

---

# REVISTA DE **DERECHO LABORAL**

colegio de abogados  
departamento judicial la plata

sept. 2020



---

## **Revista de Derecho Laboral**

### **Propietario**

Colegio de Abogados de La Plata

### **Directora**

Dra. Graciela B. Amione

### **Diseño & Diagramación**

Lic. Juan Manuel Guerra

### **Commercial**

Avenida 13 N° 821/29

2do Piso – B1900 TLH – La Plata,

Provincia de Buenos Aires

221.439.2222

[info@calp.org.ar](mailto:info@calp.org.ar)

[calp.org.ar](http://calp.org.ar)



## CONTENIDOS

- 06** Breves palabras acerca de los riesgos del trabajo del personal policial en la provincia de Buenos Aires, y de la compatibilidad entre distintos regímenes legales,  
*por Adolfo Nicolás Balbín*
- 12** Apostillas sobre el concepto del “infortunio laboral”  
*por Diego Barreiro*
- 18** Medidas cautelares en el proceso laboral comentario al fallo “Laurenzo” de la CSJN *por Juan P. Casco Amione*
- 24** La indemnización por accidentes de trabajo como deuda de valor (A propósito del reciente fallo SCBA “Aguiar”)  
*por Eduardo E. Curutchet*
- 30** Sobre el control judicial suficiente y la aplicación de la ley en el tiempo. Reflexiones a propósito de “Marchetti” y “Orellana” (SCBA)  
*por Jeremías Del Río*
- 38** El coronavirus (Covid-19) y la fuerza mayor en el contrato de trabajo  
*por Facundo Gutiérrez Galeno*
- 44** La ignorancia de las leyes no sirve de excusa... y el desconocimiento de las nuevas tecnologías tampoco  
*por Gerardo R. Mosquera*
- 49** El rol de los comités mixtos frente a la pandemia  
*por María Paula Lozano*
- 55** La responsabilidad solidaria del art. 30 de la LCT frente a la sanción del art. 132 bis de la LCT  
*por Antonio Orsini*
- 61** El COVID-19 y el largo periplo para el reconocimiento de las enfermedades del trabajo  
*por Gastón Valente*
- 67** Contexto de las suspensiones del art. 223 bis LCT  
*por Nicolás Vigliarolo*



---

Instituto de  
Derecho Laboral  
CALP

*La presente “Revista de Derecho Laboral” confeccionada desde el Instituto de Derecho Laboral del CALP, resulta ser la consecuencia del esfuerzo conjunto de la actividad intelectual de cada uno de los autores, y de un espacio de colaboración y trabajo colectivo que continúa dando sus frutos.*

*La difusión de tan importante material doctrinario tiene por finalidad dotar a los abogados y abogadas de nuevas herramientas de trabajo para un mejor desempeño profesional especializado en la materia y abrir nuevos canales de participación y diálogo con los colegas.*

**Breves Palabras  
Acerca de los  
Riesgos del Trabajo  
del Personal Policial  
en la Provincia de  
Buenos Aires, y de la  
compatibilidad entre  
distintos Regímenes  
Legales.**

**Por - Adolfo Nicolás Balbín\***

La relación de trabajo supone, desde sus típicos matices de bilateral y conmutativo, la constitución de un vínculo con un específico alcance personal y económico. Y a pesar de que se pretenda igualar dicha situación, sobre todo con la a veces acrítica remisión a la normativa común en un intento por trasladar en sentido puro instituciones de la teoría general civil o comercial al ámbito laboral, o bien engrosando la voluntad obrera con la fuerza proveniente del desarrollo colectivo relacional sin tomar en cuenta debidamente (más allá de la enorme utilidad de esa rama jurídica) lo cotidiano y puntual del vínculo individual, lo cierto es que el trabajo humano puesto a disposición de los empleadores supone la concreción permanente de una relación desigual de poder. Como consecuencia de la última cualidad, se desarrollan los principios del campo disciplinar laboral

los que, más allá de su específico y particular alcance, tienden en conjunto a la defensa de la persona que presta servicios tras reconocer que la misma suele encontrarse mediatizada tanto por una voluntad ajena que la controla, así como por una necesidad propia que la condiciona.

En ese tramo, y más allá de la importancia que cada uno de los principios tienen en el terreno laboral –que abraza intereses individuales, objetivos económicos, imperativos biológicos, datos culturales e información política-, la indemnidad sin duda cumple una función central, cual es proteger al trabajador frente a los riesgos que origina la actividad organizada y dirigida por el empleador.

El mentado principio gira en derredor de una relación de trabajo que no es unívoca y, desde ese punto, tiende a proteger tanto al trabajador que presta servicios en el ámbito privado, como así también a aquel que hace lo propio en

la órbita pública. Ello así puesto que en ambos terrenos encontramos a una persona física que, con carácter personal y mediando un objeto determinado, presta servicios en beneficio de otra que puede ser física o jurídica; en tanto que, por los diversos ámbitos en que puede desarrollarse la antedicha prestación de servicios, es posible que alcancen a la misma regulaciones provenientes de distintas órbitas.

En línea con ello, en este breve desarrollo me propongo hacer algunos comentarios atinentes a los accidentes de trabajo que pueden afectar a los agentes policiales del ámbito de la Provincia de Buenos Aires, y cómo se pueden llegar a conjugar las distintas aristas regulatorias que alcanzan a la mentada vinculación.

A su respecto, como toda actividad laboral, la específica función policial se desarrolla en un contexto de riesgo, mas lo específico aquí es que el mismo deriva de un servicio

\* Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social -del trabajo y la previsión- (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com

público que, en beneficio de la comunidad, se organiza provincialmente en el ámbito del Ministerio de Seguridad.

En ese terreno, tomando en cuenta la eventual materialización de una situación dañosa susceptible de afectar la salud del personal policial en el ámbito local, la actuación del mencionado principio de indemnidad colabora para que la protección se bifurque no solamente en cuanto a las competencias judiciales que pueden intervenir para dilucidar esta especial concreción conflictiva, sino también en relación a los distintos derechos que asisten en la especie.

Dentro de la temática enunciada precedentemente, si un agente policial sufre un accidente de trabajo en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se abre la posibilidad para que el trabajador dañado pueda incoar un reclamo ante los tribunales del trabajo a través de las pretensiones específicas del campo (accidente de trabajo ac-

ción especial, o daños y perjuicios) sencillamente porque corresponde a los jueces naturales de la causa el tratamiento y resolución de la materia propia del derecho común laboral (como es la que regula a los riesgos del trabajo); aunque también, eventualmente, se puede reclamar ante el fuero contencioso administrativo, canalizando en este caso el reclamo a través de las vías más utilizadas para este tipo puntual de sucesos (pretensión anulatoria, o bien pretensión de reconocimiento de derechos), esto último porque los requerimientos específicos fundados en la vinculación proveniente de una relación de empleo público local –por actuación o bien omisión, en ejercicio de funciones administrativas, de uno de los órganos enunciados en el art. 1 del Código Contencioso Administrativo-, deben tramitar en la órbita jurisdiccional señalada. Pero amén de las distintas competencias judiciales que se habilitan en el caso, también sucede lo

propio con la normativa a través de la cual puede fundarse el reclamo, aclarando en esto que aquí no hago mención a los marcos procesales de cada uno de los fueros, sino que ahora creo conveniente resaltar la incidencia de la ley argentina que vertebra el sistema de riesgos del trabajo (Ley 24.557 y reformas), con las que hacen lo propio en el ámbito local para tratar de cubrir ciertos daños que pueda sufrir el trabajador que presta servicios como agente policial en la órbita del Ministerio de Seguridad (Leyes 13.985 y 13.982).

En dichas arenas, además del reclamo específicamente laboral, y si se cumplimentan los recaudos legales, un agente policial accidentado en servicio puede peticionar que le sea reconocido el derecho a percibir un subsidio mensual a cargo del Estado Provincial equivalente al haber que por todo concepto percibe un Teniente Primero del régimen de la Ley 13.201 de las Policías de la Provincia de Buenos

Aires mientras dure la incapacidad y en las condiciones que determine la reglamentación, tanto para los casos en que adolezca de una incapacidad transitoria como para aquellos en que le fuera declarado el carácter definitivo de la misma (conf. art. 1, primera parte, de la Ley 13.985); o bien una suma -de pago único- equivalente a veinte veces el sueldo que por todo concepto perciba un Comisario General del Subescalafón Comando a la fecha del fallecimiento o en que se produjo la incapacidad en los casos en que sucediera la muerte o sea declarada una incapacidad total y permanente en acto de servicio y en ejercicio de la función de seguridad del personal policial, permitiéndose, en los casos de deceso del agente, que dicho beneficio sea percibido por su cónyuge, hijos menores o impedidos, padres, hermanos menores o impedidos, que estuvieren a cargo del mismo (art. 47 de la Ley 13.982). El problema estriba en determi-



nar si ambos conceptos –los que se ventilan en el fuero laboral, y aquellos que deben formalizarse en el contencioso administrativo- pueden acumularse. A mi modo, contra lo que usualmente argumenta tanto el Ministerio de Seguridad de la Provincia como la Fiscalía de Estado en los escritos de contestación de la demanda, la respuesta al interrogante apuntado debe ser afirmativa, ello porque responden a distinta naturaleza, aunque los dos se originen en una misma relación de trabajo.

En este tramo, es dable destacar que las prestaciones dinerarias a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo no comparten la misma sustancia con el subsidio consagrado por el artículo primero de la Ley 13.985 ni con la prestación dineraria de pago único contemplada por la Ley 13.982, porque mientras las primeras participan de un matiz reparatorio cuya causa se encuentra en la propia actividad riesgosa a cargo del empleador Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, los segundos (reconocidos por disposiciones de distinta naturaleza) conllevan al reconocimiento del carácter asistencial del subsidio cuyo origen, más allá de sustentarse en el riesgo de la actividad policial cumplida, hunde sus raíces en el principio protectorio y en el de la justicia social que nuclea al Derecho Social.

Con similar interpretación, ha dicho el Máximo Tribunal de Justicia Provincial que: “Esta Suprema Corte, en precedentes en los que –si bien vinculados con preceptos de la ley 9688- se debatieron pretensiones sustancialmente análogas a la presente, decidió que los beneficios en cuestión no resultaban incompatibles entre sí, en tanto la indemnización prevista en la citada ley 9688 (sistema actualmente vertebrado en la Ley 24.557) representaba el pago de la minusvalía laboral o de los salarios que el dependiente dejó de percibir por causa imputable al empleador, mientras que la suma otorgada por el decreto ley 9550/1980 está destinada a subvenir inmediatamente necesidades o desgracias especiales con un condicionamiento propio como lo es que la desgracia sea “... consecuencia del ejercicio de la función de policía de seguridad” (conf. B. 55.247, “Delgado”, sent. del 13/07/1996; Ac. 65.005, “Rodríguez”, sent. del 25/08/1998; L. 67.483, “Cáceres”, sent. del 22/12/1998). Ello está definiendo una circunstancia excepcional, derivada de un riesgo específico, el que es ajeno a otros agentes del Estado. Son distintos en su naturaleza los conceptos de las normas aludidas y fundamentalmente lo que es diverso es la causa tenida en cuenta para su otorgamiento. En el citado decreto ley la causa considerada para su concesión es

aquella circunstancia excepcional, es decir, que el fallecimiento o la incapacidad acaezcan en ejercicio de la función de policía, por ese motivo exclusivamente, no puede percibirse otra indemnización, subsidio o beneficio similar. Y como quedó expuesto, no es tal situación la tenida en cuenta en la Ley de Riesgos del Trabajo, para proceder al pago de la indemnización” (SCBA in re “Vandamme” B 63.103; también vale la pena señalar otros precedentes interesantes, como los decisorios recaídos en la causa “Rodríguez” A. 71.426, “Espeche” A. 72.573, “Noriega” B. 60.833, entre otros).

En ese tramo, y por lo dicho al principio de este comentario, no solamente en cuanto a la distribución desigual de poderes dentro de la relación de trabajo sino también en lo que hace al terreno fundante e identitario sobre todo del principio de indemnidad, ha escrito el profesor Ricardo Cornaglia respecto a la obligación de protección del empleador: “Entre los fundamentos que se invocan para este deber, se sostiene que es la contrapartida equilibrante del intenso poder apropiativo reconocido al empleador en el contrato de trabajo, que hace que el mismo deba dejar ajeno al trabajador dador del trabajo, de los riesgos de la apropiación reconocida” (del autor mencionado, “Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Dere-

cho del Trabajo en la Crisis”, edit. La Ley, Buenos Aires, página 51), líneas que sin duda colaboran para dar cuenta de la tésis no solo de resguardo, sino también de progreso que debe cualificar al ordenamiento jurídico en materia de prestaciones personales mediando un vínculo de dependencia.

Finalizando, remarco que a mi modo media una clara compatibilidad entre las prestaciones provenientes de la ley de riesgos del trabajo y las contenidas en las disposiciones administrativas antes mencionadas, ya que tal interpretación es la que mejor puede acompañar el sentido tutelar que pretende resguardar a la persona que presta servicios en beneficio de otra, sin que en dichas arenas permee algún tipo de distinción que, sobre la base de la diferente regulación legal, pretenda ir en contra de esa conclusión protectoria.



---

II

# Apostillas sobre el concepto del "infortunio laboral"

por Diego Barreiro\*

Estas notas son un superficial recorrido de algunos conceptos que han sido desarrollados por aquel conjunto de normas, reglas y principios que conforman lo que se ha llamado el “derecho de daños laborales”. Reconocer su existencia, permite entender mejor las normas emitidas en ésta materia, establecer directrices a seguir por las normas que se vayan a dictar, y también, porque no, procura soluciones judiciales más justas. Unos de los conceptos esenciales que constituyen esa construcción jurídica es el de “infortunio laboral”. Este puede ser un accidente, una enfermedad laboral, una enfermedad profesional, o una enfermedad accidente. Son todos nombres o especies del género infortunio. La idea entonces, de este brevísimo comentario, es revitalizar aquel concepto de infortunio laboral. Pues ha quedado demostrado que no pocas veces, los operadores jurídicos, encandilados por la clasificación que se ha hecho del infortunio entre “accidentes del trabajo” y “enfermedades del trabajo”, termina olvidando que son dos especies de una misma cosa, cometiendo así tremendas injusticias que no hallan razón de ser a la luz del derecho de daños laborales. El “infortunio laboral” es la producción de un daño al trabajador por la concreción del riesgo laboral. En otras palabras: la posibilidad de sufrir un perjuicio (riesgo laboral), deja de ser potencial; y pasa a ser una realidad cuando el trabajador es dañado a causa del riesgo al que se halla expuesto en función de su trabajo. Para elaborar una definición cabal, debe tenerse muy en claro que los “riesgos del trabajo” que pueden causar un infortunio, no sólo son aquellos que se presentan como potencialidad dañina exclusiva de la actividad que realiza el trabajador (denominados “*riesgos específicos propios*”), sino que además entran en ese concepto aquellos riesgos a los que se expone el trabajador por la ocasión del trabajo (“*riesgos específicos impropios*”)<sup>1</sup>. De esta manera podemos afirmar que el derecho de daños laborales se construyó sobre una base teórica que procura la tutela frente a los

\* Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social (UNLP). Ex juez del Tribunal del Trabajo N°5 de La Plata

1 ANASTASI, LEÓNIDAS, nota al fallo “Colucci de Devoto c. Mullen”, JA III-112; BENITO PÉREZ, “*El rayo como fuerza mayor inherente al trabajo*”, DT 1953, pág. 672, o del mismo autor “*El accidente del obrero en riña*”, DT 1958, pág. 341/348.

daños que sufre el trabajador por los riesgos de la ejecución o de la ocasión del trabajo.

La ajenidad propia del contrato del trabajo, la obligación de seguridad que pesa sobre el empleador, el principio de indemnidad, son fundamentos suficientemente sólidos y claros para entender porqué el trabajador no puede asumir el costo de esos “riesgos laborales” -ya sean propios o impropios- en una contratación de carácter subordinada donde el empleado pone su propia vida y su salud al servicio de otro (art. 14 bis C.N, art. 75 y 76 LCT).

Tanto es así que en el régimen de responsabilidad del daño laboral actual, se explica mucho mejor desde la concepción de la responsabilidad por *riesgo de autoridad*, que por la ya clásica concepción de responsabilidad por riesgo profesional. Esto no es un descubrimiento nuestro. Ya en 1961 autorizada doctrina explicaba que luego del reconocimiento legal y expreso de la “ocasión” y del accidente “in itinere”, se podía sostener que “...la sustitución de la teoría del riesgo profesional, por la del riesgo de autoridad se operó, consciente o inconscientemente, cuando los legisladores aceptaron la fórmula francesa que le diera origen; cambio que fue ratificado al incluir a las actividades o categorías que hemos expuesto. Y por nuestro jueces cuando, al aplicar la ley acordaron indemnizaciones a los accidentes in itinere sin que mediaran las circunstancias que señalara Osorio y Florit...”<sup>2</sup>.

Es por todo ello que hoy nadie podría cuestionar seriamente, desde el plano jurídico, que el derecho proteja al trabajador frente al daño causado por el trabajo, por la ocasión laboral, por el caso fortuito laboral y por la fuerza mayor inherente al trabajo. Estos últimos tres, pienso, entran en la propia categoría de riesgo específico impropio. Así, surge claramente de una lectura a contrario sensu, de nuestra ley especial 24.557, en el art. 6 apartado 3.

Ahora bien, el sistema de responsabilidad especial construido a te-

nor del daño laboral es uno. Y es el mismo para cualquier infortunio laboral, sea llamado “enfermedad”, o sea llamado “accidente”. No es admisible que rijan diferentes principios o reglas de responsabilidad en función de esa clasificación del infortunio laboral (entre accidente y enfermedad) cuya existencia responde a razones históricas. Si se comprende entonces, que el “infortunio laboral” es una calificación jurídica del “hecho dañoso”, mal puede sostenerse que existan unas reglas de responsabilidad para los “accidentes del trabajo”, y otras reglas para las “enfermedades del trabajo”, ya que en verdad para el derecho de daños laborales ambas son lo mismo: un infortunio laboral.

En definitiva, el derecho de daños laborales se posiciona sobre la base de los principios especiales de indemnidad y protectorio; y siendo que regula un hecho que perjudica a una de las partes de un contrato con características muy especiales (el trabajador da

2 “La Ley de accidentes del trabajo y su fundamento doctrinario”. JOSE MARIA RIVAS. DT 1961, pág. 220.

su salud y su vida misma, al dar su fuerza de trabajo) se erige como un sistema basado en la responsabilidad del empleador en función del riesgo al que somete al trabajador. Es por ello que brinda tutela por los daños causados tanto por el riesgo propio del trabajo, como por el riesgo que, aunque impropio, se transforma en laboral (esto último conocido como ocasionalidad).

No desconocemos que en la historia de la legislación respectiva y hasta ahora, se han distinguido entre accidente y enfermedad en función del tiempo de producción de ese siniestro. Pero esa distinción debe asumir un rol conceptual, nunca puede justificar una merma de derechos.

