párr., LRT; Dec. 170/96) en su caso las notificaciones a la SRT de incumplimiento de los planes de mejoramiento.- 7.- Constancias de las acciones de asesoramiento y asistencia técnica brindadas por la ART (art. 31, punto 1, inc. ‘e’, LRT; art. 18, Dec. 170/96); de asesoramiento y control (art. 19, Dec. 170/96); capacitación de personal (art. 21 y cc. Dec. 170/96).- 8.- Constancias de capacitación especial brindada al actor para cumplir el tipo de tareas que realizaba al momento de verificarse el accidente que padeció (Título VII, Caps. 20 y 21, Ley 19587 y cc.).- 9.- Constancia fehaciente de visitas, sugerencias, capacitaciones u otras medidas anteriores al accidente/exteriorización de la enfermedad laboral del actor.
15. CNAT Sala IV, Expte. N° 29.130/2012, Sent. Int. N° 49.555, 19/10/2012, “Canabide, Nadia Soledad c/Valmed Salud y otro s/diligencia preliminar” (Marino, Guisado).
16. CNACiv. y Com. Fed., Sala I, 9-3-10, “HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. c/Cap. y/o Arm. y/o Prop. Bq. “Patricia M y otros s/medidas preliminares y de prueba anticipada”, exp. n° 6558/2009), www.pjn.gov.ar.

Mobbing y salud

-----> por Enrique Mario Rozenberg
y Clara Reitburd

I.- Introducción

La problemática introducida en el derecho laboral con la consideración del denominado '*mobbing*', o el más castizo '*acoso moral o psicológico en el trabajo*¹, ha adquirido entidad creciente por su incidencia en diversos aspectos que hacen interesante su consideración. En los países desarrollados se ha estimado estadísticamente que estas prácticas que afectan entre el 10 y 15% de los trabajadores. En América Latina no existen datos ciertos; no obstante es dable suponer porcentajes apreciablemente superiores, atento el atraso de los criterios y técnicas de organización empresarial como de gestión de personal. El análisis de estos fenómenos produce incidencia directa en el incremento de las responsabilidades empresarias, habilita el escrutinio de la funcionalidad de sus conductas directas o indirectas, obradas conscientemente, inducidas a través de terceros, consentidas con conocimiento o ignoradas voluntariamente por indiferencia o desentendimiento indebido; simultáneamente en la limitación de la discrecionalidad en el ejercicio de las facultades-poderes, esenciales de dirección, organización y disciplinario del empleador.

II.- Antecedentes

Ha sido el Dr. Heinz Leymann, psiquiatra alemán nacionalizado sueco, quien publicó un primer estudio sobre la violencia psicológica en el trabajo en 1984. En 1990 presentó una ponencia en el Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo de Hamburgo sobre el fenómeno que denominó *mobbing* y en 1993 publicó en alemán el libro que lleva el mismo nombre resultando más difundido el tema tres años después, cuando su libro fuera traducido al francés. En nuestro país la jurisprudencia viene registrando casos desde comienzos de la década del 2000 y su progresión es creciente, ligada a denuncias sobre prácticas antisin-

dicales (ya sea de delegados de organizaciones con personería gremial como no, promotores, activistas), acoso sexual y prácticas en perjuicio de mujeres, despidos discriminatorios, reclamos de indemnización por daño moral extratarifado en supuestos de desvinculación; ligados a enfermedades laborales y sus repercusiones por daños psíquicos y morales.

Se han dictado disposiciones de protección contra la violencia laboral, el maltrato psíquico y social, el acoso laboral o sexual y en defensa de la mujer en armonía con disposiciones internacionales en la materia². Estas disposiciones contra la violencia, el acoso, tuitivas de la mujer y otros colectivos pasibles de discriminación, resultan de utilidad ampliada por la posibilidad de su aplicación analógica más allá de las tipologías descritas generalmente a título ejemplificativo. La eventual aplicación analógica de la ley 26.485 de protección integral de la mujer permite su extensión a varones en tanto procura asegurar el derecho "a vivir una vida sin violencia" (art. 2º), evitar la discriminación; facilitar el acceso a la salud, educación, seguridad personal; la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; que se respete su dignidad; derecho a la intimidad, libertad de creencias y pensamiento; recepción de información y asesoramiento adecuado; gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; acceso a la jurisdicción; igualdad de derechos y oportunidades; trato respetuoso en situaciones de victimización evitando que por acto u omisión se los revictimice por vía de procedimientos inadecuados u obrados por personal incompetente o no entrenado para el tratamiento de estas situaciones. El art. 4º identifica y define las formas de violencia contra la mujer, el art. 5º se especifica las formas de violencia física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, simbólica, utilización de patrones estereotipados, institucional y laboral. Las disposiciones y técnica de avanzada de esta ley pueden utilizarse para generalizar formas de protección también para varones sin entorpecer a su específicas destinatarias.

III.- Aproximación y distinciones

La Dra. Marie-France Hirigoyen³ a definido el acoso laboral como: “Toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo”⁴. En términos generales, todas las definiciones del fenómeno *mobbing* hacen referencia a algunas notas características. Se trata de *conductas abusivas*, hostiles, que comprenden formas de abuso de poder en múltiples manifestaciones, suponen la restricción de la libertad y posibilidades de ejercicio de derechos por sus víctimas, atentan contra su dignidad, integridad psico-física, moral o sexual. Entre los derechos afectados pueden señalarse los referidos a una existencia libre de violencia o coacciones, el trabajo digno, la indemnidad, la integridad psicofísica o sexual de las personas. Se trata de derechos fundamentales que poseen tutela preferente en la normativa nacional e internacional, ya que la libertad, dignidad, honor personal o profesional e indemnidad, poseen la máxima jerarquía en la estimativa legal y constitucional, asociados directamente con la protección de la persona humana.

Son *actos persistentes*, aunque no necesariamente continuos. Para dar una pauta meramente aproximativa, se ha hablado de actos al menos semanales, en un lapso de 6 meses. En ocasiones, las personas victimizadas tardan en adquirir plena conciencia de la situación en que se encuentran inmersas, por falta de distancia respecto de los hechos que viven, dificultad en la objetivación de los acontecimientos, bloqueos emocionales, carencia de herramientas para la comprensión de la situación

que las comprende, dificultades de verbalización, comunicación o explicación. De allí la importancia de la intervención de la respuesta a consultas por los abogados, médicos, psicólogos, delegados sindicales, a los que eventualmente puede recurrir el afectado relatando la situación o efectos de la misma, ya sea como reclamo por incumplimientos laborales o afecciones diversas a su salud.

