



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TRABAJO FINAL DE MAESTRIA

EL DERECHO DE RETENCIÓN DE TAREAS

Nombre del Alumno: Dr. Sebastián Lioy.

Directora de tesis: Mg. Cecilia Laggini.

Lugar y año de presentación: Mendoza, 2020.



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA

EL DERECHO DE RETENCIÓN DE TAREAS

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO

Nombre del Alumno: Dr. Sebastián Lioy.

Directora de tesis: Mg. Cecilia Laggini.

Lugar y año de presentación: Mendoza, 2020.

Dedicatorias y agradecimientos: a mi familia y a mis seres queridos, por su apoyo constante e incondicional.

Índice de contenidos.

Título.....	1
Agradecimientos.....	4
Capítulo 1: INTRODUCCIÓN.....	14
Título I: Formulación del problema y fundamentación de su relevancia.....	20
Título II: Encuadre metodológico.....	21
Capítulo 2: ANTECEDENTES.....	22
Título I: Antecedentes históricos y normativa internacional.....	22
Título II: La excepción de incumplimiento en el Código Civil de Vélez.....	26
Título III: Antecedentes en la Ley de Contrato de Trabajo.....	29
Título IV. La regulación del derecho de retención para los trabajadores agrarios en el nuevo Estatuto del Peón Rural (2011).....	33
Título V. La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2015).....	34
Título VI. La incorporación expresa de la tutela preventiva.....	36
Título VII. La modificación del art. 75 de la L.C.T. por la ley N° 27.323 (2016).....	40
1. Descripción del deber de seguridad.....	40
2. Suspensión indirecta por riesgos de salud.....	42
3. La acción común laboral.....	44
Título VIII. El art. 13 del Convenio 155 de la O.I.T. y el art. 25 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.....	46

Título IX. Situación actual.....	47
Capítulo 3: CONCEPTO.....	49
Título I. Definición	49
Título II. Naturaleza jurídica.....	50
Título III. Fundamento.....	50
Título IV. Su aplicación al Derecho Laboral.....	51
Título V. Caracteres y requisitos.....	54
1. Existencia de un crédito exigible a favor del titular.....	54
2. Amenaza de daño o riesgo potencial.....	55
3. Incumplimientos parciales.....	55
4. Gravedad del incumplimiento.....	57
5. Modo de ejercicio.....	57
6. Relación laboral vigente.....	57
7. ¿Derecho irrenunciable?.....	58
8. Innecesaridad de los requisitos de las medidas cautelares.....	59
9. Innecesaridad de autorizaciones previas o preaviso.....	60
Título VI. Su similitud con otras figuras.....	60
1. La huelga.....	60
1.1. Génesis y evolución histórica a nivel internacional.....	61
1.2. El art. 14 bis de la Constitución Nacional de 1957.....	61
1.3. Instrumentos internacionales.....	62

1.4.	Legislación nacional.....	63
1.4.1.	La Ley 14.786 de Conciliación y Arbitraje de 1959.....	64
1.4.2.	La Ley de Contrato de Trabajo de 1974.....	65
1.4.3.	La Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 de 1988.....	66
1.4.4.	La Ley de Empleo n° 24.013 de 1991.....	66
1.4.5.	La Ley n° 25.877 de 2004 y los servicios esenciales.....	67
1.5.	El fallo “Orellano” de la CSJN	69
1.6.	Concepto jurídico de huelga.....	69
1.7.	Clasificación según su forma de ejercicio.....	72
1.8.	Medidas complementarias a la huelga.....	73
1.9.	Huelgas legítimas e ilegítimas.....	75
1.10.	Diferencias con la retención de tareas.....	76
1.10.1.	La titularidad del derecho y los sujetos afectados.....	77
1.10.2.	La exigencia obligatoria de procedimientos administrativos.....	79
1.10.3.	La finalidad teleológica de la medida	80
1.10.4.	El modo de ejercicio.....	80
1.11.	El pago del salario durante el ejercicio de la huelga.....	81
2.	La legítima defensa.....	82
3.	Tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N.....	83

4.	El derecho de retener cosas.....	83
5.	La desobediencia civil y la objeción de conciencia.....	88
5.1.	Conceptos.....	88
5.2.	Casos típicos de objeción de conciencia.....	91
5.3.	Legislación nacional e internacional.....	93
5.4.	La ley n° 26.130, “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, y el pago de los salarios.....	94
5.5.	Jurisprudencia local.....	95
5.6.	Similitudes y diferencias.....	96
	Capítulo 4: DESARROLLO.....	97
	Título I. Causas justificativas del uso de la figura.....	97
	Título II. Las distintas herramientas de defensa del trabajador.....	99
	Título III. Defensas del empleador ante el uso de la retención.....	102
	Título IV. La revisión judicial.....	102
	Título V. Proporcionalidad de la retención en relación con la injuria cometida.....	102
	Título VI. Múltiples incumplimientos.....	103
	Título VII. Daño potencial.....	105
	Título VIII. Daño continuo.....	105
	Título IX. Duración.....	105