Conceptualmente, el hecho dañoso que sucede de una manera que -temporalmente- puede ser apreciada o precisada, es denominado "accidente". Y aquel hecho dañoso que sucede de manera lenta en el tiempo y prolongada, y por ello no es factible precisar un momento de producción, es denominada

"enfermedad"<sup>3</sup>. Por otro lado, esa clasificación mostró insuficiencia, y así fue que la doctrina y la jurisprudencia, comenzaron a preocuparse por aquellos hechos que parecían quedar por fuera de tutela. Así se entiende por qué se comenzó a hablar de "enfermedad accidente" para hacer referencia a aquellos verdaderos infortunios laborales que eran "accidentes" (en sentido estricto médico y jurídico) pero con consecuencias dañinas que se desarrollaban lentamente (por ejemplo un golpe que desarrollaba afección corporal a los meses); y a verdaderas "enfermedades" (en sentido estricto) que no eran típicas de la profesión u

oficio, pero que se agravaban o disparaban por la tarea que desarrollaba el trabajador pues aunque no fueran producto específico de la profesión, la condición laboral formaba parte de la causa de la misma. En este último caso, la pregunta que la ciencia jurídica se hacía era ¿Si el trabajador no hubiera estado realizando esa tarea, habría sufrido el daño? Si la respuesta era afirmativa, la condición laboral no había tenido participación en el daño, pero si la respuesta era negativa obviamente el trabajo, al haber sido condición, se transformaba en causa jurídica.

Lo que deseo destacar es que, a pesar de que la distinción entre enfermedad y accidente se explicaba por razones históricas, y que la "enfermedad accidente" es el resultado de que la "ocasión" rige a todo daño laboral; se ha tratado de utilizar (con grave error) esa diferenciación o clasificación del infortunio para quitar protección. Lamentablemente ocurrió que, encaballados en la redacción del

3 "Medicina Legal del Trabajo y Seguridad Social", BASILE, ALEJANDRO- DEFILIPPIS NOVOA, ENRIQUE C. - GONZALEZ, ORLANDO S. Ed. Abaco, Bs. As 1984, página 229 donde los autores destacan una nota de Alejandro Unsain (Del Tomo III de Legislación del Trabajo), y "Medicina Legal del Trabajo", ALVAREZ CHAVEZ, VICTOR HUGO - SOLIS CABRERA, RICARDO W. Ed. Ediciones Jurídicas, Bs As 1988, Pág.134/135. "La enfermedad ocasional como accidente indemnizable", BENITO PÉREZ, DT 1952, pág. 609. Donde afirmaba que: "los elementos que configuran técnicamente el accidente de trabajo son: una causa exterior, y además esta debe actuar en forma súbita y violenta, es decir, en un espacio de tiempo relativamente breve al producir la lesión corporal (...) Por consiguiente la causa exterior que provoca la enfermedad profesional es de acción lenta y progresiva. VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO. "ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO" Ed. Hammurabi. 1986. Pág., 57/61.

art. 6 de la LRT, la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, desatendió la existencia de todo el bagaje que lleva el derecho de daño laboral. Y sobre ese texto legal, solo respetó -o aplicó íntegramente- las reglas de responsabilidad por daño laboral al “accidente de trabajo”. Diseñando para la “enfermedad” un sistema de responsabilidad muy complejo y confuso, que se apartaba de los elementales principios básicos de la materia.

Con la ley 24.557 el tratamiento que se creó arbitrariamente para las enfermedades puede sintetizarse así:

a) por un lado, se intentó establecer que las enfermedades del trabajo resarcibles solo podían ser las “profesionales”, es decir las causadas por el riesgo específico propio.

De esta manera el legislador, desconociendo los principios que reglaban la materia desde hacía casi un siglo, borró a “la ocasión” como rasgo característico del in-

fortunio laboral, cuando el mismo se produjera en forma lenta, es decir en forma de enfermedad. b) como segundo punto, y por si fuera poco, estableció en la ley que “*Las enfermedades no incluidas en el listado como sus consecuencias en ningún caso serán consideradas resarcibles* (art. 6, apartado 2, último párrafo).

Es decir, del sinfín de siniestros laborales del tipo enfermedad que no eran causados por el riesgo específico propio, abiertamente, se los dejaba huérfanos de cualquier tutela. Es una ley inconstitucional por donde se la mire. El ciudadano que se enfermaba por el trabajo mediante un mecanismo no descrito en el listado perdía absolutamente derechos constitucionales elementales (propiedad, indemnidad, protectorio, etc.).

El análisis de la jurisprudencia (Fallos “Silva c / Unilever”, CSJN; y “Buticce” SCBA) que trata el asunto no es pertinente en este comentario, y remito a otro<sup>4</sup>.

Sin embargo aquí es pertinente

recordar que desde el plano legislativo, aquella primer grave contradicción y trasgresión a la teoría del daño laboral establecida al pretender sacar del concepto de “infortunio laboral” al causado en forma lenta y por riesgos específicos impropios, intentó ser solucionado de alguna manera con el decreto 1278/01. Ese decreto suprimió de la primera parte del artículo la frase “por sí”. La norma decía “Se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado de enfermedades profesionales que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo anualmente, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3 de esta ley. El listado identificará agente de riesgo, cuadros clínicos y actividades, en capacidad de determinar por sí la enfermedad profesional. La supresión de esa frase (“por sí”) del art. 6, apartado 1, permitiría interpretar que en el listado se pueden incluir enfermedades profesionales y también “enfer-

4 Revista Jurisprudencia Laboral, Ed. Hammurabi, T 2, págs. 87 a 111.

medades laborales”. Es decir, al eliminar ese requisito de monocausalidad, se ve como de alguna manera se impone nuevamente la ocasión a reglar el infortunio laboral, y se intenta saldar esa irrazonabilidad de que el listado sea conformado sólo por enfermedades estrictamente profesionales y unicasales. Esto es una apreciación jurídica, luego habrá que ver hasta qué punto el P.E respeta esa pauta, e incorpora al listado enfermedades laborales no profesionales. Hasta ahora es solo una declamación.

En concreto, y sobre el punto, queda claro que las soluciones legales y jurisprudenciales que intentaron -e intentan- cambiar las reglas de responsabilidad en un gran grupo de infortunios laborales, en función de su denominación (art 6 LRT), no tienen asidero jurídico, no respetan derechos constitucionales y desatienden el desarrollo de la teoría del daño que se viene desarrollando desde hace más de un siglo.



---

**IV**

**MEDIDAS  
CAUTELARES EN EL  
PROCESO LABORAL  
COMENTARIO AL  
FALLO “LAURENZO”  
DE LA CSJN**

*por Juan P. Casco Amione\**

**E**l pasado 4 de junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa “Laurenzo”<sup>1</sup>, haciendo lugar al recurso de queja interpuesto por la parte demandada y revocando la sentencia apelada. Ello en el marco de una medida cautelar de reinstalación dictada por el Tribunal del Trabajo N°2 de La Plata, la cual fuera confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. La medida cautelar había sido originariamente dictada por el tribunal de grado<sup>2</sup> en el marco de un proceso de despido iniciado por un trabajador el cual alegaba haber sido víctima de actos discriminatorios antisindicales por parte de la patronal debido a su participación y actividad gremial.

Luego de considerar suficientemente acreditados los requisitos legales para su procedencia, el tribunal de grado dispuso de forma cautelar la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo hasta que se resolviera el fondo de la cuestión. Analizando las razones y presupuestos fácticos que llevaron al tribunal de grado a adoptar la medida de reinstalación del trabajador, aquel órgano entendió que existían elementos suficientes para considerar demostrada la verosimilitud del derecho invocado en la demanda, con base en actos antisindicales y discriminatorios efectuados por la demandada. De tal modo, considerando la clase de derechos afectados, y conforme reiterada jurisprudencia de la CSJN<sup>3</sup>, la medida cautelar adoptada tenía por objeto la salvaguarda de derechos humanos de jerarquía constitucional como son los de igualdad y no discriminación, y de libertad sindical.

La demandada interpuso recursos de reposición y extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley, los cuales fueron rechazados y declarados inadmisibles respectivamente por el tribunal de grado. Posterior-

---

\* Abogado laboralista. Especialista en Derecho del Trabajo - Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Constitucional del Trabajo - Universidad Castilla La Mancha (UCLM). Subdirector del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)

1 “Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L s/Amparo sindical”. Expte N° 39476-15.

2 Sentencia Interlocutoria del 15/12/15

3 Fallos 333:2306 (“Álvarez”), 334:1387 (“Pellicori”), 337:611 (“Sisnero”).

mente, la demandada recurrió ante la SCBA mediante el recurso de queja, el cual fue desestimado<sup>4</sup> por el máximo tribunal provincial por considerar, conforme reiterada doctrina legal<sup>5</sup>, que las decisiones relativas a medidas cautelares no revisten el carácter de definitivo en los términos del art 278 del CPCC, criterio sostenido por la SCBA incluso en casos en donde se ordenara la reinstalación transitoria de un trabajador<sup>6</sup>. Ciertamente es también que, a diferencia de lo que ocurriera en otros precedentes, la SCBA no ha seguido aquel criterio según el cual, el tribunal realiza un análisis concreto de las circunstancias excepcionales alegadas por la parte recurrente, que permitirían (en todo caso) habilitar la admisibilidad de la vía intentada y que acrediten el “gravamen de muy difícil reparación ulterior”<sup>7</sup> necesario para abrir la instancia. Es decir, que la SCBA, a diferencia de lo ocurrido en otros antecedentes, no ha tratado en concreto los argumentos específicos alegados por la recurrente.

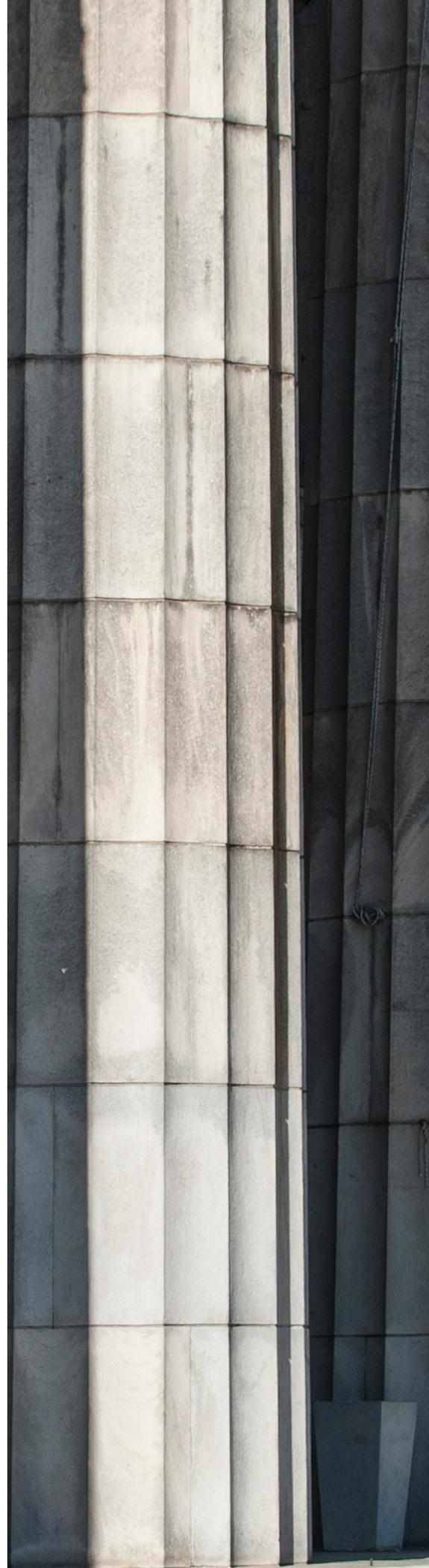
A continuación, la demandada interpuso recurso extraordinario federal, el cual fuera denegado por la SCBA. Frente a ello, la empresa recurrió mediante recurso de queja ante la CSJN, siendo resuelto por el máximo tribunal nacional con una ajustada mayoría de votos. Los jueces Maqueda y Rosatti, en minoría, consideraron que el recurso

<sup>4</sup> SCBA, LP RI 119962 del 28/9/16

<sup>5</sup> SCBA, Causas L. 113.444 “Santucho”, res. de 10-III-2011; L. 98.352 “Duarte” y L. 98.363 “Muñoz”, ambas sents. de 30-XI-2011; L. 116.920 “González Cabrera”, res. de 22-VIII-2012; L. 119.807 “Bernardi”, res. de 22-VI-2016

<sup>6</sup> SCBA, Ac. 107.029, res. de 6-5-2009, “Varela, Florencio R. c/Astillero Rio Santiago S.E. y otro. s/Medida cautelar. Recurso de queja”; SCBA LP 123415 del 30/10/2019 “Gómez, Marta T. c/ Dirección Provincial de Actividades Portuarias y otros s/ amparo sindical”.

<sup>7</sup> SCBA, LP A 74573 “P. ,V. B. c/ M. d. L. P. s/ Pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso de queja por denegación de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” del 02/03/2017; SCBA LP 122847 del 28/8/2019 “Federación de Educadores Bonaerenses y otros c/ Dirección General de Cultura y Educación s/ amparo sindical”.





intentado debía desestimarse atento a que la resolución criticada no resulta ser una sentencia definitiva o equiparable a tal, conforme al criterio general sentado en reiterada jurisprudencia del máximo tribunal<sup>8</sup>.

Por su parte, el voto de la mayoría, integrado por los Dres Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Lorenzetti, apartándose del criterio general antes mencionado, entendió procedente la vía recursiva por violación de la garantía constitucional del debido proceso. Para fundamentar dicho criterio, la única razón esgrimida -aunque no profundizada ni argumentada en su contenido y alcances- fue que "...el tribunal a quo desestimó el recurso local sobre la base del carácter no definitivo del fallo sin hacerse cargo de lo expuesto por la empresa recurrente, que introdujo planteos serios acerca de la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior. El a quo tampoco consideró que, según doctrina de esta Corte, el hecho de que la medida precautoria anticipe la solución de fondo ordenando la reinstalación del trabajador puede ocasionar agravios de difícil o imposible reparación ulterior que justifican considerar que la decisión es equiparable a definitiva («Barrera Echavarría, María y otros», Fallos: 340:1136).”

Conforme lo hasta allí expuesto, una posible interpretación lineal del caso en cuestión, podría entenderse en términos estrictamente procesales. Es decir: atento a que la SCBA no ha analizado debidamente los argumentos expresados por la recurrente en cuanto a la afectación de derechos y la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior<sup>9</sup>, violentando ello la garantía constitucional prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional, la CSJN, siguiendo un criterio también adoptado en varias oportunidades por el máximo tribunal nacional, admite la vía recursiva, deja sin efecto la sentencia apelada y remite al tribunal de origen a fin de que se proceda a dictar un nuevo fallo.

---

8 Fallos: 327:5068; 329:440, entre otros.

9 Fallos 330:1076, 329:4931, 323:2149, 322:1416, 339:1423, entre otros.

Ahora bien, esa interpretación puede variar o al menos tomar otros caminos, si se analiza lo resuelto por el voto de la mayoría en el caso en cuestión, contextualizándolo en los antecedentes de la propia CSJN en materia de despidos discriminatorios y reinstalaciones, como asimismo en un marco de actualidad, considerando las medidas de emergencia adoptadas por el PEN en el contexto de la pandemia generada por el COVID-19 y algunas resoluciones emanadas por distintos tribunales en distintos puntos del país.

Por un lado, es indudable que el voto que conforma la mayoría ejerce una opción concreta al resolver concediendo el recurso y mandando a dictar una nueva sentencia<sup>10</sup>. Ello, atento a que tal como se funda el voto de la minoría, la misma CSJN en otros casos análogos ha sostenido que la resolución criticada no resulta ser una sentencia definitiva o equiparable y por lo tanto debía ser rechazado el recurso de queja intentado. Vale destacar que muy sugestivamente, el voto mayoritario se encarga de señalar cuáles son los agravios alegados por la demandada, adelantándose a calificarlos de “planteos serios”. De tal modo, más allá de no existir un pronunciamiento concreto acerca del contenido de los argumentos dados por la recurrente, el voto mayoritario se encarga de caracterizarlos, dotándolos de una entidad argumental que excede con creces el objeto del fallo. En ese sentido, los mencionados agravios (daños “económico, social y empresarial”, afectación de la “libertad de contratar”, etc) nos remiten automáticamente a los considerandos del voto minoritario del caso “Álvarez” y a la opinión del Dr Rosatti expresada en el caso “Varela”<sup>11</sup> y, en definitiva, a aquel criterio jurisprudencial restrictivo respecto a la reinstalación laboral.

Por otro lado, desde el punto de vista de actualidad, son reiterados y variados los casos en los cuales distintos tribunales han adoptado me-

---

10 Como antecedente jurisprudencial el voto mayoritario cita el caso “Barrera Echavarría” en donde el máximo tribunal también revocó con semejantes argumentos una medida cautelar mediante la cual se ordenara la reinstalación de un grupo de trabajadores que habían sido despedidos poco tiempo después de haber sido designados en “planta permanente”. A pesar de ello, a diferencia del caso “Barrera Echavarría”, al efectuar esta cita -el voto de la mayoría- ha obviado considerar que el caso bajo análisis incluye el tratamiento o la existencia de actos antisindicales violatorios del principio de libertad sindical, situación que agrava claramente la situación al enfrentarnos a la afectación de derechos que incluyen una doble dimensión individual y colectiva (conf. CSJN, “ATE”, Fallo 331:2499)

11 Considerando 15 del voto del Dr Rosatti en “Varela” (Fallo 341:1106)

didadas urgentes de diversa índole, a efectos de reincorporar cautelarmente trabajadores despedidos durante la vigencia de la prohibición de despidos, dispuesto por el DNU 329/2020 más tarde prorrogado en sus plazos por el DNU 487/2020. Así, ha sido resuelto por ejemplo en casos de despidos concretados en el marco de contratos que se encontraban durante el período de prueba<sup>12</sup>, o en despidos efectuados en vínculos celebrados dentro del régimen especial de la ley 22.250<sup>13</sup>. De tal manera, reiteramos, haciendo una lectura de actualidad, podría entenderse que el pronunciamiento de la CSJN en el caso bajo análisis, tuvo como objetivo (directo o indirecto) dar a conocer su postura (por cierto restrictiva) respecto de situaciones análogas<sup>14</sup>. Esta posible interpretación restrictiva en cuanto a la implementación de medidas de reinstalación cautelares en procesos como el que aquí analiza, tendría como efecto directo el vaciamiento del efecto tutelar de este tipo de acciones<sup>15</sup> y la imposibilidad de obtener una tutela judicial efectiva<sup>16</sup> con la concreta desprotección absoluta del trabajador, «sujetos de preferente tutela constitucional»<sup>17</sup>, y una violación al efectivo acceso a la justicia que torna inoficioso cualquier reclamo de la índole intentada.

12 Tribunal del Trabajo N° 4 de La Plata, autos “Villalba, Marina E. c/ Proveedora los Estudiantes SRL s/ amparo” Expte 27328; Juzgado Laboral 2 de Posadas, autos “Espinoza, José A. c/ TM SA s/ autosatisfactivas” Expte. N° 36894/2020; Segunda Cámara del Trabajo – Primera Circ. de Mendoza, autos “Bierman, Gerben C. c/ La Agrícola SA p/ medida precautoria o cautelar”; Tribunal de Trabajo N°1 de San Miguel, Prov Bs As “Romero, Sharon P. c/ M M Directa S.A. S/ Reinstalacion (sumarisimo) Expte 22947; entre muchos otros.

13 Juzg. 1ra. Inst. de Dist. en lo Laboral -San Lorenzo- Santa Fe, autos “Romero, Iván A. y otros c/ Brimax SA s/ Medidas cautelares y preparatorias”; 4ª Cám. Trab., Mendoza; “Hinojosa, Carlos Adrián c/ Laugero Construcciones S.A. s/ Medida precautoria o cautelar” del 29/05/2020.