En tales condiciones, la posibilidad de detección, denuncia y sanción no requiere total consumación, sino que el acoso puede producirse en etapas preliminares, larvadas, de amenazas, en que se haya manifestado o luego de producido el efecto, como la desvinculación del ámbito laboral analizando la secuencia de hechos que lo precedieron o adquiridas las pruebas y evidencias con posterioridad. La causa que moviliza a los sujetos activos puede ser meramente perversa, psicopática, actuados por personalidades narcisistas que obtienen satisfacción en la humillación de la víctima, o supuestamente “funcionales” a la organización, incluso explícitamente atribuidos a propósitos o criterios empresarios determinados que obran como justificativo. Los propósitos perseguidos pueden ser variados: la *exclusión* de la persona afectada de su ámbito laboral o la *aceptación de condiciones que no desea o que no tiene obligación de aceptar*. Se trata de la búsqueda de sometimiento, desánimo, desestabilización emocional (procurando la afectación de su identidad, jerarquía, categoría o función), intimidar, opacar, amedrentar y consumir emocional o intelectualmente, producir malestar psicológico, marginación, auto-exclusión del ámbito laboral, aislar, bloquear redes comunicacionales de la víctima, perturbar el ejercicio de sus labores o inducir un traslado o renuncia.

Las repercusiones del *mobbing* en las personas afectadas son múltiples: se refieren a aspectos laborales pero con proyecciones familiares, conyugales, profesionales, económicas y de salubridad. Son actos que atentan, o pueden atentar, contra la personalidad, la dignidad, la libertad o la integridad física o psíquica de cualquier individuo, o que pueden poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo. Colocan a la persona implicada en una condición de crisis, desequilibrio, inestabilidad, generando dolor moral, sufrimiento emocional y padecimientos que el trabajador no está obligado a tolerar por no constituir meras dificultades comunes que cualquier tarea puede implicar. Generan daño y consecuentemente activan la responsabilidad de los sujetos responsables que los obraron o consintieron o resultan responsables del ambiente laboral. Pueden producir, inducir o acelerar enfermedades psíquicas, psicósomáticas, físicas o incluso infecciosas, fenómenos de estrés, *burn-out*, depresiones, violencia reactiva. En todos los casos suponen un sufrimiento, padecimiento, daño moral. El contexto de crisis económica, desempleo e inestabilidad tiende a agravar los daños, la prolongación y la impunidad de las conductas lesivas.

IV.- Mobbing y otras figuras

El acoso laboral puede presentarse asociado con figuras afines, según se indicó arriba. Existen otras situaciones con las que puede guardar alguna semejanza o combinarse de modo sucesivo, como consecuencia de un acto real o supuestamente atribuido a la víctima y que pueden distinguirse conforme la intensidad y sistematicidad con que se presenten, las consecuencias que produce en

los damnificados son semejantes en algunos casos, las técnicas para su consideración, tratamiento legal, procesal y probatorio son utilizables, por lo que puede resultar conveniente tratar de precisar similitudes y diferencias.

Se trata de persecución, represalias, *whistleblowing* y *madogiwazoku*

En ocasiones los actos hostiles por iniciativa individual, pluriindividual u organizacional tendientes a la marginación del trabajador, se originan en causas atribuidas, real o ficticiamente, a actos o condiciones de la víctima. En otras ocasiones se utiliza esta vía con carácter ejemplificador para que tengan efecto sobre el resto del personal, una especie de utilización como sanción vicaria de la víctima como advertencia indirecta para el colectivo, con propósitos que exceden su situación personal como suele suceder con actos antisindicales, ya sea de delegados formales, informales, activistas, promotores de sindicalización o reclamos colectivos. También en el contexto de cambios de condiciones laborales, cuya admisión por el personal se pretende. En estos casos puede asumir una aparente desproporción entre la intensidad de la sanción y el hecho que lo origina, lo que entorpece la detección de la relación causal o su reconocimiento.

Se presenta el fenómeno denominado *whistleblowing* (tocar el silbato, parar el juego), *madogiwazoku* en japonés, (grupo de los que están cerca de la ventana) en que algún componente de la organización denuncia la comisión de prácticas ilegales o antirreglamentarias en relación al trato al personal, formas de organización de los equipos de trabajo o clientes, que pueden ser asumidas como traición a la organización y provocará reacciones excluyentes (según el poco

espiritual dicho japonés: “*el clavo que sobresale se encontrará con el martillo*”). En cualquiera de estos supuestos la situación de mujeres, migrantes, indocumentados, trabajadores integrantes de pueblos originarios, empleados públicos sin estabilidad, beneficiarios de planes asistenciales y otros grupos victimizados tradicionalmente deben reforzarse los resguardos y deteniimiento en la observación de las situaciones en que son denunciados.

Ambiente hostil generalizado: se trata de un supuesto que no constituye *mobbing*. También se reconoce como idóneo para provocar daños un ambiente de trabajo agresivo, hostil, irrespetuoso y denigrante, que puede ser consecuencia de inadecuados estilos de dirección basados en liderazgos autocráticos, despóticos o climas organizacionales cargados hacia la competitividad y con deficiencias en los aspectos de comunicación, sistemas de recompensas u otros factores que afectan a todos o a una gran mayoría de los trabajadores de la empresa. Generan responsabilidad por daños morales y psíquicos.

V.- Organizaciones tóxicas

En ocasiones es perceptible la existencia de organizaciones con sistemas de gestión de personal primitivos, que procuran establecer relaciones despóticas, autoritarias, sin adecuados canales de comunicación con el personal y entre el mismo, como formas de reforzamiento de la autoridad del principal, que establecen verdaderas estrategias para incrementar la presión productivista, supresoras de reclamos o conflictos. Se ha señalado que “No es extraño comprobar cómo a menudo una empresa ‘prepara’ el escenario para que un despedido absolutamente injustificado se

convierta en el resultado de una supuesta medida disciplinaria necesaria y comprensible”⁵. En otras ocasiones se selecciona a personas para manejar las relaciones con el personal con personalidades groseras, violentas, alteradas o perversas, que en principio los inhabilitarían para el desempeño de tales funciones, en jefaturas de grupo o a cargo de gerencias de personal precisamente para llevar adelante estrategias de *mobbing*, evitar planteamientos, reclamos, inducir fragmentación de colectivos laborales, otorgar selectiva y arbitrariamente algún tipo de beneficio o prebenda, desvinculado de la eficacia y subordinado a la mera discrecionalidad cómplice o de empatía con el perverso. Si resultan cuestionados suelen invocar, como camuflaje o coartada, las necesidades del servicio a la institución o la obediencia debida; en tanto que la empresa simula institucionalmente no haber percibido circunstancias anormales cuando se las denuncia.

VI.- Mobbing y salud

El *mobbing* como la violencia laboral, el acoso sexual, la discriminación negativa, originan daño moral y suelen originar enfermedad psicofísica, a pesar de lo cual no se encuentran registrados como enfermedades laborales por la ley 24.557. Esta situación impone una cierta reflexión sobre la forma de consideración de las enfermedades laborales o vinculadas en su aparición o manifestación o agravamiento con el trabajo y el ambiente en el que se desarrolla.

VII.- Salud y enfermedad

De otra parte, la cultura empresarial –y en parte la aproximación médica

institucionalizada— tiende a marginar la consideración omnicompreensiva de la salud de las personas y la forma en que cada individuo percibe la alternancia inevitable, inmediata o posible, de salud y enfermedad, que las contingencias de la vida moderna hace más evidente y si se quiere su consideración algo menos primitiva.