Título X. Modalidad de ejercicio.....	108
1. Innecesaridad de preavisar.....	108
2. Innecesaridad de recurrir a la justicia.....	109
3. Invocación de oficio.....	109
4. Instancias administrativas de mediación y/o símiles.....	110
5. Notificación fehaciente y constitución en mora.....	110
6. Expresión de motivos.....	114
7. Fecha de comienzo y cese.....	115
8. Modo de hecho en que se práctica la retención.....	116
9. Situación del trabajador durante la suspensión de las prestaciones.....	117
10. Cese del incumplimiento patronal.....	120
11. La carga de la prueba de la injuria.....	120
 Título XI. Opciones del trabajador posteriores al ejercicio del derecho.....	 121
 Título XII. Sanciones por el ejercicio abusivo del derecho de retención.....	 122
 Título XIII. La retención frente a las suspensiones disciplinarias y económicas impuestas por el empleador.....	 126
 Título XIV. La suspensión individual ante servicios esenciales.....	 127
1. Premisa general sobre extensión de la limitación de ejercicio.....	128
2. Jurisprudencia análoga.....	129
 Título XV. La suspensión individual en tiempos de aislamiento social obligatorio....	 132
 Capítulo 5: SITUACIONES DE RETENCIÓN DE TAREAS.....	 134
 Título I. Supuestos más frecuentes de uso de la retención.....	 134

1. Ausencia o defectuosa registraci3n laboral (art. 52 de la L.C.T., en concordancia con la ley 24.013).....	134
2. Falta de pago del salario (arts. 74, 84 y 103 y concordantes de la L.C.T.).....	135
3. Modificaciones arbitrarias en la forma y modalidades de la prestaci3n del trabajo (art. 66, L.C.T.).....	137
3.1. El art. 66 de la L.C.T. en su redacci3n original y su reforma con la ley 26.088.....	137
3.2. El antecedente normativo de Mendoza.....	141
3.3. Jurisprudencia.....	145
4. Incumplimientos al deber de seguridad del empleador en los t3rminos de los arts. 75 y 78 de la L.C.T., referidos a normas de higiene y seguridad.....	147
5. Acoso, discriminaci3n y <i>mobbing</i>	148
6. Violaciones a la intimidad del trabajador.....	149
 T3tulo II. Otros incumplimientos.....	150
 Cap3tulo 6: ABANDONO DE TRABAJO.....	155
 T3tulo I. Introducci3n.....	155
 T3tulo II. Concepto de abandono de trabajo.....	155
 T3tulo III: Presupuestos.....	156
1. Inasistencia del trabajador.....	157
2. Intimaci3n al trabajador a reintegrarse.....	158
2.1. Emplazamiento.....	159
2.2. Plazo.....	159
2.3. Apercibimiento.....	160

2.4. Medios.....	160
Título III. Retención <i>versus</i> abandono.....	163
Capítulo 7: SALARIOS CAIDOS.....	168
Título I. Introducción al concepto de salario.....	168
Título II. Postura afirmativa.....	168
Título III. Postura intermedia.....	171
Título IV. Postura minoritaria.....	172
Título V. Una propuesta alternativa.....	172
Título VI. Postura personal.....	173
Capítulo 8: CONCLUSIONES.....	176
Índice bibliográfico:.....	180
Publicaciones.....	188
Jurisprudencia consultada.....	188
Legislación consultada.....	187
Abreviaturas.....	190

Capítulo 1: INTRODUCCIÓN

A modo anecdótico, desde los albores de mi carrera como abogado, siempre me llamó la atención ese párrafo final que cerraba la gran mayoría de los telegramas laborales. Esa frase genérica que rezaba “ejerzo el derecho de retener tareas conforme me lo permite art. 1.201 Código Civil”, referida a la *exceptio non adimpleti contractus*, instituto propio del Derecho Civil que tradicionalmente se estudia en la materia de Obligaciones, pero cuyo estudio no recuerdo haber abordado de manera profunda en materia del Derecho del Trabajo. Más allá de esa cuestión anecdótica y de su análisis efímero, paradójicamente, su empleo es muy fecundo en la realidad.