14 De Diego, Julián, “La Corte establece límites a las reincorporaciones”, Diario El Cronista del 8/6/2020, <https://www.cronista.com/columnistas/La-Corte-establece-limites-a-las-reincorporaciones-20200608-0087.html>

15 Aún ello con mayor gravedad al considerar al amparo sindical del art 47 de la Ley 23551.

16 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, párr. 155; *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, párrs. 75; y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párrs. 194-195

17 Fallos: 327:3677 (“Vizzoti”)

---

**III**

# **LA INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO COMO DEUDA DE VALOR**

**(A propósito del reciente fallo SCBA “Aguiar”<sup>1</sup>)**

*por Eduardo E. Curutchet\**

**D**esde la salida de la convertibilidad que fijaba una paridad estricta conforme la cual un peso era igual a un dólar, el problema de la desvalorización de la moneda reavivó el debate acerca de la vigencia de la distinción entre deudas de dinero y deudas de valor, en especial porque se mantuvo vigente la ley 23.928 en cuanto a la prohibición de todo de tipo de actualización, ratificada en ese sentido por la ley 25.561. El caso que comentamos pone en evidencia este problema, pues se trata de un siniestro del año 1999, (en cuyo momento el actor percibía un salario de \$ 519) en el que se dicta sentencia fijando la indemnización debida en el año 2015. Entonces el fallo responde a la siguiente pregunta ¿qué salario debía utilizarse para indemnizar las pérdidas de ingresos producto del accidente cuando se acciona por el derecho común al amparo del principio de la reparación integral?: ¿el salario del momento del hecho o el salario vigente al momento de la sentencia?.

Quienes sostenemos que no es adecuado mensurar el daño patrimonial por lesiones a la integridad psicofísica o muerte utilizando como elemento de referencia el salario vigente al momento del hecho, y postulamos que se debería utilizar el salario vigente al momento de dictar sentencia, se nos suele contestar que ello constituiría una actualización prohibida por la ley. Desde nuestro enfoque ello no es así, pues no se trata técnicamente de una actualización y además dicha prohibición solo se aplica a las deudas de dinero en sentido estricto, y no a la deuda de valor, que no son determinadas sino determinables y por lo tanto deben estimarse en la fecha más próxima al pago que sea posible.

En efecto la modificación en el valor de la prestación debida (por ejemplo: el costo de la reparación de un vehículo dañado) no se opone a la prohibición de actualización, es más “la ley 23928 no hace referen-

\* Abogado Laboralista. Profesor de Postgrado en la especialización de Derechos Social y la Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.

1 SCBA, Causa L. 119.914, “Aguiar, D. A. contra Municipalidad de La Plata y otro. Daños y perjuicios” dictada en el mes de junio de 2020

cia concreta a las deudas de valor. Es sostenible además que las deja aparte, ...”(Alterini)<sup>2</sup>

Pues no se trata de fijar el daño al momento del hecho y luego actualizarlo, lo cual está prohibido por las normas que vedan la indexación o actualización; se trata en cambio de fijar el daño en la fecha más cerca al pago, lo cual evita la aplicación de cláusulas de actualización vedadas en el actual contexto normativo (Lorenzetti)<sup>3</sup>.

El fallo SCBA “Aguiar” debe interpretarse en ese sentido, admitiendo definitivamente la categoría de las deudas de valor y esclareciendo como es debido que la deuda indemnizatoria por un accidente de trabajo es una deuda de este tipo. Máxime que ahora el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación lo admite expresamente en su art. 772, dejando de ser una creación doctrinaria para integrar dicho cuerpo normativo en forma expresa.

Entonces, gracias a la postulación del letrado de la parte actora, que proponía dejar de lado el monto nominal mensual percibido por el actor al momento del infortunio para cuantificar el resarcimiento del daño material, tomando al menos como elemento de cálculo una suma equivalente al salario mínimo vital y móvil, debió pronunciarse la Suprema Corte acerca de si la utilización del salario vigente al momento del siniestro (que había ocurrido más de 20 años atrás del dictado de la sentencia por la SCBA) como elemento de cálculo cumple con los estándares constitucionales e internacionales actuales relativos a la reparación integral y el derecho a una justa indemnización (conf. doctrina arts. 17, 19, 14 bis, 75 inc. 22 CN).

Desde ya que lo que pedía el actor, por intermedio de su letrado, implicaba admitir la categoría de deudas de valor, siendo adecuado en esos casos fijar el precio en dinero en el momento más próximo a la sentencia. Incluso el recurso de utilizar como pauta de referencia, en defecto de otros elementos de prueba, un salario mínimo vital y móvil (como lo postulara la parte actora) ha sido el criterio utilizado en varios casos

---

2 **Alterini, Atilio Anibal** “Desindexación. El retorno al nominalismo. Análisis de la Ley 23.928 de convertibilidad del austral” pag. 130 Ed. Abeledo-Perrot. Bs As, abril de 1991

3 **Lorenzetti, Ricardo Luis**, “La Emergencia Económica y los contratos”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2002, pág. 317.

de reparación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>4</sup> La mayoría de la SCBA -integrada por el voto del Dr Soria y adhesión de los Dres De Lazzari, Kogan y Torres- luego de recordar citando a la Corte Nacional que "...la reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, presente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado (doctrina de Fallos: 314:729, considerando 40; 316:1949, considerando 4º; 335:2333, considerando 20, entre otros)...» echó mano de la distinción entre en «deudas de dinero» y «deudas de valor», con cita del art 772 del CCYC que establece las reglas aplicables a la justipreciación de estas últimas, en estos términos: «Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección».

Se expresó que al remitir al «valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda», se consagra el criterio del «realismo económico», con amplia recepción en la legislación vigente y en la doctrina jurisprudencial imperante”

Con base en esas consideraciones se concluye que en el fallo recurrido (dictado por el Tribunal del Trabajo nro 5 La Plata) “se arriba al otorgamiento de un monto indemnizatorio que no respeta el principio de “reparación plena”, con evidente lesión a los derechos constitucionales que amparan al trabajador demandante (arts. 14 bis, 17 y concs., Const. nac.). Esto es dirimente para orientar la definición del caso, toda vez que se ha determinado la base salarial para el cálculo del rubro en cuestión -mediante pronunciamiento dictado el día 30 de abril de 2015- a partir del monto que percibía el actor al momento del accidente, producido el día 4 de octubre de 1999, sin atender a la verdadera naturaleza del crédito en

4 Corte IDH *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones*, párrs. 88 y 89); *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*, sentencia de 29/8/2002, (*Reparaciones y Costas*), párrafo 88, CASO “INSTITUTO DE RE-EDUCACIÓN DEL MENOR” VS. PARAGUAY. SENTENCIA DE 2/9/2004 (*EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS*), PARR. 288, CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN” . VS. COLOMBIA. SENTENCIA DE 15/09/2005, PÁRR. 277, ENTRE OTROS.

cuestión -consistente en la contrafase de una deuda de valor- y a las reglas que gobiernan su cuantificación conforme al derecho común.”

Agrega el Dr. de Lazzari en su voto particular que, dicho de otro modo, en un supuesto de responsabilidad extracontractual regido por el derecho común tomar en cuenta lo que el actor percibía hace diecinueve años es despojar de cualquier base cierta la estimación.

La minoría (integrada por los votos de los Dres Genoud y Pettigiani) en cambio consideró que la propuesta de emplear como base de cálculo el monto del salario mínimo vital y móvil constituye un enfoque novedoso respecto de los términos en que fue instaurado el reclamo.

Me permito agregar que lo resuelto por la SCBA se adecua a la opinión doctrinaria mayoritaria y más calificada del país, conforma la cual:

Un daño actual requiere ser indemnizado con un valor actual, solo así se satisface la finalidad de la indemnización.... En suma, en principio el daño resarcible debe ser valorado al tiempo de la sentencia o momento más próximo a esa fecha que sea posible (Llambías) <sup>5</sup>

“para nosotros, debe ser el del pago, porque es entonces y no antes cuando se indemniza”(Boffi Boggero); <sup>6</sup> “para liquidar la indemnización o fijar el capital, se impone la elección del día de la sentencia como el más cercano al momento de la reparación real...” (Mosset Iturraspe)<sup>7</sup>

Entre los laboristas, se destaca la opinión del Dr. Ricardo Cornaglia quien expresa que el Juez debe evaluar los daños siempre al momento de la sentencia, o a la fecha más próxima a ella ya que la deuda que genera el infortunio laboral, sólo adquiere el carácter de deuda de dinero ejecutable como valor determinado, con la declaración de certeza de la sentencia que responde a un litigio procesado judicialmente. Funda también su lúcida reflexión en lo dispuesto por el art. 165 tercer párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. que dispone que una vez probado el daño “la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultara justificado su monto”.

---

5 Llambías, Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, tomo I, pag. 287 Ed. Perrot, Bs A1967

6 Bofi Boggero, Luis María “Tratado de las obligaciones” tomo 2 ed. Astrea. Bs As 1973 pag. 358

7 Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, tomo I, pág. 407 yss, Ed. Rubinzal Culzoni, , Santa Fe 1998

Afirma también que la reparación de daños por accidentes de trabajo, para su ejecución requiere de la declaración de certeza de un juez, materializada en una sentencia. Declararlo sin guardar relación con el salario de la época de la declaración (sentencia) y fijarlo en un pasado al que se debe revivir a partir del mérito de la mora, es una virtualidad anacrónica e inequitativa, apoyada en un error de la norma pensada sin considerar el tiempo que llevan los reclamos judiciales. Declararlo en función del presente del sentenciar, es otra virtualidad, equitativa, porque responde al fin de la obligación de valor en cuanto al daño todavía no reparado” (Cornaglia)<sup>8</sup>

Conclusiones: nos corresponde a los abogados litigantes la tarea de postular soluciones justas y en materia de reparación integral por infortunios del trabajo resulta justo y adecuado al concepto de la reparación plena utilizar el valor salarial –que refleja la capacidad de ganancias perdida o deteriora- vigente al momento de la sentencia. A la Justicia del Trabajo le toca la tarea de justipreciar el monto de las indemnizaciones, y sin perjuicio de que siempre ha tenido herramientas jurídicas para hacerlo conforme a los valores vigentes al momento de dictar sentencia, ahora cuenta además con una clara y terminante doctrina legal del Máximo Tribunal de la provincia que así lo refrenda.

Bajo los actuales estándares de la SCBA y de la CSJN, la indemnización para ser constitucionalmente válida, además de ser PLENA (en el sentido de indemnizar todos los perjuicios)<sup>9</sup> deber ser OBJETIVA: no basada en el mero arbitrio del Juez sino en una cuantificación objetiva y debidamente fundada<sup>10</sup>; y fundamentalmente debe ser ACTUAL: fijada valores vigentes al tiempo de la sentencia.<sup>11</sup>

8 **Ricardo J. Cornaglia** “La tasa activa de interés en los accidentes de trabajo en relación con la deuda de valor” ponencia presentada en el II Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en San Nicolás el 29 y 30 de septiembre del 2011.

9 **CSJN** “Provincia de Santa Fe c/Nicchi, Carlos A.” Fallos 268, 112, 114, cons 4 y 5, sent. del 26/6/1967, **CSJN** “Aquino” S. 21-09-2004; Fallos 327: 3753, cons. 4; **CSJN** “Rodríguez Pereira” del 27/11/12; art 1740 CCyC

10 **SCBA** “Schmidt”, L. 94.556 7-4-2010. **SCBA** L. 43.301, 21-8-1990, Ac. 83.961 , 1/4/2004.; **Corte IDH** Caso “Neira Alegría y otros Vs. Perú”. Sentencia del 19-9-1996. (Reparaciones y Costas), párrafo 46). CIDH, caso “Loayza Tamayo Vs. Perú” en su sentencia de 27 de noviembre de 1998 sobre *Reparaciones y Costas*, párrafo 147; y art 1746 CCyC

11 **CSJN** “Agua y Energía Eléctrica S.E. c/ Montelpare, Gustavo s/ expropiación - incidente de desindexación. 08-07-2003, Fallos 326:2329; **SCBA** “Arbizu c/Prov Bs As” L. 101.107 s. 23.3.10; **SCBA** “Aguiar” Causa L. 119.914, junio de 2020; y art 772 CCyC

---

v

**SOBRE EL CONTROL  
JUDICIAL SUFICIENTE  
Y LA APLICACIÓN  
DE LA LEY EN EL  
TIEMPO.**

**REFLEXIONES A  
PROPÓSITO DE  
“MARCHETTI” Y  
“ORELLANA” (SCBA)**

## I.- Acceso a la justicia: **llave de bóveda del sistema constitucional de derecho.**

*por Jeremías Del Río\**

**E**l acceso a la justicia<sup>1</sup>, como categoría conceptual, la necesidad de su amplitud y eficacia, no es un debate nuevo ni un punto novedoso a analizar. Sin embargo, en lo que refiere a las eternas discusiones dadas en derredor de las sucesivas y numerosas re-configuraciones del subsistema de riesgos del trabajo en nuestro país, aquella no es menor y, quizá, se constituya en la primera valla (entre muchas varias) que impidió concretizar la validez constitucional de los pretéritos modelos. Poco cabe decir, atento su universalidad, que la posibilidad de acceder a un tribunal de justicia, constituido por los elementos de rigor, se ha consagrado ya, incuestionablemente, en un derecho humano, que en caso de ser vulnerado, puede ocurrir la responsabilidad internacional de un estado. Con esto referimos a que la falta de una vía amplia judicial de discusión o ejercicio de derechos –como en el caso particular, controvertir lo actuado por un organismo de carácter no-jurisdiccional-, no permite salidas alternativas. Sería algo así como un “absoluto” del sistema jurídico.

Nuestra provincia, yendo más allá en la interpretación del precepto – esto es, acceso amplio a la justicia- ha consagrado a todo evento no solo su posibilidad, amplia; sino que ha ponderado como eje de su estructura, de espíritu constitucional, a la irrestrictividad, gratuidad, asistencia letrada, efectividad, continuidad e inviolabilidad de la defensa (art. 15 Const. Prov.); términos poderosos que, a pesar de su transparencia y omnicomprensión, suelen estar sujeto a interpretaciones que no siempre son armónicas.

Amén de lo expuesto, la discusión sobre el tópico parecería refundarse; fundamentalmente, frente a regulaciones “novedosas”, que buscan ree-

\* Abogado. Especialista en Justicia Constitucional (Universidad Castilla-La Mancha, España) y Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina).

<sup>1</sup> “De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” - **Corte IDH.** Caso “Cantos Vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso*, año 2020.

editar moldes, soluciones de antaño a través de ajustes. A veces, los ajustes no alcanzan, ante estructuras tan debilitadas. Volver al pasado para buscar respuestas, en principio, pareciera no-ser la salida que obedezca a esquemas de progreso<sup>2</sup>.

## II.- “Marchetti” (SCBA, L. 121.939).-

Luego de mantener en vilo por más de 2 años al mundo del derecho (y víctimas de infortunios laborales, fundamentalmente) en lo que hace a una certeza sobre el tema, la Corte provincial salió a la luz del mundo con “Marchetti”. Contundente votación de 5 v 1<sup>3</sup>, que ha establecido nueva doctrina legal que afectará, esencialmente y de aquí en más, la forma de entender a la Corte en cuanto su visión del subsistema de riesgos del trabajo<sup>4</sup>.

Como puede verse, en lo que resultaría el *intrínseci* del asunto, se observan 2 cuestiones de relevancia tratadas por el tribunal en pos de definir la suerte del caso:

- 1) La delegación de las Provincias de facultades propias en la Nación, conforme art. 4 de la ley 14.997;
- 2) Control judicial suficiente (y amplio) de las decisiones de los organismos administrativos (Comisiones Medicas).

Bien se sabe, que la primera cuestión mereció un tratamiento, por lo menos, discutible, en donde, en una u otra forma, en la contienda dialéctica de dos posturas opuestas, se termina optando por una. Digamos que dicho nudo gordiano fue desatado<sup>5</sup>, no solo *argumentalmente*, sino también *ideológicamente*.

En lo respectivo a la segunda cuestión destacada, el control judicial suficiente, el mismo es analizado a través del prisma de la sanción/vigilancia devenida de la ley 15.057 (art. 2 inc. j), norma que habilitaría

---

<sup>2</sup> Compartimos los fundamentos y reflexiones sobre el tema, manifestadas en el voto del Dr. Barreiro en el fallo del **Tribunal del Trabajo N° 5 de La Plata**, in re “*Salvatore Carlos Mariano C/ Fisco De La Provincia de Buenos Aires S/ Accidente de Trabajo - Acción Especial*” (12/4/2018) “. Invitamos a su lectura.

<sup>3</sup> Además está decir que nos sentimos más cercanos a los argumentos expuestos por **De Lazzari**, en su voto de apertura. La brevedad de este trabajo, nos demanda detenernos solo en esta aclaración.

<sup>4</sup> Esto último se destaca, precisamente, atento haber mantenido desde el año 2003, una postura crítica respecto de las decisiones que se venían asumiendo respecto del subsistema, que la nueva normativa habría venido a superar.

<sup>5</sup> Al modo de Alejandro de Macedonia: recordemos que aquel, según la leyenda, corta al mismo de un giro de espada. *No había tiempo para detenerse en desatar nudos.*

su posibilidad, derrumbando el esquema del “*recurso en relación, con efecto suspensivo*”, hasta entonces vigente (art. 2 ley 27.348).

A propósito de la “vigencia” del nuevo esquema procedimental, cabe aclaración que la corte omite tratar: a través de la Res. 23/2018, la SRT establece lo que sería el “*nuevo procedimiento*” a desarrollarse en Prov. de Buenos Aires, a tenor de la adhesión que constituyó la ley 14.997, *el que comenzaría a regir con fecha 9 de abril de 2018 (Art. 14)*. Esto ¿Qué significa? Que el organismo a quien se han delegado las facultades necesarias a efectos de llevar adelante el dictado de normas procedimentales de rigor y su implementación efectiva/eficaz en las provincias adherentes al título I de la ley 27.348, decidió que el mismo tendría “*vigencia*” a partir del 9/4/2018. Por lo que, al momento en que “Marchetti” interpuso su acción, sin perjuicio de la sanción y promulgación de la ley 14.997, el *procedimiento* del título I de la LCRT, no existía en el territorio bonaerense.

Con esto precisamos que Marchetti, por más que haya querido llevar adelante de manera previa el “procedimiento” que ha sido declarado “constitucional” por la Corte Provincial (aunque como veremos, con algunas *picardías y saltos cuánticos*), no hubiera podido.

De esta manera, el panorama del actor de la acción, al momento de su inicio, era el siguiente: 1) el procedimiento del título I de la ley 27.348 no estaba implementado en el territorio; 2) La posibilidad de ejercer su derecho a una revisión amplia en la justicia (Art. 2 inc. j ley 15.057) una vez transitado dicho procedimiento, tampoco se encontraba vigente. Mientras el expediente se encontraba por ante el superior, sabido resulta que fue sancionado el texto de la ley 15.057. Dicha normativa procesal, establece que intervendrá la justicia del trabajo, en su art. 2 inc. j<sup>6</sup>: “*En la revisión de las resoluciones dictadas por las Comisiones Médicas Jurisdiccionales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2°, segundo párrafo, de la Ley 27.348 Complementaria de la ley de Riesgos del Trabajo o la que en el futuro la reemplace. Dicha revisión deberá ser interpuesta por el trabajador o sus derechohabientes ante el Juzgado del Trabajo que resulte competente, a través de una acción laboral ordinaria (...)*”. De tal forma, se modificaría

6 Cabe tener presente que la Corte misma, a través de una “novedosa” intervención, suspendió la vigencia de la normativa procesal nueva, sin perjuicio de –también, en una “novedosa” intervención- explicar a través del acuerdo N° 3199/2019 (4/12/2019) que, más allá de la suspensión en la vigencia de dicho cuerpo procesal, el art. 2 inc. j sería plenamente operativo.

la matriz de acceso al control judicial de lo actuado por las comisiones médicas en un espectro absolutamente diferente al “recurso en relación con efecto diferido” vigente hasta ese momento y que impuso la adhesión de la ley 14.997 (conf. ley 27.348, SRT res. 297/2017 – 23/2018).