En la actualidad la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como: “un estado de completo bienestar físico, moral y social, que no consiste solamente en la ausencia de invalidez o de enfermedad”. Esta claro que no se trata de un criterio puramente biológico el que debe primar en la consideración de la ineludible alternancia entre salud y enfermedad, como se refleja de modo primitivo en la Ley de Riesgos del Trabajo, 24.557. El concepto de salud no es un concepto esencial o exclusivamente médico científico o jurídico, sino prevalentemente simple y común al alcance de todos, como hace largo tiempo se ha encargado de señalar el erudito epistemólogo francés Canguilhem.

Pareciera haberse producido una especie de regresión en relación al afrontamiento social de la enfermedades profesionales, enfermedades ligadas al trabajo, el ambiente laboral, en el contexto de los riesgos propios de la actividad industrial y productiva moderna de bienes y servicios, a estadios primitivos en que la enfermedad era considerada un castigo divino por los pecados o vicios propios del enfermo, en este caso el trabajador presenta el pecado de la enfermedad congénita, genética, predisponente y en tal sentido es des-tratado por la LRT y las instancias institucionales por él creadas. El trabajador afectado de una enfermedad no listada en la Ley de Riesgos del Trabajo, 24.557, se transforma en una espe-

cie de paria, un leproso, que debe ser excluido en el sentido antiguo en que se lo hacía, ya que sus afecciones no se reconocen como vinculadas con la empresa y su ciclo productivo.

Convendrá recordar que no existen personas que no posean alguna labilidad psicofísica en algún sentido y medida, no somos dioses inmortales ni superhombres, en consecuencias la existencia de estas debilidades y predisposiciones a enfermedades son normales; y si sobre estos aspectos predisponentes se asientan otros, producto de las condiciones medioambientales y sociolaborales, lo que en verdad hay que determinar es la magnitud de su incidencia. Si la asignación de tareas al momento de la incorporación a la empresa era detectable con exámenes rutinarios o de mayor complejidad en relación a las exigencias laborales especial y no se hizo, debe ser investigado. Si al momento de la incorporación no existían estas evidencias o no resultaban detectables para evitar su agravamiento o propagación, también. Las enfermedades psicofísicas asociadas al *mobbing* son una manifestación de las enfermedades laborales, temporales o permanentes, que deben ser indemnizadas, para lo cual es necesario identificar su etiología y eventualmente su causalidad o concausalidad y la especificidad del tipo de daño sufrido.

VIII.- Colofón

El acoso moral y psicológico plantea desafíos interesantes y expansivos en diferentes áreas del derecho laboral y la salud de los trabajadores. Pareciera hacerse necesario una atención más abarcadora y comprensiva de las situaciones en que se presentan a abogados y jueces, a empresas y ase-

guradores, a médicos y prestadores de salud, a fin de hacernos cargo de las complejidades individuales y colectivas a las que nos enfrenta la sociedad moderna. ♦

Notas

1. Puede verse a CNT, Sala IV, 19/09/2000, “F.M.V. c. Arazme Hilda Ruda y otro s/ despido”; STJ Río Negro, Secretaría Laboral 3, 6/4/2005 “Dufey, Rosario c. Entretenimientos Patagonia S.A. s/sumario s/inaplicabilidad de ley”; CCAdm. Primera Nominación, Pcia. de Córdoba, 26/7/2005, “Colombrara, Nora c/Pcia. de Córdoba s/cesantía”; Cam. Traba. de Mendoza, Sala VI, 3/8/2005 “Correa Cerpa c/Aguas Danone de Argentina S.A. s/ enf. Accidente”; CNAT Sala VII, 22/12/2005, “L.M.C. c/ Mario A. Salles S.A. y otro s/accidente acción civil”; CTrab. Neuquen, Sala I, 11/4/2006, “Barrionuevo Claudia c/Provincia de Neuquen s/amparo”; CNAT Sala VII, 23/5/2006, “Q.B.J. c/ FCM y otros s/despido”.
2. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979, ratificada por Ley 23179/85. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7º, A). La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer de 1994 (“Convención de Belem do Pará”) ratificada por Ley 24.632/96, (art. 2). Convenio 111 OIT de 1958 sobre discriminación en el empleo y ocupación, (art. 1). Violencia contra la mujer, Ley 26.485/09 (arts. 4, 5, 6); Dec. reg. 1011/2010. LCT, arts. 17 y 81 Igualdad y no discriminación; 17 bis (ley 26.592/10) sobre desigualdades compensatorias, acción positiva, 172 no discriminación contra la mujer. En nuestro país la ley 26.485/09 (Dec. Reg. 1011/2010), o genéricas especialmente en el ámbito del empleo público (Ley 1225/2004 de la CABA; la Ley 13.168/2003 de la Prov. Bs. As.; la Ley 7232 Tucumán; la Ley 5349 en Jujuy) y otras que abarcan tanto al empleo público y privado (Ley 9671 de Entre Ríos) que tratan aspectos preventivos, procedimentales, probatorios, sancionatorios, etc.-
3. *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, 1998, Paidós, 2008.
4. Id., *El acoso moral...*, p. 48.
5. ABAJO OLIVARES, Francisco Javier, *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*, LexisNexis, 2004, p. 141.

Extensión de la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

-----> por Enrique Mario Rozenberg

Trataremos algunos aspectos significativos de la Resolución de la ONU del año 2001 sobre Responsabilidad de los Estados y la Convención Americana. Se trata de un instrumento que resulta obligatorio para nuestro país en tanto integrante de la Organización de las Naciones Unidas de gran significación y atinencia general en materia laboral en la actualidad.^{1 2}

I.— La Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83 sobre *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, establece en sus arts. 1º y 2º que: “Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”; y “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

Frente a la responsabilidad internacional las normas de derecho interno de los Estados resultan para el Derecho Internacional meros hechos, irrelevantes para excluir la ilicitud o habilitar la exoneración de responsabilidad³. La atribución del hecho al Estado surge de las disposiciones de los arts. 4 y 5, resultando internacionalmente irrelevante la actuación *ultra vires*, fuera del ámbito de competencias o contraviniendo instrucciones (art. 7) del órgano estatal interviniente o actúe en ausencia o defecto de autoridades oficiales (art. 9) o resulten personas o grupos bajo dirección o control de hecho de un Estado; igualmente si se trata de un movimiento insurreccional con control territorial (art. 10) o reconocimiento de responsabilidad (art. 11).

La violación de la obligación internacional surge cuando el hecho del Estado no se conforma a lo que exige la obligación, “sea en su origen o la naturaleza de esa obligación” (art. 12). Se ha preferido la expresión «violación de la obligación internacional» y no la de «violación de una norma de derecho internacional» ya que aparece como semánticamente más precisa y generalizable⁴. Del texto de la Resolución ha sido suprimida la previa distinción de obligaciones «de medio» y de «resultado», o de «prevenir un acontecimiento dado» ya que la diversidad de usos de esta terminología y su carácter abstracto apareció como inadecuado.

No existe aquí diferencia en el origen de la obligación, sea que esta surge de un compromiso entre dos o más Estados o de uno de estos con la comunidad internacional (art. 33.1), o si se trata de una obligación respecto de personas no estatales, entidades o individuos, sean estos extranjeros o nacionales (art. 33.2). Los deberes, positivos y negativos de los Estados, resultan un deber permanente (art. 29) de observancia ya que su violación, con el consiguiente nacimiento de la obligación reparatoria (art. 31), no sustituye ni suprime el deber de cesación de la inobservancia, no repetición (art. 30) y cumplimiento. En el art. 30 se combinan las obligaciones de garantía y seguridades de cesación y no repetición del hecho ilícito que anteriormente se encontraban separadas. Esta disposición adquiere relevancia cuando se trate de hechos continuados, reiterados o compuestos, evitando su repetición futura tanto como el cese de actos omisivos prospectivos.

Las normas de derecho internacional cuya violación habilita la atribución de responsabilidad estatal internacional admiten la distinción y ordenación jerárquica entre las consideradas propias del orden imperativo de derecho internacional general, indisponible, inderogable, integrante del *jus cogens*⁵, en los que se encuen-

tran comprometidos intereses esenciales de la comunidad internacional y que copelen a los Estados, aún sin suscripción de convenios internacionales; de los simples incumplimientos de normas aplicables *erga omnes*, no imperativas⁶. En el primer caso en el Estatuto del 2001 se la menciona en el art. 26 excluyendo cualquier interpretación de este cuerpo como contrario a las mismas y se vincula con las violaciones graves de las obligaciones internacionales (arts. 40 y 41) que en el pasado eran considerados bajo la fórmula de «crímenes internacionales» por oposición a los «ilícitos simples» por violación de obligaciones comunes.

En la segunda parte del Anexo de la Resolución es tratado el Contenido de la Responsabilidad Internacional del Estado, con la consiguiente obligación reparación integral comprensivo de la restitución de la condiciones alteradas por el hecho, la indemnización y la satisfacción de los afectados (arts. 35/7), esta reparación será considerada al momento en que la misma se produce y no meramente a la del acaecimiento del hecho (art. 38), conforme lo propugnaban algunas posiciones. Merece especial tratamiento (arts. 40 y 41) la situación de violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general caracterizándolas como aquellas que entrañan violación del orden imperativo del Derecho Internacional cuando se den las notas de flagrancia y sistematicidad; debiendo todos los Estados colaborar para ponerles fin, no reconociéndose los efectos de las mismas conforme el antecedente de la nota presentada por el Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica como conse-

cuencia de la invasión japonesa a China con la creación del Estado del Manchukuo posteriormente adoptada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el 11-3-1932; reiterado por la Resolución AGNU 2625 (XXV)⁷.

El carácter «flagrante» de la violación de la obligación a la intensidad de la violación y sus efectos entrañando un ataque directo y abierto contra los valores de la norma; en tanto que «sistemático» a su aspecto organizado y deliberado. Las violaciones graves de ciertas obligaciones se encuentran vinculadas a la imperatividad de la obligación implicada que la distinguen de la violación de obligaciones comunes. Conforme el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados las normas imperativas deben simultáneamente aceptada y consideradas como consuetudinarias y no modificable sino por otra de la misma jerarquía.

II.— La Corte Interamericana de Derechos Humanos viene elaborando una jurisprudencia progresiva en diferentes aspectos de la responsabilidad de los Estados⁸ por hechos internacionalmente ilícitos que interpreta y enriquece el sentido y significación de la Convención Americana, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Queda claro conforme lo establecido en la OC 14/94 la consideración de la CIDH se limita a la responsabilidad internacional de los Estados⁹.

Así se ha resaltado el doble aspecto que asumen las obligaciones de los Estados respecto de sus compromisos internacionales establecidos en la Convención en tanto deber de respetar y simultáneamente de garantizar, lo que supone no sólo la responsabilidad por

los hechos atribuibles a la autoridad pública o asimilable sino también por la de terceros cuyos actos hayan repercutido en violaciones convencionales que afecten individual o colectivamente a otras personas.

El art.1.1 de la Convención señala la obligación general de *respetar* los derechos de modo no discriminatorio, pero a la vez de *garantizar* el ejercicio de los derechos¹⁰.

De ello se desprende que no se trata solamente de una obligación de actuación propia del Estado sino de garantía *erga omnes* que tiene por titular a toda persona no estatal, individuo o colectivo, y en tal sentido se extiende la obligación por acto de terceros ajenos al Estado que dañifique, o ponga en peligro de damnificar, a otras personas no estatales. La valoración de la conducta del Estado y su consiguiente responsabilidad abre la necesaria consideración del cumplimiento del *deber de diligencia* que lo compromete ya que debe respetar y hacer respetar las normas de protección y la efectividad de los derechos. En el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia del 31-1-2006, ha dicho la Corte sobre el doble aspecto de la responsabilidad estatal: "Este Tribunal ya ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en fun-

ción de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte en todo su alcance..

Este aspecto fue señalado anteriormente entre otros pronunciamiento en la OC 18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17-09-2003), diciendo: "(...) los derechos protegidos por la Convención Americana deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal, como en las relaciones inter-individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados Partes (párr. 140) bajo el artículo 1(1) de la Convención". Resultando no esencial la determinación de la culpabilidad de los autores o su intencionalidad como tampoco la de identificación individual de los agentes, alcanzando la verificación del incumplimiento de la obligación (caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 112). Esto se compagina con la exclusión del análisis de las responsabilidades del art. 58 personales de la Resolución A/RES/56/83.

Surgiendo esta responsabilidad por actos de terceros o particulares: "en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. En este sentido, este Tribunal ha considerado que dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la

Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención", (caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 113).

Frente a la invocación por parte de Colombia de que resulta insoslayable atenerse a la estructura de imputación de ilícitos internacionales que se sostiene en un *numerus clausus* de infracciones cuya constatación condiciona la responsabilidad estatal la Corte lo desestima diciendo que: "al interpretar y aplicar la Convención, la Corte debe prestar atención a las particulares necesidades de protección del ser humano, destinatario último de las normas contenidas en el tratado de referencia. En razón del carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de protección a cargo de los Estados, no resulta posible determinar su alcance en función de una visión centrada en la voluntad soberana de aquéllos y de los efectos de las relaciones meramente interestatales. Dichas obligaciones incumben a todos los sujetos del Derecho Internacional y los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección, para cada caso en particular", (párr. 117).

Respecto de la extensión del deber de garantía señala la Corte

que no es ilimitado pero debiendo adoptar las medidas de protección respecto de riesgos reales e inmediatos que deben ser analizados de modo objetivo en función del conocimiento "real" o "debido" por parte de las autoridades: "para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía", (caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 123; citando en respaldo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, ver la sentencia de Osman [...], pág. 3153, párr. 115 y pág. 3159, párr. 116)".

En tal contexto la realización de algunas medidas en el sentido debido que se revelan insuficientes o inefectivas no purga la responsabilidad estatal (párr. 126 a 130) aun reconociendo que rige en la materia un criterio de razonabilidad y proporcionalidad; pero la prueba de estas circunstancias exonerantes

incumbe al Estado. El deber de investigación seria y exhaustiva de los hechos, se halla comprendido en la obligación de garantía. Resultando, por otra parte, obligación del Estado el suministrar garantías judiciales y protección judicial suficiente (arts. 8.1, 25, 1.1 de la Convención) en el contexto del derecho a la verdad judicial (párr. 217). Las falencias imputadas al Estado en este orden no se enderezan a verificar que haya mediado proceso judicial o administrativo, o el dictado de una sentencia o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno sino: “si los procesos internos permitieron que se les garantizara un verdadero acceso a la justicia, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia”¹¹.