En un acto procesal un tanto confuso en su finalidad y su objetivo material/práctico (al menos, en la oportunidad de su despliegue), la Corte dispuso dar traslado a las partes a efectos de que se pronuncien sobre la sanción de dicho artículo<sup>7</sup>.

A poco más de un año de aquello, dictaría sentencia declarando la constitucionalidad de las leyes 14.997, 27.348, y el régimen procedimental que las mismas establecen. En tal razonamiento, sin una matriz de acceso a la justicia robusta y razonable, aquello –creemos- no hubiera tenido tal suerte. Se observa así la importancia de esto en los votos de la mayoría, v.gr. el elemento no menor que constituye la “vigencia” y plena operatividad ad eventum del art. 2 inc. j de la nueva normativa procedimental. Véase el voto del Dr. Genoud, cuando dice que: ***“El diseño normativo propone entonces una especificidad de la contienda que remite -como se dijo- a conocimientos técnicos específicos, a un procedimiento bilateral que resguarda el derecho de defensa del trabajador, la limitación temporal y razonable del trámite, articulado todo ello con una acción judicial posterior de conocimiento pleno. Dicho aserto ha sido recogido por el legislador local al instituir un procedimiento concreto de revisión amplia y plena en el art. 2 inc. «j» de la ley 15.057, cuya operatividad es inmediata (art. 103, ley cit.). Queda entonces en este aspecto superado el test de constitucionalidad.”***

Nos lleva a entender tal hermenéutica, que de no haberse modificado la forma de acceso a la justicia del trabajo, esto es, entendido como “no aplicable al caso” la normativa novedosa interin sancionada y considerada “vigente” (art. 2 inc. j ley 15.057), no habría sido satisfecho el test de constitucionalidad que se alega, así, superado.

---

<sup>7</sup> Del que dan a entender su “plena operatividad”. Fijese la trascendencia del artículo, y la importancia de considerarlo vigente al momento del fallo, al que la Corte allí definiría como: “de relevante trascendencia para los actuados”.

### III.- “Orellana” (SCBA, L. 121.895).-

Aquí, si bien la cuestión pareciera tener otra matriz que lo resuelto en “Marchetti”, como veremos, las circunstancias no resultan tan distantes; aunque si, y con creces, la resolución del caso deviene fenomenalmente alejada de lo entendido allí.

Orellana, plantea una acción por cobro de prestaciones sistémicas de la ley 24.557 con fecha 20/12/2017. Con casi inmediatez, el tribunal fija competencia ante sus estrados (27/12/2017). Seguidamente, se corre traslado a la accionada, quien interpone excepción de “falta de legitimación pasiva” (18/4/2018)<sup>8</sup>, manifestando –por todo- la plena aplicabilidad de la ley 27.348 (título I), a través de la adhesión ocurrida por ley 14.997.

De esta manera, nos encontramos con que: 1) al momento de interponerse la acción y de declarar el tribunal su competencia, el procedimiento de la ley 27.348 no se encontraba “vigente” en el territorio de la Prov. de Buenos Aires; 2) Al momento de la notificación a la accionada de la demanda (que es contestada con fecha 18/4/2018), se encontraba vigente la ley 14.997, más aún no se encontraba plenamente operativo el procedimiento dispuesto por la norma a la que se adhiere<sup>9</sup>. **Con estos elementos de trabajo, la Corte<sup>10</sup> expone que: “En tales condiciones, sin que corresponda aquí abrir juicio sobre la validez o invalidez constitucional de dicha normativa -pues, como anticipé, la cuestión ha quedado circunscripta a dilucidar su vigencia temporal resulta evidente que a la fecha de interposición de la demanda (20 de diciembre de 2017; v. cargo de fs. 16 vta.) e, inclusive, del pronunciamiento -firme y consentido- que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 8 apartado 3, 21, 22 y 46 de la ley 24.577, así como del decreto 717/96, y la competencia del tribunal de trabajo para intervenir en las presentes actuaciones (26 de diciembre de 2017; v. fs. 19/23), la citada ley de adhesión 14.997 no se encontraba vigente, por lo que corresponde confirmar la decisión de dicho órgano jurisdiccional en cuanto decretó su inaplicabilidad al caso de autos.** De esta manera, tanto la “fecha interposición de la demanda” como la “fecha del pronunciamiento

8 Se presume, la notificación de la acción, anterior a tal fecha, atento que por el auto del 23 de marzo de 2018 fue agregada la cedula de rigor.

9 Recordemos aquí que, recién a partir del 8/4/2018, a tenor de la res. 23 de la SRT, el procedimiento de la ley 27.348 en la Provincia de Buenos Aires, resultaba plenamente operativo.

10 Voto de la Dra. Kogan.

sobre la competencia”, enlazadas copulativamente a través de la “e”<sup>11</sup>, determinarían la suerte del fallo en lo referido a la aplicación de normas existentes en su momentum.

Es a partir de dichos hitos procesales que se determinaría el sistema de aplicación de las normas en el tiempo, sellando la suerte adversa de los planteos cuestionatorios a la decisión de grado.

Cabe detenernos un instante en la mención de “firme y consentido” que destaca la ministra votante. Como se puede observar del trámite de aquella causa por ante el tribunal de trabajo, el traslado de la acción y las resultas de tal sentencia son contestadas (controvertidas) en tiempo y forma por parte la accionada; por lo que, el consentimiento y la “firmeza” que alega la ministra respecto del auto en cuestión, a primeras, no sería tal. Y esto fundamentalmente frente a dos circunstancias: 1) Aun podía ser cuestionada la decisión del tribunal por parte de la accionada (y de hecho lo fue, en tiempo y forma); y 2) La “vigencia” (aunque no efectiva, como vimos<sup>12</sup>) de una nueva normativa procesal, de natural aplicación inmediata a los autos, que modificaría el sistema competencial previo del subsistema<sup>13</sup>.

Sin embargo, para la Corte, como dijimos, en ese caso, basto que la fecha de interposición de la demanda, así como la decisión del tribunal en fijar competencia, constituidos ambos en una suerte de “derecho adquirido”, sean anteriores a los sistemas novedosos sobrevinientes, de neto corte procesal.

---

11 Con esto pretendemos ponderar la *homogeneización* que realiza la ministra respecto de los dos fenómenos de relevancia procesal que destaca (fecha de inicio de demanda – resolución del tribunal) en orden al concepto que sostendrían (aplicación de la ley en el tiempo)

12 Basto esta circunstancia para expedirse en Marchetti.

13 Reiteramos, sin perjuicio de las consecuencias trascendentales que determina la res. SRT 23/2018.

## IV.- Reflexiones Finales

Trazados los elementos de interés de las causas en cuestión, sus genealogías y decisorios contrapuestos, podemos desprender: El acceso a la justicia, amplio, irrestricto, es –sin dudas- uno de los pilares del sistema constitucional de derecho, y que no admite matices. En caso de duda, debe estar siempre en favor de este. Sin embargo, la verificación de un eventual “acceso amplio e irrestricto a la justicia”, en el caso, cuando lo que está en juego es el sostenimiento/concretización de un “modelo”, puede conllevar a la sumisión o supresión<sup>14</sup> de falencias ínsitas en aquel (Marchetti). Que la oportunidad para decidir sobre un caso de alcances globales, es motivo suficiente para desdoblarse algunos conceptos e interpretaciones jurídicas. La aplicación en el tiempo de las leyes no queda del todo clara, al menos, desde los argumentos brindados en uno y otro caso. Fundamentalmente, en la ponderación de hitos a tales efectos (Orellana). La seguridad jurídica, en materia de derechos de preferente tutela, es un bien “efímero” y sumamente expuesto a lo dialéctico. En definitiva, algo de lo que no podemos hacer mella, es del aseguramiento que todo nuestro supra-sistema jurídico/constitucional, a manera de garantía, prevé en orden al acceso a la justicia -irrestricto, en la medida de la interpretación-, fundamentalmente cuando pretenden revisarse cuestiones decididas por organismos no-jurisdiccionales. Quizá, la necesidad de buscar quietus, demande alejarse (algunas veces) de la materialidad de las cosas<sup>15</sup>; hacer vista gorda a otras... en fin. Lo que se pretendió, a nuestro entender, tanto en Marchetti como en Orellana, finalmente, es dar cierre, cueste lo que cueste, a un modelo<sup>16</sup>, con todos los agregados devenidos desde 2017 hasta hoy. Desde ya, y abundante resulta aclarar, durara lo que aguanten los “ajustes” realizados en tal empresa.

14 O, sin más, *hacer la vista gorda* de algunas cuestiones. Remarcamos la importancia material de la Res. SRT 23/2018.

15 Fundamentalmente, en lo referido a la posibilidad de acceder a la justicia, en términos *convencionales*, al tiempo en que se presentan los hechos del caso. Volvemos sobre Marchetti y su *situación al momento de interponer su demanda*.

16 Es interesante el planteo de Stephen Hawking, en tanto refiere que “Un modelo es satisfactorio si: 1) Es elegante; 2) Contiene pocos elementos arbitrarios o ajustables; 3) Concuerda con las observaciones existentes y proporciona una explicación de ellas; 4) Realiza predicciones detalladas sobre observaciones futuras que permitirán refutar o falsar el modelo si no son confirmadas”; HAWKING, Stephen – MLODINOW, Leonard, “*El Gran Diseño*”, pág. 60, ed. Critica, año 2015, 5ta reimpresión.

---

**VI**

# **EL CORONAVIRUS (COVID-19) Y LA FUERZA MAYOR EN EL CONTRATO DE TRABAJO**

por *Facundo Gutiérrez Galeno*\*1

## Introducción

**A** menudo se sostiene que la aparición de la pandemia generada por la COVID-19 constituye un claro hecho de caso fortuito o fuerza mayor en los términos de la normativa vigente. El coronavirus es un hecho imprevisto e inevitable que alteró notoriamente la vida de la sociedad en su conjunto, la economía, y en consecuencia, los contratos. Pudiendo extender a las normativas de emergencia dictadas en tiempos de aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) entendidas como hecho del soberano o fuerza del príncipe (prohibición de circular y trabajar Art. 1 y 2 del DNU 297/2020 y Art. 40 de la LCT).

La importancia que reviste el estudio del caso fortuito y fuerza mayor excede el marco del derecho común de los contratos, para instalarse como verdadero obstáculo epistemológico propio del derecho del trabajo. La doctrina jurídica especializada se encargó de deliberar sobre las circunstancias y motivos legales que tornan inválidos los acuerdos del Art. 223 bis de la LCT o los despidos por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor. Sin embargo, poco o nada se ha problematizado sobre la causales que dan lugar a dichas suspensiones y despido. La hipótesis está planteada: *¿Constituye el coronavirus (COVID-19) un caso de fuerza mayor? ¿Puede el deudor laboral (empleador) eximirse de su obligación contractual por fuerza mayor?*

Desde la teoría general de las obligaciones civiles y comerciales, y especialmente desde el derecho laboral, sostenemos que el coronavirus no constituye un hecho fortuito o de fuerza mayor.

---

\* Abogado laboralista (UNLP) y secretario del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados de La Plata (IDL-CALP).

1 El presente es una apretada síntesis de otro trabajo más extenso sobre la fuerza mayor en el contrato de trabajo en tiempos de pandemia. Ver GUTIERREZ GALENO, Facundo, "COVID-19 y la inexistencia de la fuerza mayor en el contrato de trabajo", Julio 2020.

## Definición legal de caso fortuito o fuerza mayor.

El *caso fortuito o fuerza mayor* se presente como un concepto dado, que en nuestro ordenamiento, como en el derecho comparado, ambos son utilizados indistintamente (como sinónimos) asignándoles los mismos efectos, definido como aquel evento *imprevisible e irresistible* que torna absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Funciona como un eximente de responsabilidad de la obligación surgida por el incumplimiento contractual.

Las características requeridas para su existencia son la imprevisibilidad (o que previsto no sea evitable), irresistibilidad, y que derive en la imposibilidad de cumplir la obligación adeudada. Esta imposibilidad física o jurídica deber ser absoluta, es decir, que lo pueda ser para cualquier persona y no solamente para el deudor<sup>2</sup>. Cierta vieja jurisprudencia manifestó

que ni la guerra podía ser considerada -ex ante- un hecho fortuito o fuerza mayor cuando crea dificultades que no son insalvables<sup>3</sup>. La liberación de la responsabilidad está dada en la medida de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, y en principio, esa imposibilidad debía ser absoluta, definitiva (duradera) y total (no parcial).

El Código Civil de Vélez (al igual que el actual Cód. Civil y Comercial) establecía los casos en que la fuerza mayor no eximía de responsabilidad. En primer lugar, no se eximía de responsabilidad cuando el caso fortuito se ha producido *después que el deudor estuviere constituido en mora (Art. 513)*, porque a partir de la mora, el deudor asume todos los riesgos de su incumplimiento. Luego, tampoco se eximía cuando el *deudor hubiere tomado a su cargo el caso fortuito (Art. 513)*, es decir, hubiera realizado un pacto de garantía, ni cuando el caso fortuito hubiera sido provocado por culpa del deudor,

ni cuando la ley pone a cargo del deudor el caso fortuito.

El instituto se ha mantenido en el nuevo Código Civil y Comercial con la idéntica definición, caracteres y efectos. El art. 1730 reproduce en los mismos términos el concepto y sus efectos jurídicos de caso fortuito y fuerza mayor establecido en el viejo código de Vélez<sup>4</sup>. Luego, en el Art. 1733 establece las excepciones a la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, al disponer que el deudor responderá de igual forma hubiere caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento (Art. 955 del CCyC), si: a) *el deudor hubiere asumido el cumplimiento aún en caso fortuito*, b) *si por una disposición legal resulta que no se libera*, c) *si está en mora*, d) *si el caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por la culpa*, e) *si constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad*, f) *si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito*.

Completa la regulación lo dis-

2 BORDA, Guillermo A., Op. cit.

3 C. Paz., Sala II, 5/3/1945, G.P., t.62, p. 13; Sala IV, 11/4/1945, G.P., t.62, p.109, citado por BORDA Guillermo en op.cot., Pág. 121.

4 Artículo 1730 CCC. - *Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos.*

puesto en el Art. 955 del CCyC que define la imposibilidad de cumplimiento, al establecer que se entenderá tal la que “sobreviene, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

Aclara que la imposibilidad temporaria sólo tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible (Art. 956).

Adviértase que para los civilistas ni siquiera el estado de necesidad puede eximir al deudor del cumplimiento de su obligación si genera un grave daño a un tercero. Sólo podría llegar a operar el estado de necesidad “extrema” cuando por su gravedad y carácter imprevisible e irresistible alcance para configurar (en el caso

concreto) el hecho fortuito o fuerza mayor<sup>5</sup> que torne imposible el cumplimiento de la obligación. Y no es para menos, ya que si se pudiera utilizarla de manera más permisiva los deudores civiles no tendrían necesidad de recurrir a la convocatoria de acreedores o a la quiebra.

### **El contrato de trabajo. Indemnidad y ajenidad del riesgo en la empresa.**

El nacimiento mismo del derecho laboral está vinculado a la limitación de la autonomía de la voluntad en los contratos por las normas derivadas del conflicto colectivo y el estado de necesidad. El principio de indemnidad se consolida en la necesidad de regular los daños derivados de los accidentes de trabajo, y con él, la regla de ajenidad del riesgo en la empresa. Fueron los franceses quienes desarrollaron la teoría del riesgo consagrándola como la primera norma occidental destinada a regular los accidentes de trabajo.

El catalán Juan Biale Massé, médico, arquitecto y jurista, fue quien defendió el contractualismo garantista del código civil de Vélez en polémica con los belgas y franceses. A su parecer, no hacía falta ninguna regulación especial para tutelar a los trabajadores frente a los accidentes de trabajo a mérito de la garantía de seguridad presente en los contratos de lucro personal. De esta forma, Biale entiende que la garantía de seguridad en una prestación de servicios estaba ínsita en la responsabilidad contractual derivada del Código Civil, y que ante el daño generado a un dependiente en ocasión de su contrato, debía ser indemnizado porque quien *“tiene el lucro, lo cómodo de la cosas, debe soportar lo incómodo, el riesgo”*.

Existe una íntima vinculación entre la teoría del riesgo profesional y el sistema objetivo en la atribución de responsabilidad. El nacimiento de nuestra disciplina jurídica se debe a ello, consagrando al principio de indemnidad como

<sup>5</sup> BORDA, Guillermo A., Op. cit, pág. 132.

columna vertebral del contrato de trabajo, y su regla derivada de la ajenidad del riesgo en la empresa. El criterio que lo inspira es aquel que determina que si el patrón se beneficia directamente de las utilidades de la industria, debe soportar el riesgo y los daños que genere aún frente a hechos de fuerza mayor o caso fortuito.

Como dijéramos, la recepción legal de la fuerza mayor y de la falta o disminución de trabajo como causales eximentes de responsabilidad emergentes del incumplimiento contractual (obligación patronal de dar ocupación y pagar salarios, o pago menguado de las indemnizaciones por despido) provoca inocultable tensión con los principios rectores de la disciplina. Eduardo Perugini<sup>6</sup> fue quien advirtió en forma temprana que la figura es inadmisibles en la disciplina en lo que debería ser el ámbito de una teoría general de las obligaciones laboral. Si admitimos que “la alimentaria – sostenía Perugini – es la principal finalidad del derecho del trabajo, y que esa finalidad queda cumplida de algu-

na forma con el aseguramiento de la remuneración y la estabilidad en el empleo”.

La fuerza mayor nació como un verdadero “estado de necesidad” tendiente a proteger al deudor en la relación civil o comercial, a favor del débil de la relación. Su surgimiento en el derecho romano, regulado como un estado de excepción, permitía a un capitán de navío exonerarse de la responsabilidad de entregar la mercancía comprometida ante una tempestad (y una real posibilidad de naufragio) que lo obligara a deshacerse de la misma para resguardar su vida. Una excepción al cumplimiento basada un clásico estado de necesidad, “una situación donde dos o más derechos o intereses legítimos colisionan y se resuelven por el sacrificio de uno de ellos en favor de otros”<sup>7</sup>. En el contrato de trabajo la pugna de derechos se debe resolver en favor del dependiente porque está en juego su existencia y su persona, mientras que el patrón sólo arriesga cuestiones económicas.

La fuerza mayor en el derecho civil se ampara en una interpreta-

ción estática y defensiva del deudor, derivada del favor debitoris, expresión latina que consagra la regla que en caso de duda, ante una obligación, habrá que decidir a favor del deudor. Por tal razón, no puede traspolarse de manera mecánica la figura de la fuerza mayor al contrato de trabajo, pues, en el derecho civil y comercial sus normas tiende a prestar atención (y en cierta forma proteger) al sujeto deudor, el débil de la relación. En cambio, en la relación jurídica laboral, el trabajador es la parte débil de la relación, el sujeto de preferente tutela constitucional cuya posición negocial lo convierte en “acreedor”.

El mal traslado de estas figuras al derecho de trabajo (y su contrato) sufre fuertes desviaciones que perjudican aún más al sujeto débil de la relación, cuya ley llama a tutelar. Como vimos, desde el derecho civil o comercial no cualquier acontecimiento puede ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor. En el derecho común se la utiliza como una exoneración de responsabilidad de carácter excep-

6 PERUGINI, Eduardo R., “La fuerza mayor en la ley de contrato de trabajo”, op.cit.

7 REZZONICO, Luis María, “*Estudio de las Obligaciones*”, Ed. Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1958, pág. 110, citado por PERUGINI Eduardo R., Op.cit.

cional y extremo. Ahora devenida en el contrato de trabajo, la figura se vuelve más laxa y permisiva, permitiendo suspender el pago de salarios al trabajador (y hasta el despido) sin necesidad de afectar el tráfico comercial del emprendimiento.

## Colorario

A modo de conclusión, debemos reiterar el concepto que nuestro derecho elabora del caso fortuito o fuerza mayor, entendiéndolo como aquel evento imprevisible e irresistible que torna absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación para el deudor (imprevisibilidad e irresistibilidad establecida en el Art. 1730 del C.C.C., y la imposibilidad objetiva, definitiva y absoluta del cumplimiento de la obligación del Art. 955 del C.C.C). Sin embargo, el deudor deberá responder aún bajo estos supuestos de caso fortuito o fuerza mayor cuando a) se hubiera asumido el cumplimiento, b) una disposición legal lo establezca, c) si se encuentra en

mora, d) si el hecho fortuito o fuerza mayor sobreviene por su culpa, e) constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad, y f) si está obligado como consecuencia de un hecho ilícito (Art. 1733 del C.C.C).

Como se advierte de la propia definición legal, la fuerza mayor aplicada al derecho del trabajo conlleva una irresoluble tensión sólo superable con su eliminación del contrato, porque la imposibilidad de cumplimiento (derivada del hecho imprevisto e irresistible) constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad. Por otra parte, cabe aclarar que la fuerza mayor es un concepto relacional que no puede abarcar circunstancias aisladas y generalizables ex ante del análisis del caso concreto. Por esta razón, no se puede afirmar prima facie que la COVID-19 es un hecho fortuito y de fuerza mayor.

La aparición de la pandemia es un acontecimiento imprevisto e irresistible pero, desde el punto de vista jurídico, no alcanza con esa circunstancia para definirlo como caso fortuito o de fuerza mayor.

Las circunstancias deben ser analizadas en cada caso concreto, en cada vínculo relacional, y cotejar si la obligación adeudada deviene imposible en forma absoluta, definitiva y duradera. No obstante, se deberá observar si el acontecimiento imprevisto e irresistible constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad (Art. 1733, inciso. e del C.C.C). Por estas consideraciones, la jurisprudencia de manera casi unánime tiende a rechazar los despidos por fuerza mayor.

En suma, coincidimos que la fuerza mayor es inexistente en el contrato de trabajo junto con la falta o disminución de trabajo, institutos mal trasladados al derecho del trabajo y que no tienen razón de ser en la relación laboral. Amén, de que la COVID-19 no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor que pueda eximir de responsabilidad al empleador en las obligaciones laborales.

**LA IGNORANCIA DE  
LAS LEYES NO SIRVE  
DE EXCUSA... Y EL  
DESCONOCIMIENTO  
DE LAS NUEVAS  
TECNOLOGÍAS  
TAMPOCO**

*por Gerardo R. Mosquera\**

**E**n todos los sistemas jurídicos se aplica, con mayor o menor exigencia, la regla de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. El ya derogado Código Civil incorporaba una presunción controvertida, de dudosa constitucionalidad, estableciendo en el art. 20 que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para incumplir con la obligación o el mandato que la norma contiene, salvo que expresamente se contemplara una excepción que autorice lo contrario. En consonancia con ello, el nuevo Código Civil y Comercial mantuvo dicha ficción que consiste en suponer que todos conocemos el texto de cada norma que es publicada en el Boletín Oficial cuando se sabe que ello es falso. Es indudable que la suposición impuesta por el legislador persigue otorgarle eficacia y

vigencia a cada disposición que se emite y ordenar la conducta de los ciudadanos, aunque la mayoría de éstos realmente no tenga noción alguna del contenido, finalidad y texto de esas reglas de conducta. Ahora bien, del mismo modo que cada habitante que se aparte del precepto legal o tenga un comportamiento contrario al mismo puede ser condenado, sancionado o ser sometido a un proceso judicial o un reclamo por parte del Estado o de otros ciudadanos, sin importar si conocía o no el plexo normativo establecido; los operadores jurídicos, quienes imparten justicia y en definitiva, todas aquellas personas que tienen poder de decisión sobre el funcionamiento del Poder Judicial, tienen la obligación de conocer las nuevas tecnologías existentes para resolver conflictos, así como para llevar a cabo audiencias, reconocimiento de lugares, identificación de personas, efectuar notificaciones, realizar reuniones, etc.. La obligación no es sólo conocerlas sino imple-

\* Abogado laboralista. Asesor letrado del Ministerio del Trabajo de la Prov. de Buenos Aires (Deleg. Reg. Saladillo) desde 1991. Egresado de Escuela judicial del Consejo de la Magistratura de la Prov. de Bs. As. Doctorando en el Doctorado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP. Mediador prejudicial. Autor de publicaciones en revistas jurídicas. Docente. Profesor de Derecho laboral, civil y penal en Escuela de Guardavidas de Saladillo. Ex asesor legal del Sindicato de Trabajadores Municipales de Saladillo. Ex asesor letrado de la Unión de Educadores Bonaerenses de Saladillo. Ex abogado de la Asesoría General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Ex abogado del Consejo de Reforma del Estado de la Provincia de Buenos Aires. Maestrando en Maestría de Mediación Internacional de Mediación, en resolución de conflictos y justicia restaurativa. Diplomatura superior en construcción de la ciudadanía. Diplomatura superior en herramientas didácticas - pedagógicas para la implementación de las tics en los procesos de enseñanza.



mentarlas de manera inmediata en todos los ámbitos de la justicia, incluyendo el fuero laboral. Paradójicamente, los ciudadanos conocen mucho más el funcionamiento de algunas aplicaciones como ocurre con Whatsapp, que el contenido de las leyes que regulan su conducta. Pese a ello y a la incipiente apertura producida por los tribunales cimeros de las distintas provincias, el fuero laboral continúa con un significativo retraso en la implementación de medios electrónicos, telemáticos y ni qué hablar de las aplicaciones más conocidas, cuyo uso ya resulta habitual en juzgados de paz, juzgados de familia y juzgados correccionales, entre otros. Celebramos las buenas intenciones de la Resolución 583/20 de la SCBA por la que se permite la realización de audiencias por medios telemáticos desde el estudio jurídico de cada abogado y la parte que representa en su caso (art. 4 inc. a), Anexo 1, Res. 583/20); y el impulso que se le otorga a las TICs para canalizar peticiones y actuaciones (art. 6, Anexo I), Res.cit.), pero lamentamos profundamente que se siga postergando el uso de los medios

telemáticos en los tribunales laborales, prohibiéndose expresamente la celebración de audiencias de vistas de causa mediante videoconferencias, no obstante que ello resulta posible. Peor aún, en algunos tribunales laborales platenses ni siquiera se habilita la notificación mediante carta documento, no obstante que el servicio del correo funciona a pleno. A la situación anterior -y más allá de que sostenemos que la ley 15.057 se encuentra vigente de manera plena, salvo en lo que respecta a los artículos referidos a los recursos de apelación ante las Cámaras del Trabajo que aún no están funcionando- se le agrega la inexplicable suspensión unilateral dispuesta por la SCBA respecto de la operatividad de dicha norma mediante la Resolución 3199/19, con la única excepción del art. 2 inc. j) y del art. 103 de ese cuerpo legal, privándose a las partes, a los letrados y a los propios jueces del trabajo de distintos instrumentos que harían posible la agilización de los trámites, su continuación y hasta su inicio. Ejemplos de ello es el hecho de que la ley 15.057 habilita al letrado a elegir el medio para notificar

la demanda, siendo el más adecuado, idóneo, rápido, efectivo y económico, la carta documento o telegrama, sin que pueda oponerse a ello el propio juez, ya que se trata de una facultad que la ley le otorga a las partes litigantes y que de ninguna manera puede coartar. Si a ello le sumamos que ya se encuentra funcionando el ingreso de demandas de manera absolutamente digital, debiendo acompañarse la documentación digitalizada, los magistrados del trabajo deberían facilitar la notificación mediante medios telegráficos, otorgándole a la parte demandada un plazo adicional para constituir domicilio legal y para que identifique y denuncie número móvil en el que disponga de la Apps Whatsapp, así como un correo electrónico, debiendo igualmente la parte actora brindar la misma información desde el comienzo de las actuaciones, a fin de que se pueda facilitar la entrega de copias, la notificación de resoluciones y la realización de videoconferencias o mediaciones on line. La misma ley 15.057 le otorga a los jueces la posibilidad de adoptar las medidas convenientes para el desarrollo del proceso y de disponer



que se realice cualquier diligencia para evitar la nulidad del procedimiento (art. 12). De allí, podemos inferir que mientras se encuentre resguardado el debido proceso legal, los principios de bilateralidad, defensa y congruencia, no podrían formularse prima facie planteos que tiendan a invalidar algún acto procesal, por el simple hecho de que se recurra a las nuevas tecnologías para poder llevar adelante el proceso, ya que también las partes y fundamentalmente los letrados, deben actuar con buena fe y lealtad (conf. art. 8 inc. 5, apartado g) y art. 57 de la ley 15.057; art. 275 LCT; arts. 34, 36 y 37 del CPCC) colaborando con los magistrados, bajo pena de ser sancionados por su inconducta o reticencia en hacer posible que la causa siga su curso pese a la pandemia, no pudiendo negarse sin una causa grave que lo justifique a tolerar o admitir la implementación de audiencias y notificaciones mediante vías no tradicionales a las expresamente previstas por la ley ritual, más allá de que las normas procesales ofrecen la flexibilidad suficiente para que la implementación de esas nuevas tecnologías

no requiera de mayores requisitos. Bastaría, en principio, con la conformidad de las partes, lo cual blindaría al proceso contra cualquier vicio que se pudiera oponer. Por tal motivo, resulta incomprensible que se hubieran limitado el ingreso de las causas laborales y su despacho únicamente a los temas urgentes, mediante las Resoluciones 480/20 y 583/20 de la SCBA, cuando como es lógico y de sentido común, en cualquier caso en que un trabajador, antes o después de la pandemia provocada por el coronavirus hubiera sido despedido, hubiera sufrido un accidente de trabajo o reclamara por salarios adeudados, entre tantas opciones, son urgentes por naturaleza y deberían tener la respectiva recepción y despacho por los tribunales del fuero laboral, del mismo modo que se continúan proveyendo las presentaciones de expedientes laborales que ya estaban en trámite. Como agravante al rechazo por parte de los tribunales laborales en recibir y dar curso a las demandas laborales iniciadas en este período, encontramos la absoluta falta de fundamentación en la decisión que desestima la

acción, haciendo mención simplemente a que la misma no reúne el carácter de urgente. Y a ello se le debe añadir, que por no tratarse de una resolución definitiva sería imposible plantear cualquier recurso extraordinario ante la SCBA, la que si a pesar de todo fuera factible, se convertiría en una cuestión abstracta si al momento en que el máximo tribunal tiene que decidir - y sabemos que se toma un tiempo más que prudencial - ya desaparecieron los motivos que impedían o limitaban el acceso a la justicia de los trabajadores con la excusa de que su reclamo, por lo general y salvo rarísimas excepciones - nunca es urgente y no merece por ello una respuesta inmediata. Todo pareciera ser una confabulación para que los trabajadores cuando más necesitan del auxilio, de la protección y de la tutela (que los propios tribunales consideran como preferente) se los condiciona para acceder a la justicia. A la reciente declaración de constitucionalidad de la ley de adhesión 14.997 a la ley 27.348 que impone la intervención previa de las Comisiones Médicas en los casos de accidentes o enfermedades laborales

por parte de la SCBA con fecha 13 de mayo de 2020 (autos: “MARCHE-TTI, Jorge Gabriel c/ Fiscalía del Estado de la Pcia. de Bs.As. Accidente de trabajo-acción especial”), se le agrega ahora la demostración de una prueba diabólica, que al mismo tiempo constituye un hecho notorio: la urgencia para acudir a la justicia como condición para la admisibilidad e impulso de la demanda. Nos preguntamos ¿acaso hay algo más urgente y desesperante que perder el empleo, y encima, no tener la posibilidad cierta de conseguir otro en un plazo breve para atemperar la crisis, la desolación y afrontar las necesidades imprescindibles para la propia vida del trabajador y la de su familia?

Existe un deber moral de conocer las herramientas tecnológicas que permitan brindar un mejor servicio al justiciable y una respuesta pronta a sus peticiones, y un deber jurídico en implementar las mismas. El desconocimiento o su falta de utilización de manera deliberada, a sabiendas de que con ello se puede obtener una mayor celeridad y economía procesal e incluso la resolución del conflicto de manera temprana, podría llevar al Estado a ser enjuiciado por los daños que dicha omisión le cause a quienes tiene el deber de brindarle amparo, ya que toda resolución judicial debe adecuar su contenido a la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos, los principios generales del derecho (art. 2,

CCyC), y muy especialmente, en el ámbito de la Provincia de Bs. As., a la Carta Magna que establece el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial continua y efectiva, la aplicación de los principios de indemnidad y progresividad en favor de los trabajadores y el deber de los jueces de cumplir con tales disposiciones (arts. 15, 39 inc. 3 y 57).- Si los tribunales no tienen la infraestructura o los recursos necesarios para implementar audiencias por medios telemáticos o simplemente desconocen cómo hacerlo, deberían invitar a las partes a que recurran voluntariamente a quienes tienen una vasta experiencia en resoluciones de conflictos en línea, como lo es ODR LATINOAMÉRICA, una red social sin fines de lucro, que investiga y difunde la manera de articular las nuevas tecnologías a la resolución de conflictos, para procurar alcanzar la paz y hacer posible los acuerdos, debiendo destacarse que dicha red ha sido declarada Embajada de Paz por la Fundación Mil Milenios de Paz de la UNESCO, y su director, Alberto Elisabetsky, Embajador de Paz. Dicha red social, cuenta con un registro de cyber mediadores especializados por materia que podrían facilitar la solución del conflicto, especialmente cuando el proceso está estancado y los tribunales se encuentran abarrotados de expedientes, con vistas de causas que deberían medirse en años luz por la exorbitancia del plazo en

que tienen lugar, las cuales suelen frustrarse incluso el día señalado. La anuencia de las partes en participar en una instancia o proceso no reglado que les permita exponer sus posiciones, sus intereses y necesidades, de manera virtual, constituiría una típica medida para mejor proveer por parte del magistrado, avalada por el carácter pragmático de las normas procesales, a la que el juez puede recurrir para impulsar el proceso, o mejor aún, para procurar darle a las partes y en particular al trabajador, una vía alternativa cuando la tradicional y natural se encuentra obstruida por la acumulación de causas, la falta de recursos humanos y materiales, el desinterés y desidia en algunos casos y la coyuntura que se vive. En algunos circunstancias, ese camino colateral es menos violento y más efectivo que tener que negociar bajo el condicionamiento impuesto por el sistema judicial, en la que el proceso parece no tener fin y cuando éste se acerca, una nueva eventualidad lo prolonga, o bien, se le impone casi a la fuerza un acuerdo al trabajador, quien para entonces no sólo no tiene más fuerzas para luchar, se desconoce el paradero de los testigos o éstos se han olvidado de los hechos sobre los que debían declarar y su necesidad ha crecido de tal modo que ninguna suma le repara el daño o le compensa las pérdidas sufridas.

---

VIII

# EL ROL DE LOS COMITES MIXTOS FRENTE A LA PANDEMIA

¿Por qué las personas que distribuyen comida siguen trabajando a pesar de que ello las expone más que a quien solo la recibe?

Con demasiada frecuencia, la elección es entre arriesgarse a la enfermedad, e incluso a la muerte, o perder el empleo. Esta brutal elección que deben hacer los trabajadores, forma parte también de los rastros que lleva consigo el objeto, el rastro del trabajo que ahora potencialmente contiene el rastro del virus (Judith Butler, "Rastros humanos en las superficies del mundo")

por *María Paula Lozano\**

## **I. La pandemia, el ASPO y los conflictos suscitados.**

El 11/3/2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus – COVID 19- como una pandemia. A la brevedad, nuestro país dispuso una cuarentena estricta<sup>1</sup>, el “aislamiento social preventivo y obligatorio”<sup>2</sup> como regla y la excepción para las actividades y servicios denominados “esenciales”<sup>3</sup>.

La circulación de personas expone al contagio y la única medida efectiva es el aislamiento social. El cuerpo de la persona que trabaja

constituye “el riesgo”.

La gravísima crisis mundial, regional y nacional provocada por la pandemia, puso de manifiesto el rol insustituible de los sistema público de salud y la necesidad de proteger a las personas y a la sociedad por sobre el interés del mercado, cumpliendo con la manda constitucional del art. 14 bis CN y el seguro social obligatorio, que incluye, el subsistema de riesgos del trabajo.

Se han suscitado diversos conflictos laborales durante el aislamiento. A modo de ejemplo, empleadores que no respetaron el ASPO forzando a trabajar en actividades no exceptuadas, reclamos para que se otorguen las distintas licencias - grupos de riesgo, embarazadas, cuidado de hijas e hijos en edad escolar, etc.-, problemas en el pago de la remuneración, re-

clamos por condiciones de trabajo seguras, respeto a los protocolos, provisión de elementos de protección personal adecuados - barbijo 95, alcohol en gel, limpieza, etc.-, despidos<sup>4</sup>, aspectos vinculados a la jornada, incumplimiento de la jornada en el trabajo remoto, etc.

Por otra parte, la cuarentena tuvo un impacto diferenciado por razón de géneros, en perjuicio de mujeres y diversidades, agravando las asimetrías preexistentes<sup>5</sup>. Existe una sobre representación de mujeres en actividades que asisten a las víctimas de la pandemia (salud y cuidado de personas), mayor presencia de mujeres en los sectores más afectados por el ASPO (comercio, turismo, hostelería, entre otras). La precariedad e informalidad laboral afecta a mujeres en mayor grado, limitando el acceso al ingreso. Y la imposición de la modalidad de teletrabajo – o traba-

\* Abogada y Licenciada en Sociología. Profesora adjunta en Derecho Social - UNLP, Secretaria general de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas

1 A nivel mundial, la pandemia del coronavirus provocó la semi paralización de la economía y la afectación de la reproducción del sistema capitalista, siendo expresión de la globalización. Se instaló una falsa dicotomía, entre “salud” y “economía”. Tanto los países que dictaron estrictas cuarentenas como aquellos que intentaron mantener la actividad económica, sufrieron drásticos daños en su economía.

2 ASPO.

3 Dec. 297/2020 y sucesivas prórrogas. Luego se fueron ampliando las actividades según la jurisdicción y la fase de la pandemia. Por razones de espacio, no voy a hacer un resumen de la profusa normativa de emergencia dictada.

4 Pese a la expresa prohibición de los despidos por los Dec, 329/2020 y 487/2020, en varios casos, se ha incumplido con la normativa.