Referido al derecho a la verdad judicial ha señalado la Corte su vinculación con el derecho al acceso al debido proceso: “En cuanto al llamado derecho a la verdad, este Tribunal lo ha entendido como parte del derecho de acceso a la justicia, como una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares y como una forma de reparación. Por ende, en su jurisprudencia la Corte ha analizado el derecho a la verdad dentro de los artículos 8 y 25 de la Convención, así como en el capítulo relativo a otras formas de reparación. Según fue recientemente señalado en el caso Blanco Romero vs. Venezuela, la Corte no estima que el derecho a la verdad sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, como fuera alegado por los representantes. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los

órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”, id., párr. 219.

En tal inteligencia la oportuna actividad desplegada de acopio de prueba y evidencias, con el efectivo derecho de los damnificados de aporte y control de su producción reviste particular significación (párr. 172/178). Por otra parte, la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales comprende el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”, (id., párr. 128).

Esta interpretación integradora se engarza con el principio de los *effect utile* según ha señalado Cançado Trindade: “Negar el amplio alcance de los deberes de protección bajo los artículos 1(1) y 2 de la Convención –o minimizarlos mediante una interpretación atomi-

zada y desagregadora de dichos deberes– equivaldría a privar la Convención de su *effect utile*. La Corte Interamericana no puede apartarse de su jurisprudencia constante al respecto, y tiene el deber de velar por la preservación de los altos estándares de protección construidos a lo largo de los años en su jurisprudencia. No se puede frenar su notable construcción jurisprudencial al respecto [...] Tal construcción da expresión a un Derecho en evolución, que no admite retrocesos. Además, la gravedad de los hechos del presente caso de la Masacre de Mapiripán, relativo a Colombia, revela de manera clarísima la importancia de sostener la correcta hermenéutica del artículo 1(1) de la Convención Americana¹².

En tal orden de ideas la circunstancia que el Estado haya reconocido y abonado reparaciones a los damnificados y herederos de las víctimas de actos de lesa humanidad y actos graves de violación de derechos humanos no cierra la posibilidad de que los damnificados requieran la intervención de la justicia argentina a los fines del esclarecimiento de la verdad y reparación por la intervención de civiles, sujetos no estatales, individuales o empresas, a título de autores, cómplices, partícipes, instigadores, consultores, encubridores. Estas figuras pueden incluir las situaciones de intervención en formas de facilitación, colaboración, encubrimiento, eficientización, asesoría profesional o responsabilidad intelectual, o que influyeran para permitir su extensión en el tiempo y obstrucción de su detección, elaboración de coartadas exculpatorias, que permitan que las maniobras prosperen, se consoliden o persistan; incluyendo actos obrados con el propósito de enriquecerse, ampliar el lucro o meramente violar la ley.

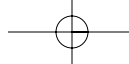
El conocimiento público de la verdad constituye una forma de reparación valiosa para las víctimas y sus descendientes. En tal temperamento la imprescriptibilidad penal de los delitos de lesa humanidad puede proyectarse al ámbito de las responsabilidades civiles. En el año 2005 la Resolución 60/147, del 16 de diciembre de ese año, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su art. 7º estableció que: “Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas”¹³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado la vinculación entre la obligación de investigar y la de reparar el daño causado resultando cuestionable el criterio de que particulares se escuden en un régimen de prescripción previsto para situaciones ordinarias ampare su participación en hechos o actos de lesa humanidad.

Existe interés social y colectivo en que las víctimas de estos delitos sean reparadas en su dolor y perjuicios y accedan a la verdad y en no consolidar de modo apresurado situaciones injustas en el caso particular de quienes merecen especial espera y escucha. Las víctimas tienen un derecho inalienable, autónomo e imprescriptible a conocer la verdad de los hechos, que podría realizarse a través de procesos civiles que presentan ese objeto cognitivo específico y corresponde que el Estado no bloqué esta posibilidad y acompañe de forma de garantizar estos derechos. El panorama actual en el ámbito internacional cuanto en el americano se encuentra en pleno desarrollo y su evolución está claramente ordena-

do a obrar como poderosa palanca de mejoramiento, modernización, unificación e internacionalización de la legislación y jurisprudencia locales. ♦

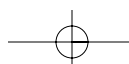
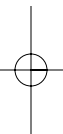
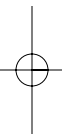
Notas

1. Recientemente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió que resultaban imprescriptibles las acciones civiles (en el sentido de no penales y por comprendidas las laborales) derivadas de actos de lesa humanidad. CNT, Sala V, 2-2-2012, “Ingenieros, María Gimena c/Techint SA Compañía Técnica Internacional s/accidente - ley especial”, SD Nº 73797.
2. Cfr. Panel de expertos de la Comisión Internacional de Juristas, *Complicidad empresarial y responsabilidad legal. Informe de la Comisión Internacional de Juristas*, en VERBISKY, Horacio, BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, Siglo XXI, 2013.
3. Arts. 3, 32 y concordante con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 27.
4. Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, p. 206.
5. Art. 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
6. GORDILLO, Agustín, *Derecho Humanos*, FDA, 1997, cap. III.
7. Cfr. BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 1999, Zavalía, 2008, p. 453/4.
8. Estatuto de la CIDH, art. 1; PIZZOLLO, Calógero, *Sistema Interamericano*, Ediar, 2007, p. 201 y ss.
9. “La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley **desde el punto de vista del derecho internacional**, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho [...] (34). Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...] (35)”.
10. **“Obligación de respetar los derechos:** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Que enlaza con el deber de protección y efectividad del art. 2º: **“Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.
11. CIDH, 24-11-2006, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, párr. 107).
12. Caso de la Masacre de Mapiripán, voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade.
13. BOHOSLAVSKY-CAVANA-FILIPPINI, *Prescripción de acciones por complicidad* en VERBITSKY-BOHOSLAVSKY, *Cuentas pendientes...*, p. 178.



DOCTRINA

aplicar película de **OSPIL**
que ya existe y que
usábamos para retirada
de tapa



Un nuevo y preocupante ataque a la libertad sindical

El pasado 5 de marzo del corriente, una vez más, la justicia ordenó la suspensión de las elecciones a llevarse a cabo en la UTPBA (Periodistas), los días 6 y 7 de marzo, por haber detectado irregularidades.

Informados tempranamente o intuyendo la resolución judicial, un grupo de directivos y empleados de la entidad gremial mencionada, concurren raudamente, en horas del mediodía, a las puertas de Lavalle 1268, edificio donde se encuentra el Juzgado N° 63, quien dictó la medida suspendiendo el acto electoral, a manifestar en forma agresiva y amenazante el disgusto con la manda judicial dispuesta.

Por esas horas pasaba por ese lugar, el Sr. Mariano Suárez, delegado gremial de TELAM. y apoderado de la Lista Multicolor, enfrentada al oficialismo en UTPBA, acompañado por el Dr. León Piasek (actual Presidente de nuestra asociación), y al llegar al lugar donde se encontraban los manifestantes mencionados, fueron interceptados por éstos, recibiendo una

serie de agresiones, tales como empujones, insultos, escupitajos, amenazas, etc., situación que cesó, solo, por la participación de varios transeúntes.

Esta asociación manifiesta, que más allá, de nuestra total solidaridad para con los agredidos, y de las sanciones en materia penal que le pudieron corresponder a los agresores, su preocupación por el ataque manifiesto a la democracia y fundamentalmente a la libertad sindical producida, lo que a esta altura de los acontecimientos, resulta intolerable.

Por todo ello, llamamos a la reflexión, tanto a autoridades administrativas, judiciales y principalmente a los trabajadores, a los fines de lograr que conductas, como las aquí expuestas, no se repitan en el futuro.

Ciudad de Buenos Aires,
7 de marzo de 2014

**COMISION DIRECTIVA DE LA ASOCIACION
DE ABOGADOS LABORALISTAS**

Presentación de “Cuestiones y Cuestionamientos”, un libro de Mario Elffman

El 27 de Marzo pasado se realizó en la Asociación de Abogados Laboralistas, la presentación del libro de Mario Elffman “Cuestiones y Cuestionamientos de la Justicia del Trabajo”, que fuera prologado por el Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Dr. Eduardo Álvarez.

La Moderadora fue por la Dra. Verónica Nuguer y los expositores, los Dres. Diego Tosca, profesor de la Facultad de Derecho de la UBA, publicista y abogado laboralista y Roberto Pompa, Presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, Camarista del Fuero y también docente de la Universidad de Buenos Aires.

Ambos hicieron un meduloso análisis de la obra, haciendo hincapié en los novedosos enfoques del autor respecto del encuadre judicial del conflicto individual o social del Trabajo, su visión respecto del pro-

cedimiento laboral como forma de realización de los Principios y las Normas del Derecho del Trabajo y el abordaje del rol de los jueces laborales.

Enfatizaron el carácter innovador de las provocadoras propuestas que contiene el libro sobre los tópicos mencionados y además pusieron de relieve la personalidad del autor, quien desde su condición de abogado litigante o consultor o como magistrado, siempre fue un ardiente defensor de los derechos humanos y un estudioso del papel que nuestra materia puede jugar en la modificación de las relaciones sociales que sustentan la desigualdad y la opresión.

El Dr. Elffman cerró el acto con palabras muy sentidas y reflexiones que fueron seguidas con suma atención por un público compuesto por jueces y abogados.

El acto no sólo tuvo un altísimo nivel académico sino que constituyó una fiesta de debate intelectual.

La Justicia insta al Consejo de la Magistratura a concursar los Juzgados Laborales vacantes

La Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia el 18/2/2014 en la acción de amparo promovida en noviembre de 2012 por la ASOCIACIÓN DE ABOGADOS LABORALISTAS contra el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN, a fin de que se le fije plazo para convocar y tramitar los concursos de 19 Juzgados Nacionales del Trabajo vacantes. Hoy las vacancias ya son más de 30.

La demanda explica el conocido problema que afecta a nuestro Fuero, dado que las vacancias afectan su normal funcionamiento en detrimento de litigantes y abogados.

El fallo referido reconoce la legitimación activa de nuestra Asociación para efectuar el reclamo y considera (por mayoría) que *“...no se pone en duda lo sostenido por la parte actora en cuanto a la existencia de demoras en el llamado a concursos y en su tramitación, así como respecto de las consecuencias que tales circunstancias ocasionan concretamente en el trámite de las causas judiciales; circunstancias que perturban el normal funcionamiento del servicio de justicia y conspiran contra ... los principios de celeridad y agilidad en la tramitación de los concursos”*.

Finalmente considera inoficioso pronunciarse sobre la cuestión tal como fue planteada en la demanda, atendiendo en que después de interpuesta y darse traslado, se dictó la Ley 26.855

que obliga a modificar el reglamento de concursos, lo que aún no se ha dispuesto por el Consejo de la Magistratura.

No obstante, **el fallo insta expresamente al Consejo a respetar la celeridad en la convocatoria y tramitación de los concursos que dispone la nueva mencionada ley.**

El voto en minoría avanza aún más, ya que considera que *“la demora en el trámite de las causas en el fuero nacional del trabajo constituye un hecho de público y notorio conocimiento que provoca una grave afectación del adecuado servicio de justicia, y vulnera los derechos de los artículos 14, 14 bis y 18 de la Constitución Nacional en cuanto lesiona los derechos y garantías de los justiciables; así como la digna y equitativa labor de los abogados que litigan en el fuero nacional del trabajo.”*

Ese voto considera que la sanción de la ley 26.855 no obsta al dictado de la sentencia que condene al Consejo a arbitrar de manera inmediata los medios tendientes a reglamentar y llamar a concurso para selección de nuevos magistrados.

En los dos votos se reconoce la situación denunciada a la demanda y se insta al Consejo de la Magistratura a remediarla con celeridad.

Este aporte de la AAL a la solución del tema, se suma a otras acciones que continuaremos encarando a esos fines.

Reunión con el Consejo de la Magistratura

El último 12 de marzo, la Asociación de Abogados Laboralistas se entrevistó con el recién electo Presidente del Consejo de La Magistratura, Alejandro Sánchez Freytes. Por la AAL concurren su Presidente León Piasek, acompañado de Jaime Nuguer.

Piasek hizo una breve presentación de nuestra asociación como una entidad con historia de más de cincuenta años en la preocupación permanente sobre el funcionamiento de la Justicia del Trabajo, en defensa del principio protectorio, de los trabajadores y sus abogados, y mencionó su iniciativa y consecuencia en la lucha contra la Corte de los años noventa.

Reiteramos las preocupaciones que veníamos trayendo al propio Consejo de la Magistratura. Reseñamos los dos juicios promovidos por nuestra entidad, tanto el dirigido al PEN como al propio Consejo de La Magistratura, por la demora en la designación de magistrados para los juzgados vacantes.

Especialmente comentamos el reciente fallo de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, en cuanto los insta a actuar con celeridad en los demorados concursos laborales.

El señor Presidente del Consejo se presentó como hijo de un abogado laboralista, destacó que su padre fue asesor en Córdoba de la UOM y de la UTA, amigo de Atilio López y también de los abogados Roca y Garzón Maceda. Concluyendo en que "conoce el paño". Él se inició como abogado penalista durante 12 años y ahora es juez federal en su provincia, destacó que sabe lo que es estar del otro lado de "la barandilla".

Adelantó que conoce de los problemas de vacancias e infraestructura en la Justicia Nacional del Trabajo.

Planteamos nuestra posición sobre la urgencia en que se destrabe la "parálisis" del Consejo, especialmente en lo referido a los concursos para cubrir las vacantes de Primera Instancia en nuestro fuero, y nuestra preocupación por la falta de soluciones de fondo en ese sentido.

El Presidente explicó bastante detalladamente algunas diferencias de criterio existentes en el seno del Consejo sobre el Reglamento de Concursos. Por ejemplo sobre qué reglamento aplicar en los casos de concursos iniciados con el viejo reglamento o sobre la posibilidad de integrar abogados en la conformación de jurados como medida de excepción ante la falta de ofrecimiento de suficientes profesores.