5 Nota Técnica OIT. La Covid-19 y el Mundo del Trabajo en la Argentina.

jo remoto - a causa de la cuarentena también ha afectado más a las mujeres, extendiéndose la jornada en muchos casos y diluyendo los límites entre trabajo productivo y reproductivo. La carga de trabajo no remunerado en el hogar se ha multiplicado por el cierre de escuelas y espacios comunitarios de cuidado, recayendo mayormente sobre mujeres e impactando en su integridad psicofísica. Este aspecto constituye la base de múltiples desigualdades.

## 2. La exposición a riesgos

Las trabajadoras y los trabajadores dispensados del ASPO – que deben “salir” a trabajar - se exponen a riesgos ante la pandemia existente. La ley 19.587 sostiene que todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores (art. 8). La LRT 24.557 establece que es objetivo de la ley reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo (art. 1, inc. 2, a), asimismo, obliga a los empleadores y a las ART adoptar

las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4).

A estas normas básicas, entre otras, que consagran el deber de prevención y la obligación de seguridad en el contrato de trabajo, se suman múltiples protocolos de cumplimiento obligatorio para evitar el contagio de la COVID-19 de acuerdo a zonas y actividades.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo ha dictado distintas normas (Res. SRT 29/2020, Disp. SRT 5/2020, etc.). El Ministerio de Salud ha establecido Recomendaciones especiales para trabajos exceptuados del cumplimiento del ASPO. Y en la Provincia de Buenos Aires, rige la Res. 135 del Ministerio de Trabajo, de cumplimiento obligatorio, entre otras regulaciones.

El reconocimiento de la COVID-19 presuntivamente como enfermedad profesional “no listada” – DNU 367/2020 – se ha mostrado insuficiente y la reglamentación de la SRT es restrictiva – res. SRT 38/2020 - poniendo obstáculos a los trabajadores que contraen coronavirus para obtener las prestaciones y la atención integral de

su afección. El sistema de riesgos del trabajo vigente no cubre debidamente los riesgos psicosociales ni las enfermedades laborales en general<sup>6</sup>.

## 3. La salud laboral y la acción colectiva.

La salud en el trabajo es un proceso de equilibrio histórico, social y colectivo. Es en el proceso de trabajo con sus condiciones sobre el que debemos cotidianamente luchar por la indemnidad. Las consecuencias recaen sobre el conjunto de la sociedad. Y hoy queda más claro que nunca.

¿Cuáles son las herramientas que tienen las y los trabajadores frente a los incumplimientos patronales y a los conflictos que se suscitan respecto a las condiciones laborales? Frente a la pandemia, el principio de indemnidad, constitutivo del derecho social, se redimensiona. Por un lado, a nivel contractual,

6 Normas que no profundizaré ahora. Sin duda que urge una reforma del sistema de enfermedades profesionales vigente que incluya los riesgos psicosociales y cumpla con los estándares establecidos en el Convenio 155 OIT y su Protocolo del año 2002, y Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164), que establecen “...el término enfermedad profesional designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral”.

existe el derecho a retener tareas. Se encuentra consagrado en el art. 75 LCT donde se afirma que la persona que trabaja podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación. También lo encontramos en los arts. 1030 y 1031 CCC, como excepción de incumplimiento contractual. Por otra parte, tenemos el rol primordial e indelegable de la autoridad de aplicación - Ministerio de Trabajo, delegaciones locales, etc.- en sus distintos niveles, para controlar, inspeccionar y sancionar en su caso, la falta de cumplimiento de la normativa de salud y seguridad.

Pero fundamentalmente, la acción colectiva es la herramienta más idónea.

Según el art. 3 LAS 23.551, la acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador. Afirma que “se entiende por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo”.

Y frente a las restricciones a la po-

sibilidad de circular y las dificultades del ejercicio de la acción sindical en el contexto de aislamiento, el rol de del Comité Mixto en Salud y Seguridad Laboral en el establecimiento, se vuelve fundamental. Mediante la acción de los Comités Mixtos, los delegados de prevención o - en caso que no lo hubiera - de las y los delegados de base, se debe participar, opinar y exigir la adopción de todas las medidas adecuadas a fin de evitar los contagios y preservar la integridad psicofísica de los trabajadores. Especialmente en un contexto donde salir a trabajar, constituye un riesgo.

Corresponde tener presente que además de las funciones expresamente reconocidas a los delegados de base en el art. 43 de la ley 23.551, en materia de seguridad y salud, hay otras específicas: cooperar con el empleador en la elaboración y puesta en práctica de los programas de prevención de riesgos laborales; (art. 52 de la Res. N° 311/03 SRT); ser informado, antes de la puesta en práctica, de toda aquella innovación en materia de métodos de trabajo, herramientas y materias primas, en cuanto pueda tener incidencia en la salud y seguridad en el tra-

bajo; (art. 213 Anexo I Decreto N° 351/79); presenciar las inspecciones de la autoridad de aplicación y tomar conocimiento del acta; (disposición N° 79/87 DNHST); acceder a los distintos puestos y lugares de trabajo con el fin de conocer y analizar los riesgos existentes (art. 30 inc. g), decreto N° 170/96); investigar las causas y circunstancias de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales y proponer las medidas necesarias para evitar su repetición; (resoluciones SRT N° 1721/04 y N° 1392/05, Anexo, punto 5); informar al empleador y a la ART sobre los incumplimientos a la ley, sus reglamentos y de toda otra circunstancia que pueda poner en peligro la salud y seguridad laboral; (art. 31, inc. 3, a) Ley N° 24.557 y art. 31 decreto N° 170/96); fomentar la adopción de códigos de buenas prácticas y normas de gestión de prevención, salud y seguridad en el trabajo (art. 30 inc. g) decreto N° 170/96)<sup>7</sup>, entre otras.

7 San Juan, Claudio Aníbal, “Participación de los trabajadores en materia de salud y seguridad en el trabajo en Argentina. Una actualización”, p. 27, Buenos Aires, 2016, 120 pág., ISBN: en trámite, <http://claudiosanjuan.blogspot.com>

#### 4. Los Comités Mixtos.

Los Comités Mixtos son una instancia paritaria, de funcionamiento permanente, en materia de salud y seguridad laboral. Está integrado por la parte empleadora y la parte sindical, en igual número de personas. Su objetivo es evitar los accidentes y las enfermedades laborales<sup>8</sup>. Son las y los trabajadores, quienes están en contacto directo con el proceso productivo y conocen mejor que nadie a qué riesgos se exponen, quienes podrán ejercer la autotutela colectiva para preservar su salud y vida. En la Provincia de Santa Fe rige la ley 12.913 desde el año 2008 y es obligación la constitución de los Comités de Salud y Seguridad en los ámbitos de trabajo. Asimismo en la Provincia de Buenos Aires, está vigente la ley 14.408. No obstante, a nivel nacional no existe una legislación similar, salvo algunos convenios colectivos de trabajo que consagran esta herramienta (minería, televisión por cable, aceiteros, etc.).

En la PBA, la ley 14.408 sobre Co-

mités Mixtos de Salud, Higiene y Seguridad en el Empleo y su decreto reglamentario 801/14<sup>9</sup>, establece la obligación de constituir el comité mixto en cada establecimiento donde trabajen 50 trabajadores o más. Si trabajan entre 10 y 50 trabajadores, tiene que haber un delegado de prevención como mínimo. Ese comité tiene una integración tanto por parte de los trabajadores como de los empleadores, en similar número<sup>10</sup>.

Los delegados de prevención tienen una tutela similar a los delegados gremiales, conforme los arts. 48 a 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales.

El artículo 8° de la ley 14.408 considera como infracciones legalmente punibles y sancionables con multa a las conductas del empleador dirigidas a impedir u obstaculizar la conformación y funcionamiento de los Comités.

El empleador deberá informar al Comité, con no menos de 20 días hábiles antes, cualquier cambio

que proyecte introducir en el proceso productivo que pueda repercutir en el ambiente laboral y afectar la seguridad de las personas que trabajan.

El Comité deberá ser informado de la realización de inspecciones, evaluaciones y relevamientos técnicos y de sus resultados, recomendaciones e intimaciones referentes a las condiciones y medio ambiente de trabajo efectuados en el establecimiento por parte de la Autoridad de Aplicación, la ART y los Servicios de Medicina Legal, Seguridad e Higiene del empleador.

El Comité tiene una multiplicidad de facultades. Es un espacio de información. Puede exigir a la empresa se le informe sobre cómo se lleva a cabo la producción, actividad o servicios, cómo se invierten los recursos, cuál es el presupuesto se destina a salud, cómo son las capacitaciones, en qué temas, quiénes las dan y poder participar en las mismas. Asimismo sus miembros deben tener libre acceso a todas las instalaciones, tienen derecho a ingresar y circular libremente por los diversos sectores. El Comité tiene un rol de participación, pero también puede crear

<sup>9</sup> Asimismo, se encuentra vigente la ley 14.226 de creación de la Comisión Mixta de Salud y Seguridad en el Empleo Público (COMISASEP) en la provincia de Buenos Aires (Boletín Oficial 25 de enero de 2011).

<sup>10</sup> La ley provincial establece, como parámetro de cantidad, lo que marca la LAS 23.551: un delegado o delegada de 10 a 50 trabajadores; entre 50 y 100 trabajadores son dos, y a partir de 101, un delegado o delegada más.

<sup>8</sup> Censi Luciana y Lozano María Paula, "La ley 14.408 y los comités mixtos en la Provincia de Buenos Aires", marzo 2016, <https://periodicoelroble.wordpress.com/2016/06/29/la-ley-14-408-y-los-comites-mixtos-en-la-provincia-de-buenos-aires/>

normas. Se va a dar su propio reglamento interno de funcionamiento, que puede regular cuestiones no previstas en las leyes. Por ejemplo, garantizar que ante una situación de riesgo el Comité decida parar la producción. Es importante resaltar esto, más allá de lo que está en la legislación: a los trabajadores - en forma individual, si no lo hacen colectivamente - les es muy difícil ejercer este derecho consagrado en la ley.

Tienen diversas funciones, no taxativas: el libre acceso al establecimiento; proponer cambios; crear normativas; intervenir y decidir en el tema; tiene poder de veto ante la empresa; vigilancia y control; inspección y observación. Y disponer realizar con las y los trabajadores del lugar, un Mapa de Riesgos.

La ley 14.408 dispone que los representantes de los trabajadores sean las mismas personas ya elegidas como delegados de base. Pero existiendo acuerdo entre las partes, el Comité podría llegar a ser integrado por trabajadores que no sean los mismos delegados de personal, debiendo notificar fehacientemente al empleador de la elección de dichas personas para ocupar esos

cargos.

Y con relación a la responsabilidad frente al siniestro laboral, ambas leyes provinciales - Buenos Aires y Santa Fe - sostienen que la responsabilidad primaria de un accidente sigue siendo tanto del empleador como de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo. El Comité no sustituye ni al empleador ni al Estado ni a la ART en sus responsabilidades.

Tal como sostiene Vogel, en el ámbito de la salud laboral, la acción colectiva ha precedido normalmente al conocimiento teórico.

Este conocimiento se ha ido construyendo mediante una relación compleja entre las estrategias de lucha en materia de salud llevadas a cabo por las trabajadoras y los trabajadores. A veces ha supuesto un impulso decisivo para la lucha y a menudo se ha nutrido de ésta. Normalmente ha servido de puente entre la acción social efectuada por las trabajadoras y los trabajadores y las instituciones, principalmente el Estado. Tal mediación ha tomado distintas formas: desde la transmisión de necesidades hasta su ocultación, desde la legitimación de la lucha hasta la culpabili-

zación de las víctimas<sup>11</sup>.

En un momento de grave crisis sanitaria y emergencia, con consecuencias drásticas en lo económico y social, existe un riesgo de retorno a la “unilateralidad” patronal, aspiración que siempre está presente en el sector empresarial. Con lo cual, la acción sindical y la reafirmación de la dimensión colectiva, es de vital importancia. La mayor participación de las y los trabajadores, sobre la base del cuidado y la evitación de los daños en la salud laboral, va a redundar en beneficio para todas las partes, ya que es la forma más eficaz de reducir los riesgos laborales. Especialmente, en momentos de pandemia.

11 Laurent Vogel, “La salud de la mujer trabajadora en Europa. Desigualdades no reconocidas”, Edita: Instituto Sindical de Trabajo Ambiente y Salud Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), Traducción: Paco Rodríguez y Sergio España, p. 33, Paralelo Edición, SA, Depósito legal: M-21128-2006.

**LA RESPONSABILIDAD  
SOLIDARIA DEL ART.  
30 DE LA LCT FRENTE  
A LA SANCIÓN DEL  
ART. 132 BIS DE LA LCT**

por Antonio Orsini\*

**E**n el presente trabajo se analizará la posibilidad de hacer extensiva la condena impuesta al empleador en los términos del art. 132 bis de la LCT, por retención indebida de los aportes del trabajador destinados a la Seguridad Social, a los sujetos alcanzados por el régimen de responsabilidad solidaria previsto por el art. 30 de la LCT.

Para ello tendremos en cuenta que frente a la tarea de interpretar un texto legal, el art. 2° del Cód. Civil y Comercial nos manda acudir a las palabras de la ley y a sus finalidades, sin que se pierdan de vista las disposiciones contenidas en los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, todo ello de modo coherente con el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto.

Si bien la norma no establece un orden jerárquico de las pautas hermenéuticas que recepta, un conocido principio interpretativo nos indica que si un texto legal resulta suficientemente claro y en la medida que ello sea posible, el in-

térprete o el juez deben abstenerse de mayores indagaciones<sup>1</sup>.

En esta línea, intentaremos exponer el tema que nos ocupa desde lo que surge de la literalidad de las palabras de las normas involucradas (principalmente los arts. 30 y 132 bis de la LCT) y veremos cómo éstas operan entre sí sin presentar discordancia con su significado final dada su claridad, sencillez y univocidad. Observaremos también que el resultado obtenido se condice con la finalidad perseguida por las normas analizadas, en la cual también indagaremos sutilmente.

De manera simplificada podemos decir que el art. 132 bis estipula una sanción conminatoria mensual que recae sobre el empleador que incurre en la llamada “retención indebida” al trabajador de las sumas destinadas a los organismos de la Seguridad Social. La figura exige, por parte del empleador, que éste haya retenido aportes a cargo del trabajador con destino a los organismos de la Seguridad Social y que, al momento de extin-

guirse el contrato de trabajo, no los haya depositado -total o parcialmente- a los organismos a que estuvieren destinados<sup>2</sup>.

Por su parte, el art. 30 de la LCT trata del caso en que el empresario principal decide ejercer su actividad por medio de otra persona, la cual reviste el carácter de empleador. La norma contempla dos supuestos distintos: a) cuando el principal-cedente cede total o parcialmente a otro (empleador-cesionario) el establecimiento o explotación habilitado a su nombre; b) cuando el principal-contratante contrata o subcontrata con otro (empleador-contratista/subcontratista) trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal

<sup>2</sup> Si bien la sanción prevista por el art. 132 bis también se impone frente a la retención indebida por parte del empleador de otras sumas que se encuentran a cargo del trabajador (la norma enumera “cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades”), en este trabajo sólo nos ocuparemos de la retención indebida de aportes de la Seguridad Social dado que, de acuerdo con la redacción del art. 30, entendemos que ése es el único supuesto de los mencionados por el art. 132 bis que puede activar la responsabilidad solidaria que regula aquella norma.

<sup>1</sup> Se trata del aforismo plasmado bajo la fórmula *in claris non fit interpretatio*.

\* Abogado-UNLP, Magíster en Derecho Tributario-Universidad Torcuato Di Tella, Secretario del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados de La Plata.

y específica propia del establecimiento. En ambos casos el art. 30 impone al principal el control sobre el empleador (sea éste cesionario, contratista o subcontratista) del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de Seguridad Social. Esta obligación de control es indelegable y frente al incumplimiento de la misma por parte del principal se activa su responsabilidad solidaria por las obligaciones del empleador “que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”. A su vez, en el entendimiento mayoritario de la doctrina, la responsabilidad del principal es objetiva<sup>3</sup>.

Ahora bien, puestos a discernir cómo opera la relación entre estas dos normas (los arts. 30 y 132 bis de la LCT) y, en definitiva, si es posible que se active la responsabilidad solidaria del principal-cedente o del principal-contratante cuando el empleador es condenado por la retención indebida de aportes de la Seguridad Social, hemos de poner de resalto un específico deber

de control que recae sobre el principal. El art. 30 coloca en cabeza suya la específica obligación de vigilar el cumplimiento por parte del empleador (sea cesionario, contratista o subcontratista) de las obligaciones de la Seguridad Social que tiene en relación con sus dependientes, al establecer que el principal **“deberá exigir además a sus cesionarios o subcontratistas (...) copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social”**.

La norma es diáfana en cuanto impone un concreto deber de control en cabeza del principal y le asigna una consecuencia no menos concreta a la falta de cumplimiento de ese deber de control: su responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones de la Seguridad Social incumplidas por el empleador<sup>4</sup>. La decisión de convertir en responsable solidario al principal por la sanción impuesta al empleador en los términos del art. 132 bis no es caprichosa ni antojadiza: el principal (sea cedente

o contratante) obtiene utilidades de la actividad desarrollada por el empleador intermediario, no siendo en absoluto extraño a éste. Se dice incluso que esta responsabilidad solidaria es un mecanismo instituido para que el principal absorba los riesgos que se derivan de la delegación efectuada en favor del intermediario<sup>5</sup>.

Es importante aclarar que la responsabilidad solidaria establecida por el art. 30 de la LCT siempre recae sobre un sujeto que no es el empleador, siendo por lo tanto evidente que mal podría exigirse para su operatividad que sea el principal solidario quien haya efectuado las retenciones. Primero porque al no ser éste quien abona las remuneraciones, sino el empleador, ello sería materialmente imposible. Pero además porque si tuviera que fiscalizar el depósito de las sumas que hubiera retenido, ello supondría el contrasentido de imponerle al principal un deber de control sobre sí mismo.