Expresó que él piensa que en un par de semanas tendrían que acordar un reglamento de concursos, o votarlo por amplia mayoría o bien que salga por un voto de diferencia, pero "que salga".

Nosotros hicimos hincapié en que se pondere mejor la actividad profesional de los abogados en el cómputo de antecedentes, que haya también examen verbal además del escrito y la entrevista personal en desmedro de los antecedentes académicos, que se renueven los jurados y no sean siempre los mismos, que el perfil de juez a designar contemple su sensibilidad social (señalándole que conocemos sus declaraciones favorables en ese sentido, a lo que asintió).

Nuestro último tema fue el del edificio de Paraná y Lavalle, sobre el que dijo que en estos días se están ocupando de resolverlo.

Ofrecimos nuestra colaboración (que agradeció) y adelantamos que volveríamos a solicitarle una nueva entrevista.

Reunión con la Cámara del Trabajo

El pasado 13 de marzo fuimos recibidos por las autoridades de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, entre las que se encontraba su Presidente la Dra. Gloria Pasten, los Vicepresidentes Dr. Miguel Ángel Pirolo y Dr. Gregorio Corach, la Dra. Graciela González, a cargo de la Comisión de Gestión de Calidad, la Dra. Silvia Pinto, a cargo de la Comisión de Jurisprudencia, el Dr. Daniel Stortini que forma parte de una comisión a cargo del análisis de las cuestiones de procedimiento en los Juzgados de Primera Instancia y el Secretario General del Tribunal, Dr. Claudio Loguarro.

Entre los temas tratados, resultó excluyente la preocupación de la Asociación de Abogados Laboralistas por la falta de llamados a concursos para cubrir las vacantes de magistrados en el fuero. Comentamos asimismo la reunión mantenida recientemente con el Presidente del Consejo de La Magistratura de La Nación, y el fallo que obtuvimos en el amparo presentado contra dicho organismo.

Reclamamos que la Cámara se pronuncie y a la vez una mayor difusión de los actos y decisiones que toman, fundamentalmente en la asunción de la situación crítica en la que se encuentra el fuero.

Reiteramos nuestra posición clara y firme de no consentir la cobertura de vacantes, que viole la normativa constitucional y las normas que rigen el proceso de selección de jueces.

Sobre este tema, los integrantes de la CNAT nos manifestaron que entendían nuestro reclamo y preocupación, y que trasladarían esta inquietud al resto de sus colegas.

En cuanto a la publicidad de las sentencias y resoluciones administrativas de la CNAT, nos explicaron que las mismas se encuentran publicadas en la página web del CIJ. Asimismo, nos mostraron que se encuentra actualizada la información del Fuero en la página web del PJN (www.pjn.gov.ar), donde también han publicado las estadísticas generales anuales del fuero y gráficos comparativos.

En este aspecto, transmitimos que si bien estas estadísticas son necesarias para tener un diagnóstico general, lo cierto es que hay que analizar las estadísticas en forma particularizada, para intentar

mejorar las demoras más notorias en cada uno de los Juzgados, pero volvimos a señalar que lo esencial es resolver un problema estructural del fuero; porque los trabajadores son los perjudicados por las dilaciones, que no solo son consecuencia de la ausencia de vacantes o la falta de personal, sino además por las deficiencias en el procedimiento, entre ellas las complicaciones con los autos de apertura a prueba, la dificultad para realizar la prueba informativa, las sucesivas audiencias de conciliación que son citadas después de finalizada la etapa probatoria y otras alternativas en el proceso laboral, que agravan la situación y extienden los plazos de los juicios.

Nuevamente insistimos en la necesidad de incrementar la tasa de interés de actualización de los créditos laborales, contestes que la actual tasa activa aplicada a partir del dictado del Acta 2357, el 7 de mayo de 2002, al día de hoy no cumple con su función compensatoria, y aún mucho menos con la punitiva. Recordamos que ya hemos presentado el año pasado una nota ante la Cámara al respecto. Los magistrados manifestaron que ya hay jueces de primera instancia que se encuentran aplicando una vez y media la tasa activa, y que ellos tratarán el tema a la brevedad. Las autoridades de la CNAT se comprometieron a volver a tratar este reclamo de la AAL.

Respecto del tema de la diferencia de criterios de los juzgados de primera instancia en la prueba informativa, nos informaron que han hecho un relevamiento y han constatado dichas diferencias, por lo que van a intentar unificar los criterios.

Asimismo planteamos el tema de las demoras de las notificaciones y los problemas que generan. Al respecto, nos comentaron que se reunirían con la Oficina de Notificaciones, y que se encuentra en proceso la instalación de una oficina de notificaciones para el Fuero Laboral en el edificio de Perón 990.

Por último, reiteramos nuestra honda preocupación por los graves problemas de infraestructura del fuero (baños, falta de toner, ascensores, etc.) y principalmente por las demoras en las obras llevadas a cabo en el edificio de Paraná y Lavalle.

Sobre este último punto la respuesta de los magistrados fue que se está avanzando, que todo depende del Consejo de la Magistratura, y que esperan que prontamente podamos contar con ese edificio, sin perjuicio de destacar que aún no se ha realizado el llamado a licitación para subdividir las plantas. La AAL hizo este mismo reclamo en la reu-

nión realizada con el Presidente del Consejo de la Magistratura.

Finalizada la reunión, nos retiramos agradeciendo la atención y cordialidad de los integrantes de la Cámara del Trabajo, quienes nos reiteraron que les hagamos llegar nuestras inquietudes y preocupaciones referidas al Fuero.

Sarita Molas Quiroga, una compañera inolvidable

Se nos fue Sarita. Se nos fue una compañera ineludable en la lucha por los derechos de los trabajadores. Se nos fue un ejemplo de coherencia. Se nos fue una compañera inolvidable.

Sara Molas Quiroga reunía en sí valores ejemplares que iban desde aquellos que resultan trascendentes, hasta estos otros que forman parte del quehacer diario donde su decir jamás se contradecía con su hacer. Nos enseñó a muchos de nosotros lo que es trabajar sin descanso cuando fuera necesario; a sostener una conducta y unos principios que permanentemente volcaba en su trabajo como abogada laboralista y en su función de conciliadora.

Fue un pilar de nuestra Asociación, estando al frente de las muchas y variadas situaciones conflictivas que se dieron y se dan en nuestro ámbito. Siempre apoyando la independencia y la autonomía. Fue una de las cofundadoras de nuestro Boletín "La Causa Laboral", antecedente insoslayable de lo que hoy es nuestra Revista. Tomó en sus manos la organización de los cursos de la Asociación de Abogados Laboralistas durante largos años. Y en este aspecto es de resaltar su proceder, que la marcaba de cuerpo entero. En efecto, las reuniones abiertas de nuestra Comisión Directiva de todos los lunes comienzan en cada mes de febrero. Pues bien, en el mes de marzo, Sarita ya traía organizados todos los cursos del año, con los expositores confirmados y con los proyectos para los diversos carteles y volantes de publicidad, de la cual, por supuesto, también se encargaba, con la ayuda de otros compañeros.