El relevamiento de la normativa laboral relativa a nuestra temática

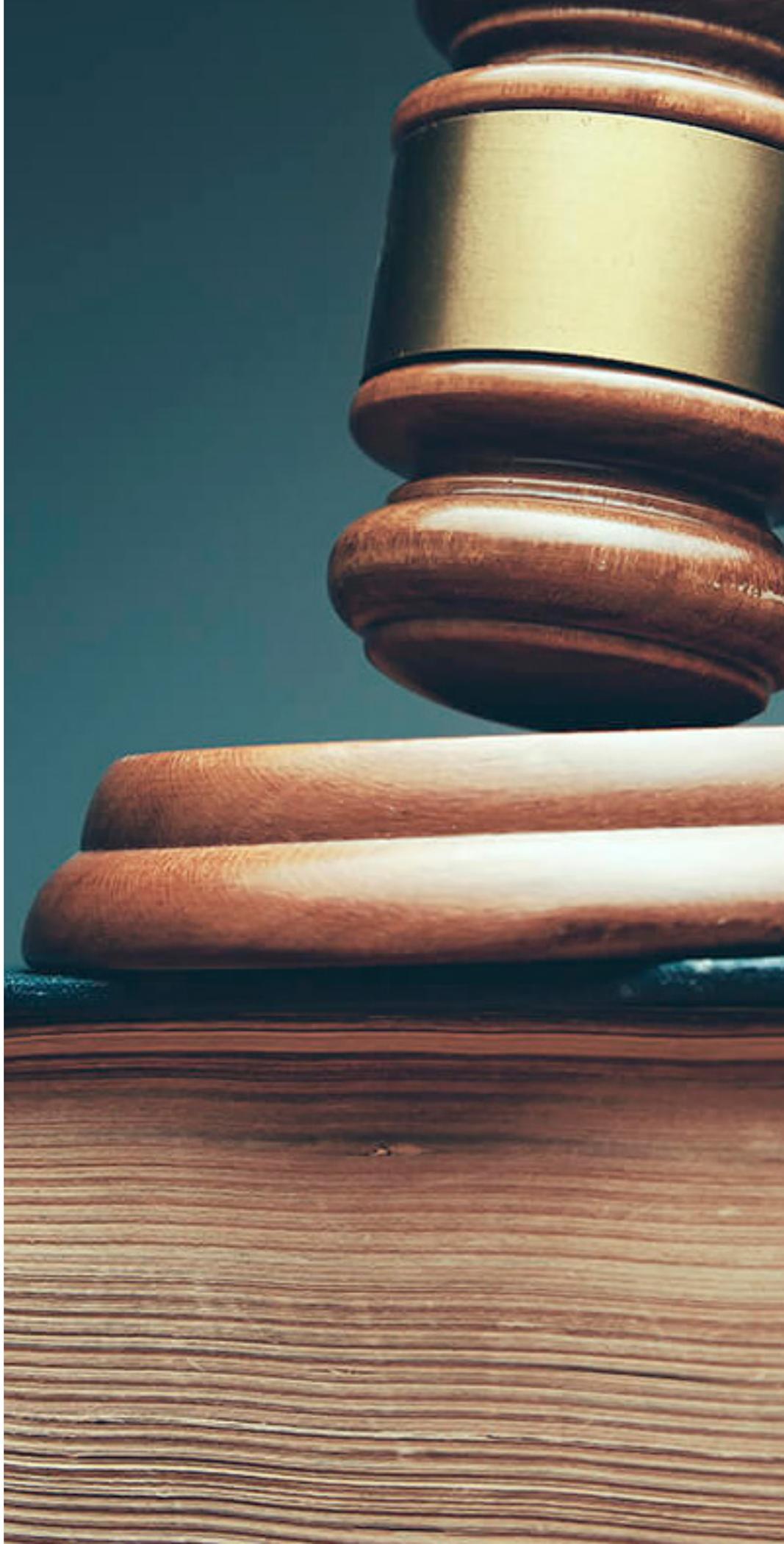
3 Aclaremos que los supuestos que contempla el art. 30 de la LCT consisten en maniobras lícitas, de modo que la solidaridad allí prevista no requiere para su operatividad la existencia de fraude, extremo cuya acreditación en juicio por parte del trabajador muchas veces es dificultosa. “La responsabilidad solidaria contempla a cesionarios, contratistas o subcontratistas auténticos, y no a ‘hombres de paja’ o seudempleadores que están contemplados por el art. 29 del mismo cuerpo legal. Es decir que la responsabilidad solidaria del art. 30 de la L.C.T. se configura en presencia de una cesión, contratación o subcontratación con empresas reales” (Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado práctico de derecho del trabajo: 3a edición actualizada y ampliada, La Ley, 2007, t. 2, pág. 1039).

4 “El segundo párrafo del art. 30 de la ley laboral prescribe en forma expresa que los cedentes o contratistas deben exigir al cesionario ‘copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social’, obligación flagrantemente incumplida (...) Luego, no albergo dudas acerca de que la codemandada es solidariamente responsable con la empleadora de la actora por los créditos laborales declarados en esta sentencia [sin perjuicio de la amplitud de esta última afirmación, destacamos que en este pasaje de la sentencia se estaba analizando la condena solidaria al principal respecto de la sanción conminatoria del art. 132 bis], toda vez que -de un lado- delegó en un tercero la explotación de su establecimiento y -del otro- no cumplió con la indelegable función de control que el art. 30 de la L.C.T. impone en cabeza de quienes tercerizan ese tipo de actividades” - Alzugaray Scurini, Sabrina Noel c/Club Hípico de La Plata y otro/a s/Despido, Expte. N° 35.630/12, Trib. del Trabajo N° 2 de La Plata, Sent. del 26/02/2019 (Orsini – Elorriaga – Núñez).

5 Fernández Madrid, Juan Carlos, ob. cit., t. 2, pág. 1039. En el mismo sentido, jurisprudencialmente se dijo que “al delegar una actividad propia y seleccionar al cesionario, el club codemandado asumió el riesgo de la insolvencia de aquél” - Alzugaray Scurini, Sabrina Noel c/Club Hípico de La Plata y otro/a s/Despido, Expte. N° 35.630/12, Trib. del Trabajo N° 2 de La Plata, fallo cit.

concluye con una facultad que se otorga al principal-contratante (no así, en cambio, al principal-cedente). La encontramos en el art. 136 de la LCT, que autoriza al principal-contratante a retener, de lo que deba percibir el contratista, las sumas que éste adeudare a los organismos de Seguridad Social. Esta prerrogativa se complementa con el deber del principal de depositar ante esos organismos las sumas retenidas dentro de los 15 días de efectuada la retención. La solución es razonable –se ha dicho– y refuerza la garantía resultante de la solidaridad que impone el art. 30, al permitir que sin necesidad de disposición judicial alguna (y sin que sea necesaria la existencia de mora) el empresario principal solidario que ha tenido a su alcance las registraciones laborales y las constancias pertinentes a los pagos previsionales efectuados, abone las prestaciones adeudadas con fondos que tenga a disposición, de propiedad del contratista<sup>6</sup>. Hasta aquí todo indicaría que no debería haber inconvenientes para que el principal fuera condenado solidariamente por la sanción im-

6 López – Centeno - Fernández Madrid, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Ed. Contabilidad Moderna – Buenos Aires, 1978, t. II, pág. 557.



puesta al empleador en los términos del art. 132 bis. Sin embargo, en nuestra doctrina y jurisprudencia muchas veces se alega la naturaleza penal de esta sanción y luego, como derivación del principio de personalidad de la pena, se razona que para que el principal pueda ser responsabilizado solidariamente, debe él mismo haber efectuado y no depositado las retenciones. Como conclusión forzosa de ello se deriva, naturalmente, que no es posible responsabilizar al principal<sup>7</sup>. De acuerdo con lo que ya dijimos, es fácil advertir que esta postura, al no admitir que la responsabilidad por la sanción del art. 132 bis pueda ser extendi-

7 Se transcriben a continuación dos precedentes donde se arribó a esa conclusión *contra legem* (si bien en ambos casos, aclaramos, no se desactivó por inconstitucional el régimen de solidaridad impuesto por el art. 30): “La sanción conminatoria que dispone el art. 132 bis, en definitiva es una cláusula penal que se impone al empleador por no efectuar el ingreso de los aportes del trabajador a los organismos respectivos. De ello el a quo concluye que no puede considerarse a la codemandada Telefónica Comunicaciones Personales S.A. responsable solidario dado que no reviste el carácter de agente de retención (...) al decidir liberar a la condenada solidaria de la responsabilidad en cuestión, el Tribunal evaluó la naturaleza de la obligación -sanción conminatoria- y consecuentemente consideró que la interpretación al respecto debía ser restrictiva, análisis que como es posible advertir lejos está de resultar contradictorio” – Sanz, Norberto Rafael c/Sercova S.A. y otros - Cobro de pesos laboral s/Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad, Corte Suprema de Justicia, Santa Fe, Sent. del 04/07/2007, Secretaría de Informática del Poder Judicial de Santa Fe; 00443/2006 RC J 3688/95. Más recientemente, también se dijo que “el art. 132 bis, en tanto parte de una disvaliosa conducta atribuida al empleador, cual es la de retener sumas de los haberes del trabajador sin ingresarlas a los organismos de la seguridad social, o dicho de otro modo, apropiarse indebidamente de fondos, no admite involucrar al eventual solidario. Ello, en tanto el carácter conminatorio de la sanción, da cuenta de una pena que la ley establece en beneficio del dependiente, de la que solo ha de ser pasible quien efectuó la retención” – Carino, Joel Hernán c/Tecsycom S.A. y otro/a s/Despido, Expte. 32.256, Trib. del Trabajo N° 3 de La Plata, Sent. del 18/12/2017 (Gramuglia – Badi).

da a un sujeto distinto de aquél que retuvo y omitió el ingreso de los fondos retenidos (el cual no puede ser otro que el empleador), importa la virtual derogación del régimen de solidaridad del art. 30 frente a la sanción del art. 132 bis.

Frente a ello, en primer lugar podemos señalar que si la responsabilidad del principal solidario tuviera naturaleza penal, no debería admitirse válidamente –como se hace– que éste luego pudiera repetir del empleador el pago que efectuó en favor del trabajador con relación a la sanción del art. 132 bis. En cambio, entendemos que la acción de regreso que tiene a su disposición el principal es de toda lógica porque su fundamento último radica, en el marco de su relación de derecho privado con el empleador, en la evitación del enriquecimiento injusto por parte de éste.

Desde nuestra óptica la responsabilidad solidaria del principal debe ser entendida como un aseguramiento del efectivo cumplimiento de la sanción patrimonial prevista por el art. 132 bis. Ello es conteste con la finalidad perseguida a través de las distintas normas de la Ley de Contrato de Trabajo ya examinadas, tendientes en última instancia a preservar el financiamiento del sistema de la Seguridad Social.

A su vez, si consideramos al ordenamiento jurídico en su conjunto (conf. art. 2 del Código Civil y Comercial), ello es coherente con el principio de solidaridad rector en nuestro sistema de Seguridad Social<sup>8</sup>. Y la finalidad señalada surge más patente aún cuando repara-

8 De modo resumido podemos decir que este principio está orientado a que nuestro sistema de Seguridad Social se financie a través de los aportes y contribuciones que realizan los trabajadores y empleadores de acuerdo con sus posibilidades.





mos en que también para resguardar las cuentas de la Seguridad Social, en el ámbito del derecho penal tributario se encuentra tipificada como delito la “apropiación indebida de recursos de la Seguridad Social”, a la cual se asigna la pena de prisión cuando los importes retenidos y no ingresados alcanzan cierta cuantía (conf. art. 279 de la ley 27.430)<sup>9</sup>.

Sin pretender agotar el tema en este reducido espacio, dejaremos asentado aquí –por más evidente que parezca– que la deuda contraída por el empleador con los organismos de la Seguridad Social por la falta de depósito de los aportes retenidos al trabajador es de Derecho público, mientras que la que el empleador contrae con éste a partir de la sanción que le es impuesta judicialmente por aplicación del art. 132 bis es de Derecho privado. Evidentemente, la deuda del principal solidario frente al trabajador también es de Derecho privado. A ello podemos añadir que la responsabilidad del empleador es de carácter contractual, mientras que la del principal es extracontractual (dado que éste no es parte del contrato de trabajo, el cual se anuda entre el trabajador y el empleador) y que en verdad estamos ante un supuesto de obligaciones concurrentes y no solidarias, por cuanto la fuente de la responsabilidad de los sujetos es

distinta<sup>10</sup>.

Desde este marco de análisis, la responsabilidad solidaria del principal con respecto a la sanción del art. 132 tiene grandes similitudes, más que con una responsabilidad de índole penal, con los supuestos de “Responsabilidad civil por el hecho de terceros” que regulan los arts. 1753 a 1756 del Código Civil y Comercial, en tanto uno de los sujetos –el empleador que es condenado por el art. 132 bis– responde patrimonialmente y de manera directa por hecho propio (e incluso penalmente, cuando el monto retenido y no ingresado supera un determinado importe), mientras que el otro sujeto –el principal que es responsabilizado en los términos del art. 30– responde solidariamente por el hecho de aquél y de forma exclusivamente patrimonial.

Por lo tanto, llegados hasta aquí, podemos concluir que siempre que se den los presupuestos para que un caso encuadre en el art. 30 de la LCT, la responsabilidad solidaria del principal que dicha norma consagra debe ser comprensiva de la sanción impuesta al empleador por aplicación del art. 132 bis del mismo cuerpo legal, sin límites ni restricciones. Esta solución no sólo es la que surge de la literalidad del texto legal, sino también la que se condice con la finalidad del mismo, de un modo coherente con otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

<sup>9</sup> La norma sólo penaliza al “empleador”. Por lo tanto, dado el principio de personalidad de la pena y la tipicidad que caracteriza al derecho penal, la pena de prisión sólo podría recaer sobre el sujeto empleador (nunca sobre el principal solidario). Por lo mismo no podría incurrir en este delito el principal que, de acuerdo con la facultad que le otorga el art. 136 de la LCT que ya comentamos, retuvo importes propiedad del contratista y luego no los ingresó.

<sup>10</sup> El principal responde como garante de la deuda del empleador (sea éste cesionario, contratista o subcontratista), mientras que éstos responden por el incumplimiento de las obligaciones que derivan de su condición de empleadores. Art. 850 Código Civil y Comercial: “Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

---

x

# **EL COVID-19 Y EL LARGO PERIPLO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS ENFERMEDADES DEL TRABAJO**

por Gastón Valente\*

## Las enfermedades del trabajo no se visibilizan

Las enfermedades derivadas del trabajo que no se visibilizan, no son objeto de políticas públicas, ni de medidas preventivas. El reconocimiento de las enfermedades del trabajo no es sólo a los fines reparativos, sino también preventivos y de asistencia.

Las y los trabajadores que padecen enfermedades del trabajo, no reciben cobertura del Sistema de Riesgos del Trabajo, si dichas patologías no son reconocidas como una enfermedad profesional, y terminan siendo atendidas por el sistema público de salud, de obras sociales o en forma privada. En Argentina para que una enfermedad sea reconocida como

profesional, debe estar previamente incluida en el listado de enfermedades profesionales (art. 6 inc. 2.a) Ley 24.557); o debe ser declarada en el procedimiento administrativo por parte de la Comisión Médica Central (art. 6 inc. 2. b) Ley 24.557 reformada por DNU 1278/00); o debe ser declarada en el caso concreto por el procedimiento judicial que se siga, ya sea ulterior al agotamiento de la vía administrativa de las Comisiones Médicas o proceso judicial autónomo con planteo de inconstitucionalidad del Sistema de Riesgos del Trabajo. En el caso especial del Covid-19, se incorpora un trámite especial regulado por el DNU 367/20 y la Resolución de la SRT 38/20. El Sistema de Riesgos del Trabajo (SRT) en Argentina, sólo reconoce una pequeña fracción de enfermedades de las que se suceden en el universo de la accidentabilidad

laboral. Como denunciáramos en 2017<sup>1</sup>, el problema del SRT no era la litigiosidad sino el ocultamiento de la enfermedad profesional. Según estadísticas de la OIT los siniestros fatales en el mundo son producidos en un 86 % por enfermedades profesionales, cuando en Argentina no llegan a ser el 1%, y los accidentes no fatales en el mundo son producidos en un 38 % por enfermedades del trabajo mientras que en Argentina son sólo el 3 % (actualmente se elevó al 4%) del total de los siniestros no fatales. Esto quiere decir que las enfermedades profesionales en Argentina prácticamente no existen, de allí el largo periplo de las y los trabajadores para el reconocimiento de las enfermedades derivadas del trabajo y más aún cuando se trata de nuevas patologías como es el caso del Covid-19. Además, gran parte de las enfermedades del trabajo que el

\* Abogado laboralista por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Asesor sindical de la Secretaría de Salud del Sindicato Único de Trabajadores de la Educación de la Provincia de Buenos Aires (SUTEBA), y de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) - Provincia de Buenos Aires. Integrante del Espacio Intersindical, Salud, Trabajo y Participación de los Trabajadores que nuclea a sindicatos de CTA, CGT y Corriente Federal.

1 Ver [Informe especial sobre enfermedades profesionales](#).” Gastón Valente en revista digital La Defensa.

sistema no reconoce, son las que se producen con las tareas de cuidado, las que se encuentran mayoritariamente feminizadas, o las que se suceden en tareas cumplidas con figuras no laborales en fraude a la ley, o con trabajadores y trabajadoras no registradas. De allí que las estadísticas oficiales de accidentabilidad laboral, sólo nos muestran un “espejo deformante” utilizando palabras de Laurent Vogel<sup>2</sup>.

## La noción de “enfermedad profesional”

Sostiene Ricardo J. Cornaglia que el concepto “enfermedad profesional” es ambiguo, producto de que nació con una vinculación manifiesta con la doctrina del “riesgo profesional”<sup>3</sup>. En el mismo sentido Laurent Vogel sostiene que, la noción de enfermedad profesional surgió a principios del siglo XX en la confluencia de tres corrientes, el desarrollo de la medicina laboral, la elaboración jurídica de la noción de “riesgos profesional”,

y las movilizaciones sociales en defensa de la vida y la salud de los trabajadores en contra de su explotación<sup>4</sup>.

La distinción conceptual entre accidentes y enfermedades profesionales, surge con las primeras leyes reparativas de finales del siglo XIX, como la Ley francesa de 1898, o de comienzo del XX, como la ley Española de 1900, o por caso nuestra Ley 9.688 de 1915. La Ley 9.688 otorgaba una presunción de la responsabilidad patronal para los accidentes ocurridos “con motivo y en ejercicio de la ocupación” (artículo 5º), y a las enfermedades profesionales las dejaba libradas al listado que debía ser “taxativamente enumeradas por el Poder Ejecutivo en decretos reglamentarios” (artículo 23). Así nació nuestro primer listado de enfermedades profesionales, por el cual se reconoció a 15 patologías laborales, fue mediante el Decreto Reglamentario de la Ley 9.688 del año 1916.<sup>5</sup> Sería la jurisprudencia del fuero

del trabajo, la que mediante la creación pretoriana de la “enfermedad-accidente”, reconocería a las enfermedades del trabajo que la legislación negaba, llamadas extrasistémicas.<sup>6</sup>

El Decreto – Ley 650/1955 intentaría ampliar el concepto de enfermedad profesional sin mayor suerte por ser inmediatamente derogado por otro Decreto Ley 5005/1956. Recién en 1970 Argentina dejaría de lado la legislación de listado taxativo, cuando por ley 18.913 (art. 4) se sustituyó el artículo 22 de la ley 9.688, por un criterio más amplio: “Se considerará enfermedad profesional toda aquella que sea motivada por la ocupación en que se emplee al obrero o empleado”. La ley 23.643 de 1988, agregaría el “agravamiento de una enfermedad causada por razones laborales”, al artículo 22 de la ley 9688. Y la ley 24.028 de 1991 ya nos alertaría de los futuros retrocesos legislativos al derogar la ley 9.688, definiría a las “enferme-

<sup>2</sup> Ver “[Un espejo deformante. Apuntes históricos sobre la construcción jurídica de las enfermedades profesionales en Bélgica](#)” Laurent Vogel.

<sup>3</sup> Ver Pandemia Trabajo y Fuerza Mayor por Ricardo J. Cornaglia en Revista La Defensa

<sup>4</sup> Ver Laurent Vogel artículo citado.

<sup>5</sup> El artículo 149 estableció que “Las enfermedades profesionales que por ahora se comprenden a los efectos del artículo 23 párrafo final de la ley son: pneumoconiosis, tabacosis pulmonar, antrocosis, siderosis, saturnismo, hidrargirismo, cuprismo, arsenicismo, oftalmia amoniaca, sulfocarbonismo, hidrocarburo, forismo, pústula maligna, dermatosis y anquilostomiasis.”.

<sup>6</sup> Ver “[La enfermedad-accidente mal llamada extrasistémica](#)” por Ricardo J. Cornaglia en En revista Nova Tesis, Año II, No. 15, p. 44 y ss. También en obra colectiva: Temas esenciales del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein, Coordinador: Julio A. Grisolia, IJ Editores, C.A.B.A., 2009, pág. También en Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, noviembre 2009, Abeledo Perrot.

dades cuyo origen o agravamiento se imputen al trabajo”, y en las que concurren “factores causales atribuibles al trabajador y factores causales atribuibles al trabajo” (art.2) exclusivamente.

La diferenciación entre el accidente y la enfermedad, como lo señalan Formaro, Barreiro y Curuchet<sup>7</sup>, carece de sentido, tornándose en la práctica en una conceptualización restrictiva para la cobertura de las y los trabajadores que sufren consecuencias dañosas en su salud por causas laborales. Resultaría mucho más aconsejable seguir el ejemplo de legislaciones como la canadiense o suecas que toman un concepto unitario de “lesión profesional” en la cual abarcan tanto a los accidentes como a las enfermedades sin mayores distinciones. O como lo hace la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de España que conceptualiza genéricamente a los “daños derivados del trabajo”.

La argumentación jurídica que busca reconocer coberturas a enfermedades derivadas del trabajo que son excluidas o invisibilizadas de los sistemas de riesgos del trabajo, y las califica como extrasis-

témicas, argumentando en base al derecho de daños privado (no especial, ni laboral, ni de la seguridad social), es como dice el dicho popular “pan para hoy y hambre para mañana”, porque se puede conseguir la cobertura para el caso particular, pero ello no solucionará el largo periplo que deberán seguir las y los trabajadores ante un sistema restrictivo como es el Sistema de Riesgos del Trabajo en Argentina. El debate no debe perderse de vista, debe estarse por la ampliación en el reconocimiento de las enfermedades profesionales en los sistemas de coberturas.

### **Los sistemas de reconocimiento de las enfermedades profesionales**

Ya en 1919, la OIT, en su propia constitución iba a establecer como uno de sus principales objetivos, “la protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes resultantes del trabajo”. Es decir que la protección de los trabajadores no quedaba reducida a las enfermedades consideradas profesionales, sino también a las generales. A su vez el propio Convenio 18 de OIT de 1925 establecería una suerte de equiparación en la reparación entre accidentes y enfermedades, cuando estableció que la “indemnización (de las enfermedades profesionales) no sería inferior a la que restableciese la legislación

nacional por el daño resultante de los accidentes del trabajo”.

Con el Convenio 121, la OIT en el año 1964 delimitaría claramente los sistemas de reconocimiento de las enfermedades profesionales. En el artículo 8º dejaba en claro que había tres sistemas que debían ser garantizado por los Estados, a) el sistema de listado que implicaba establecer una lista de enfermedades por las cuales se contemplaran por lo menos las establecidas en el anexo adjunto de la convención; b) el sistema de definición que implicaba una definición general de las enfermedades profesionales, que debería ser suficientemente amplia para que abarque, por lo menos, las enfermedades enumeradas por la convención; y c) el sistema mixto que implicaba combinar un sistema de lista, añadiendo, además, ya sea una definición general de enfermedades profesionales o bien otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista. Este último es el mayoritariamente seguido por los países, porque se ha demostrado que un sistema de listado cerrado nunca puede abarcar las nuevas patologías que surgen, y el legislador tampoco puede prever las nuevas enfermedades laborales, como ahora ocurre con el Covid-19.

El último listado actualizado por OIT es el establecido por la Recomendación 164 (revisado en 2010).

7 Ver Revista La Ley 21/04/20 “El derecho de daños laborales y el coronavirus Reglas generales para la cobertura del COVID-19 y análisis del DNU 367/2020”

El punto importante del mismo, es que el organismo internacional, no estableció un listado cerrado como muchos podrían creer, ya que de su propia redacción surge claramente que cualquier patología nueva que surja de los agentes de riesgos mencionados, podría válidamente ser considerada como una enfermedad profesional. Lo que nos habilitaría para invocar dicho documento de jerarquía superior a las leyes (conforme artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), cuando nuestro listado de enfermedades profesionales no contemplase nuevas patologías como es el caso del Covid-19.

En la Recomendación 164 citada, se enumeran las enfermedades por cada agente de riesgo, ya sea por agentes químicos (1.1), físicos (1.2), o biológicos (1.3); enfermedades causadas según el órgano o sistema afectado (2), las enfermedades que producen cáncer profesional (3), y otras enfermedades (4). En cada sub grupo, siempre se establece una clausula amplia a modo de poder incluir a toda nueva patología que siendo producida por mismo grupo de agentes de riesgos, y no haya estado expresamente enumerada, pueda ser reconocida como tal. Por ejemplo, para las enfermedades causadas por agentes de riesgos biológicos como es el caso del Covid-19, al establecerse la cláusula genérica en el artículo "1.3.9. Enfermedades causadas por otros agentes biológicos en el tra-

bajo no mencionados en los puntos anteriores cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a dichos agentes biológicos que resulte de las actividades laborales y la(s) enfermedad(es) contraída(s) por el trabajador".

Por si esto fuera poco, del propio Protocolo del Convenio 155 OIT, ratificado por Argentina mediante Ley 26.693 en el año 2011, surge una definición amplia de la enfermedad profesional, cuando en el artículo 1º b), se aclara que "el término enfermedad profesional designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral", sin condicionar a la calificación de la misma, que se encuentre individualizada en un listado taxativo como prevé la Ley 24.557.

### **El Sistema de Riesgos del Trabajo y la regulación restrictiva de la enfermedad profesional**

Lamentablemente en nuestro país con la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 en 1995, se adopta el sistema de listado cerrado, ya desaconsejado en el mundo. El sistema de listado no es malo en sí mismo, ya que otorga una presunción de las enfermedades allí enumeradas, con la descripción de

los riesgos y actividades descritas, cuando la causalidad muchas veces resulta ser una prueba diabólica para las y los trabajadores. Lo que sí resulta criticable, es su carácter taxativo y/o cerrado.

El listado de enfermedades profesionales que rige actualmente en nuestro país, surgió igualmente con gran resistencia del sector patronal, al punto tal que debió ser aprobado por laudo ministerial (156/96), y luego refrendado por Decreto 658/96.

La CSJN en el fallo "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A." (18/12/2007), consideró que era arbitraria una sentencia que rechazó la demanda por aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo sin advertir que la acción se fundó en el derecho civil, y en virtud de tal falsa premisa resolvió que debía aplicarse el sistema de numerus clausus en cuanto a las enfermedades resarcibles, en el que no estaba contemplada la situación del actor. Se trataba de un asma bronquial, patología que el listado no reconocía como enfermedad profesional para la actividad desarrollada por el actor.

Mucho más sólido son los argumentos y cuestionando más seriamente las bases restrictivas del sistema, es el fallo de la SCBA de

la provincia de Buenos Aires, en “Buticce, c/ Du Pont Argentina S.A” (29/12/2008), en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 6° de la Ley de Riesgos de Trabajo por negar el pago de indemnización en casos de daños laborales provocados por enfermedades no reconocidas en ese régimen legal. Se trataba de un operario textil que, como consecuencia de las tareas sufrió diversas afecciones en su salud (cervicobraquialgia, lumbociatalgia, pérdida parcial de la movilidad de la cadera; hipertensión arterial y várices), hasta provocarle una incapacidad absoluta.

### **El carácter restrictivo y el largo periplo para el reconocimiento de las enfermedades profesionales.**

Ni la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, ni el Comité Consultivo Permanente estuvieron a la altura de las circunstancias para la cual fueron creados, esto es, de analizar periódicamente el listado de enfermedades profesionales, a los fines de la incorporación de las nuevas patologías que resultaran del mundo del trabajo. Prueba de ello fue que cuando se necesitó la incorporación de nuevas enfermedades profesionales, fue por el impulso de las organizaciones sindicales, o por la convocatoria del Poder Ejecutivo Nacional. Esto es lo que ocurrió con la incorpo-

ración del hantavirus (Decreto 1167/2003), o por la incorporación de las várices, lumbalgias y hernias inguinales (Decreto 49/2014). Con la aparición del Covid-19, la SRT mediante nota interna del 20/03/2020 aclaró que “la enfermedad respiratoria causada por el Coronavirus (COVID-19) no se encuentra prevista en el Listado de Enfermedades Profesionales del Decreto 658/96.”, y que en todo caso se le dará cobertura “en la medida en que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine que la enfermedad producida por el Coronavirus (COVID-19) haya sido provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo”. Lo que traducido significa, que difícilmente se reconocerá como enfermedad profesional, porque el procedimiento administrativo de enfermedades no listadas (del Decreto 1278/00), en la práctica ha demostrado su eficacia. Tuvo que dictarse el DNU 367/20 por parte del ejecutivo para obtener un mínimo reconocimiento.

El Covid-19 nos demuestra nuevamente, el carácter restrictivo de un sistema como el de la Ley de Riesgos del Trabajo, muchas veces cuestionada, y reiteradas veces descalificando a quienes la criticamos como mentores de la litigiosidad. Nadie elige embarcarse en un juicio sin resultado asegurado por varios años de espera, pero muchas veces es la única respuesta

para las y los trabajadores que se enferman por causas laborales y deben darse cobertura mediante el sistema público, su obra social si la tienen o a su propio costo.

Por caso el reconocimiento transitorio del Covid-19 mediante el DNU 367/20, es un pequeño paso, pero será finalmente la incorporación definitiva de la enfermedad en el listado de enfermedades profesionales del Decreto 658/96. Y más temprano que tarde, poner en discusión un sistema que ha privilegiado mucho más desde su creación, los intereses económicos del capital financiero de las ARTs, que la salud de las y los trabajadores.

Las víctimas de enfermedades laborales deben recorrer un largo periplo para su reconocimiento, y sortear en forma laberíntica procedimientos administrativos y judiciales, siendo impropio de un subsistema que se autodefine como de seguridad social. Por ello los reproches constitucionales, al vulnerarse los principios propios del derecho de daños laborales (“alterum nom laedere” y la garantía de “indemnidad”), o los principios de la seguridad social (universalidad, integralidad y solidaridad). El Covid-19 ha demostrado, el largo periplo para el reconocimiento de las enfermedades del trabajo del SRT.

---

**XI**

# **CONTEXTO DE LAS SUSPENSIONES DEL ART. 223 BIS LCT**

por Nicolás Vigliarolo\*

El “aislamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesto el 19/03/20 por DNU 297/20 ha determinado el cese de explotación de un gran número de actividades comerciales e industriales con la excepción de los declarados servicios esenciales, a los cuales se han sumado progresivamente otros rubros mediante expresas disposiciones al efecto del Poder Ejecutivo. Se aduna a lo expuesto que quienes permanezcan sin prestación de tareas debido al aislamiento tendrán “derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales”. El contexto se completa con la prohibición, bajo pena de nulidad, de efectivizar despidos sin causa o por causas económicas y suspensiones por éstas últimas motivaciones, es decir por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo, todo ello

durante un período de 60 días<sup>1</sup>. Claro está que el DNU 34/2019 (prorrogado hoy por DNU 528/2020), que impuso la doble indemnización tiempo antes, resulta aplicable frente a despidos indirectos que acontezcan durante este período, ya sea dispuestos indirectamente por trabajadores injuriados o en los casos de invocación de justa causa por parte del empleador que no resulte a la postre debidamente comprobada. No puede ignorarse tampoco, que más allá de la prohibición legal de despedir ya referenciada, han acontecido en estos cuatro meses de crisis numerosas “renuncias negociadas”, casualmente como contracara del pago de un 70 al 100 % de lo que correspondería en caso de ruptura incausada dispuesta por la patronal. Merecerían un tratamiento aparte, y en extenso, los controles de constitucionalidad a los que serán sometidos seguramente tarde o temprano todos los decretos de

necesidad y urgencia y resoluciones ministeriales aquí referenciados.

Ahora bien, habiendo derogado temporalmente las facultades reconocidas al empleador por arts. 219/221 Ley 20.744 (LCT) y contemplando la emergencia ocupacional, el Poder Ejecutivo sí autorizó la efectivización de suspensiones en los términos del Art. 223 bis LCT, esta suerte de “suspensiones acordadas” que incorporó la Ley 24.700 en el año 1996 en un contexto de crisis, en aquella época, donde las suspensiones bajo los términos de los Arts. 220 y 221 superaban los períodos máximos y se terminaban concertando –de hecho– períodos adicionales con intervención de las agrupaciones sindicales con la finalidad de sostener los puestos de trabajo abonando sumas “no remunerativas”, de modo que aliviaran el costo patronal y permitieran coetáneamente al dependiente percibir un ingreso económico.

Numerosos cuestionamientos ha recibido esta herramienta legal por entenderla, entre otros fundamentos, como una vulneración a la intangibilidad del salario y el

\* Abogado (2008, UNLP). Matriculado al CALP. Asesor de trabajadores y empresas. Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires (2017). Concurso aprobado 02/10/2014, ternado (no electo) para los cargos de Juez de Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial Mar del Plata (Julio 2015) y Juez de Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial Junín - Chacabuco (marzo 2015).

<sup>1</sup> (DNU 329/20, prorrogado por igual plazo mediante 487/20).

principio de irrenunciabilidad<sup>2</sup>; aunque frente lo expuesto debería coetáneamente contemplarse, como contrapeso, que de no haberse dictado el DNU 329/20 seguramente no serían pocos los trabajadores suspendidos con sustento en el Art. 219 sin goce de sueldo y con períodos permitidos de hasta 30 o 75 días al año dependiendo de la causal invocada. Más allá de los elogios y rechazos que puedan formularse al respecto, lo cierto es que hoy en día el Art. 223 bis ha actuado como un instrumento -cuyo uso debe ser excepcional- que ha contribuido de algún modo al mantenimiento de la paz social<sup>3</sup>.

Durante el transcurso de la crisis actual se celebró un acuerdo marco entre la CGT y la UIA con la participación de los Ministerios de Trabajo y Desarrollo Social (27/04/20), estipulando pautas que debían ser respetadas en las suspensiones permitidas por el Poder Ejecutivo. Dicho acuerdo “tripartito” mereció la Resolución 397/2020 del MTESS (hoy prorrogada por otros 60 días Res. 475/20) oficializando el visto bueno a los acuerdos de este tipo y reglamentando el procedimiento a seguir, entre otros requisitos con vista a la entidad gremial. Varias asociaciones sindicales, como por ejemplo el Sindicato de empleados de Comercio, celebraron sus propios acuerdos con las cámaras respectivas, estableciendo como piso para la

homologación de los acuerdos un reconocimiento del 75% del salario neto para que la validación de las presentaciones no encontrara objeciones de parte de la autoridad de contralor. Los empleadores que reunían los requisitos exigidos pudieron contar asimismo, en algunos casos, con una ayuda de hasta el 50% de los salarios netos en base a la asignación compensatoria prevista mediante DNU 376/2020, monto que se computaba “a cuenta” de lo pactado en los términos del Art. 223 bis LCT.

En este diagrama, hemos visto que la gran mayoría de presentaciones se han efectuado por los empleadores de forma unilateral ante el Ministerio de Trabajo (Nacional o Provincial, ya que así lo permite la Res. 359/2020 del MTEySS) solicitando la “adhesión” al sistema de suspensiones bajo los términos del Art. 223 bis a los fines de su homologación, denunciando la nómina de trabajadores afectados e indicando la suma dineraria reconocida en favor de éstos<sup>4</sup>. Frente a ello no podemos dejar de remarcar que la norma invocada refiere expresamente a las suspensiones como “pactadas”, lo que implica lisa y llanamente la necesidad de conformidad expresa de cada trabajador sometido al régimen propuesto como consecuencia de las “causas económicas” (Art. 219 LCT) que el empleador invoca, sin dejar de lado que el Art. 218 exige que se notifique por escrito al trabajador y que el Art.

2 **¿Es viable la reducción de salarios en los términos del artículo 223 bis de la LCT?**  
Flores Torres. *elDial.com* - DC2ADA.-

3 El DNU 529/2020 aclaró que no regirá la limitación temporal de los arts. 220/21/22 LCT, adhiriendo a aquella postura que contempla al Art. 223 bis solo como una previsión de “imputación de las sumas abonadas”, tratándose en todos los casos de los mismos supuestos de suspensión.

4 En Pcia. Bs As se ha dictado el 4/6/20 la Res. 185/2020 que reglamentó, tardíamente, el procedimiento según la presentación se hiciera de forma individual o colectiva.



223 bis no refiere a un tipo distinto de suspensiones, sino al modo de imputar y calificar los montos dinerarios. Este incumplimiento de bilateralidad del acuerdo formulado por la parte patronal pareciera no superarse con el traslado en vista corrido al gremio, sino que en la especie sería necesaria la conformidad individual del trabajador para otorgar legitimidad a la medida, por lo menos mediante ratificación expresa posterior, ya que si una homologación ministerial (de naturaleza referida a la negociación colectiva y no a los supuestos transaccionales del Art. 15 LCT<sup>5</sup>) pretende otorgar efectos de cosa juzgada al contenido de la presentación, no puede prescindirse al efecto de la voluntad de una de las partes involucradas que a mayor abundamiento resulta ser la más débil de la relación, frente a lo cual le quedará habilitado siempre el remedio impugnatorio al dependiente que se disconforme con la medida<sup>6</sup>. Sin embargo, es de estimarse que las defensas frente dicha impugnación correrán por el sendero que argumente la aplicación legítima y generalizada, de efectos generales (erga omnes) al colectivo de trabajadores (afiliados o no) por parte de lo dispuesto por la asociación sindical en base a la representación que detenta, cuyo desconocimiento acarrearía un atentado a la “voluntad colectiva”, prevaleciendo así la fuerza

de lo acordado colectivamente entendiéndose que se trata de actos de autonomía privada de carácter colectivo, y no individual<sup>7</sup>.

Mientras los acuerdos por suspensiones acordadas mantienen un plazo prorrogado hasta fines del mes de julio, época en la cual se estima que el aislamiento social obligatorio comenzaría a cesar, el pronóstico respecto a las suspensiones por causas económicas y/o fuerza mayor, como así los despidos por dichas causales, deviene incierto, pues si bien se ha prorrogado hasta fin de año la duplicación de las indemnizaciones, es probable que cese la prohibición de distracto.

Deberá tenerse en cuenta que, más allá de esta crisis temporaria, las causales económicas invocadas a futuro y eventualmente para efectivizar despidos deberán afrontar una fuerte carga probatoria y serán sometidas a un estricto control judicial<sup>8</sup>.

Lo cierto es que deberá imperar en el análisis de todos los casos el criterio de razonabilidad que atienda cada caso en particular, contemplando soluciones justas frente a las necesidades imperantes e impidiendo la concreción de abusos y especulaciones en perjuicio de los trabajadores, quienes que merecen por su sola condición de tal una preferente tutela que resguarde debida y efectivamente sus derechos.

5 “Ley de Contrato de Trabajo Com. Conc. Dir: Antonio Vázquez Vialard, Autor: Juan Manuel Arias. Ed. 2005. Tomo III Pág. 188.- Contrariamente la Res. 185/2020 menciona el Art. 15 LCT como sustento de la homologación.

6 Sardegna, Paula C; “Reseña de legislación: Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas”; LexisNexis Jurisprudencia Argentina, 2004; citada en Sentencia N°: 708 CSJ DE TUCUMAN - 04/08/2006.

7 Rodríguez Mancini, J.; Derecho del Trabajo Ed. 2010, T° 3 Pag. 112.

8 SCBA, LP L 90933 S 05/05/2010, entre muchas.