Sarita, debemos decirte que, al día de hoy, no hemos podido aún lograr el grado de organización que vos sola realizabas en este punto. Y así era en todo. Activa, decidida, con una fuerza de voluntad inquebrantable, con un amor por la vida que le brotaba por todos los poros.

Formó parte de nuestras comisiones directivas, llegando a ocupar el cargo de vicepresidenta; escribió durante años artículos sobre la materia, debiendo resaltar cuando desde Uruguay escribió un artículo, que fue además un alegato político, detallando las modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo que había efectuado la dictadura en 1976; activa participante de nuestras Jornadas anuales; figura siempre presente en nuestras movilizaciones contra la Corte menemista. Una luchadora social y política en la defensa inquebrantable de los derechos de los trabajadores.

Y así también luchó por su vida durante largos años, con el apoyo de sus hijas, de su pareja, nuestro querido Guillermo Wiede, y de los muchos amigos que supo cosechar en su recorrido por este mundo, hasta que dijo basta y se fue tranquila, serena, sabiendo que su vida había servido a la humanidad.

Sarita era muy creyente, por lo que para ella y para quienes abrazan la misma fe, seguro estará en el cielo rodeada de su Dios y de todos sus afectos. Para nosotros estará también en el permanente recuerdo de los que nunca se van, cuando su vida trasciende.

LEGISLACIÓN

En esta sección se publican extractos de las leyes, decretos y resoluciones que se consideran más importantes, en lo que se refiere al Derecho del Trabajo. Se efectúa una síntesis de sus aspectos fundamentales, sin perjuicio de resaltar la necesidad de la lectura de la totalidad de las disposiciones en cuestión, para su mejor comprensión y aplicación. Evitamos asimismo aquí el análisis de las normas resumidas, para no generar confusiones entre el contenido de las mismas y su valoración.

1) LEY 26.911 - Ley de Contrato de Trabajo - Libertad de expresión del trabajador.

Publicación en el Boletín Oficial: 05/12/2013

Modifica el artículo 73 de la ley 20.744 en los siguientes términos:

Artículo 73: Prohibición. Libertad de expresión. El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas.

2) LEY 26.920 – OIT - Aprobación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006.

Publicación en el Boletín Oficial: 24/12/2013

Aprueba el Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra (Suiza) el 23 de febrero de 2006.

3) LEY 26.921 – OIT - Aprobación del Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos.

Publicación en el Boletín Oficial: 24/12/2013

Aprueba el Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos -Convenio 189-, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra (Suiza) el 16 de junio de 2011.

4) DECRETO 49/2014 - Riesgos del trabajo – Listado de enfermedades profesionales.

Publicación en el Boletín Oficial: 20/01/2014

Incorpora al Listado de Enfermedades Profesionales previsto en el artículo 6 inc. 2º apartado a) de la Ley N° 24.557 y sus modificatorias, aprobado por el ANEXO I del Decreto N° 658/96, a las siguientes enfermedades: 1) Hernias inguinales directas y mixtas (excluyendo las indirectas); 2) Hernias crurales; 3) Várices primitivas bilaterales; 4) Hernia Discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario.

Sustituye el ANEXO I del Decreto N° 659/96 por el ANEXO II que forma parte integrante del nuevo decreto y que modifica la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales.

Incorpora como inciso c) del artículo 22 del Decreto N° 590/97, el siguiente texto: “c) el costo de las prestaciones otorgadas por enfermedades que se incluyan a partir de la fecha de vigencia de la presente incorporación en el listado previsto en el artículo 6º, apartado 2 a) de la Ley N° 24.557; en un CIENTO POR CIENTO (100%) el primer año y un CINCUENTA POR CIENTO

LEGISLACIÓN

(50%) el segundo año, a contar desde su inclusión en el Listado de Enfermedades Profesionales. A partir del tercer año, las prestaciones estarán íntegramente a cargo de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo”.

5) RESOLUCIÓN 2553/2013 - Superintendencia de Riesgos del Trabajo - Aseguradoras de Riesgos del Trabajo - Obligatoriedad de establecer vías de contacto.

Publicado en el Boletín Oficial: 23/12/2013

Establece las distintas vías de contacto de las ART deberán disponer para atender las consultas y reclamos de trabajadores y empleadores desde cualquier parte del país.

Establece que las ART deberán designar un Responsable de Atención al Público y Gestión de Reclamos.

Establece que las ART deberán disponer de una Página de Internet propia que incluya un Formulario Electrónico habilitado para recibir consultas y reclamos de trabajadores y empleadores de todo el país, sobre las distintas temáticas vinculadas al Sistema de Riesgos del Trabajo.

Establece que todas las sucursales / agencias / oficinas comerciales y casas centrales de las ART, deberán contar con una Mesa de Entradas que atienda las consultas y reclamos del público.

Establece que las ART deberán garantizar a los trabajadores el derecho a realizar llamadas telefónicas desde los prestadores de salud a la línea gratuita de su A.R.T., o a la línea gratuita de la S.R.T.

6) RESOLUCIÓN 3/2014 - Subsecretaría de Relaciones Laborales - Trabajo a Domicilio de la Industria del Vestido - Vacaciones anuales.

Publicado en el Boletín Oficial: 18/02/2014

Establece que los tomadores de Trabajo a Domicilio de la Industria del Vestido de todo el territorio de la República Argentina gozarán del período de descanso que establece el art. 150 LCT, en las fechas que se indican a continuación: a) Del 17 de Febrero de 2014 al 02 de Marzo inclusive para los trabajadores que gocen de 14 días de vacaciones; b) Del 17 de Febrero de 2014 al 09 de Marzo inclusive para los trabajadores que gocen de 21 días de vacaciones; c) Del 17 de Febrero de 2014 al 16 de Marzo inclusive para los trabajadores que gocen de 28 días de vacaciones; d) Del 17 de Febrero de 2014 al 23 de Marzo inclusive para los trabajadores que gocen de 35 días de vacaciones.

Establece que la retribución correspondiente al periodo de vacaciones de los obreros a domicilio deberá ser satisfecha el último día hábil anterior al comienzo de los períodos de descanso correspondientes.

Establece que los empleadores comprendidos en la presente Resolución deberán abonar los salarios devengados el último día hábil anterior al comienzo de los períodos de descanso correspondientes. En el caso que el día de pago coincidiera en sábado en horas de la tarde, el mismo se realizará el día anterior.

7) RESOLUCIÓN 24/2013 – Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Utilización de la página web del Ministerio de Trabajo.

Fecha de emisión: 30/10/2013

Dispone la obligatoriedad de la utilización del servicio web del Ministerio de Trabajo (www.trabajo.gob.ar) para obtener información sobre convenios colectivos.



“Siempre junto a los trabajadores”

Anchorena n° 1250 CP (1425) Buenos Aires.
Tel (54 11) 4823 0294 / Fax : (54 11) 4822 2136
prensa@apaeronicos.org.ar

ASOCIACIÓN DEL PERSONAL AERONÁUTICO



O.S.P.A. tiene el orgullo de ofrecer una obra social en todo el ámbito nacional “solidaria” para atender en forma prioritaria las prestaciones de salud que brinda a los trabajadores.