Para entender el derecho de retención de tareas es imperioso analizar qué es lo que motiva su aparición. La respuesta a ese interrogante implica indagar la naturaleza misma del sinalagma laboral que une al empleador con el trabajador.

En ese sentido, a partir del momento en que una persona comienza a trabajar por cuenta ajena, se somete a un deber de obediencia y al poder de dirección del empleador¹, ya que se inserta en el sistema productivo del aquél.

La facultad de dirección le concede al empresario en las relaciones laborales una posición superior sobre el trabajador en cuanto a la organización y la dirección del trabajo.

Las órdenes del patrón, enmarcadas en ese conjunto de facultades, tienen sustento normativo en la propia Ley de Contrato de Trabajo² y en el principio constitucional de libertad de empresa que adopta el art. 14 de la Constitución Nacional (que incorpora el derecho a ejercer toda industria lícita y de negociar); y por ende,

¹ Véase Livellara, Carlos A. (1982). “Derechos y deberes de las partes”, en Vázquez Vialard, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 591 y ss.

² Más allá de las discusiones doctrinarias acerca del concepto y contenido del poder de dirección del empleador, nuestra Ley de Contrato de Trabajo abarca un conjunto esencial de facultades que se resumen en las siguientes: a) el poder de organización, que implica organizar económica y técnicamente la estructura productiva (art. 64 LCT); b) el poder de dirección propiamente dicho, que permite dirigir concretamente la empresa, impartiendo órdenes generales o particulares (art. 65 LCT); c) y por último, el poder disciplinario, que a su vez comprende tres aspectos: I) el *ius variandi*, consistente en instrumentar todos los cambios necesarios en formas y modalidades de trabajo (art. 66 LCT); II) el poder disciplinario propiamente dicho (art. 67 LCT); y III) la posibilidad de extinguir unilateralmente el vínculo laboral (art. 245 LCT). También se puede encuadrar dentro de las facultades de dirección, el poder de control que tiene sobre la prestación del trabajo — verificando la producción y el modo de efectuarlo — y sobre la asistencia del trabajador; los controles de salida con el fin de evitar la sustracción de mercaderías o materias primas; y el control médico.

gozan de presunción *iuris tantum* de legitimidad, lo cual justifica el deber de obediencia del obrero.

Como lo destaca el laboralista uruguayo Plá Rodríguez, “el poder del empleador no proviene de una superioridad del patrono ni deriva del derecho de propiedad de éste, sino de la necesidad de organizar el trabajo y de que haya una conducción responsable y coherente”³.

El deber de obediencia aparece en el primer párrafo del art. 86 de la L.C.T., en tanto dispone: “el trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes”.

Ese deber es la contracara de las facultades directrices del empleador, y se manifiesta en la subordinación jerárquica del trabajador⁴.

Existe pues un marco legislativo que ampara al empleador y que lo dota de facultades disciplinarias ante los incumplimientos del trabajador, pudiendo llegarse al despido por justa causa cuando la desobediencia del trabajador asuma el carácter de injuria grave que no consienta la prosecución de la relación (art. 242, L.C.T.).

Tal como el empleador tiene facultades disciplinarias sobre el obrero, no sucede lo mismo, *a prima facie*, con los incumplimientos del empleador, respecto de los cuales pareciera que la opción inmediata que nos brinda la Ley de Contrato de Trabajo sería la del despido indirecto. De la lectura de sus normas no surge, en teoría, ningún algún recurso sencillo y ágil para sancionar al patrón que incumple sus deberes, más allá de que sí pueda impugnar sus sanciones.

Es decir que mientras el empleador goza de un claro poder de dirección y disciplinario, el trabajador, más allá de la huelga u otras medidas de fuerza directas o el ejercicio de acciones judiciales, en principio, no encuentra en la legislación vigente una herramienta ágil, individual y extrajudicial, para conseguir el respeto de sus derechos.

³ Plá Rodríguez, Américo, “Curso de derecho laboral”, T. II, Vol. I, p. 147. Citado por Dr. Livellara, Carlos Alberto, (1982). “Derechos y deberes de las partes”, en Vázquez Vialard, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 660 y ss.

⁴ Livellara, Carlos Alberto, (1982). “Derechos y deberes de las partes”, en Vázquez Vialard, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 660 y ss.

En consecuencia, se produce un desequilibrio entre los derechos de las partes del contrato, que naturalmente la ley especial busca sanear a fin de restaurar el orden en la relación laboral.

En ese sentido, el deber de obediencia que pesa sobre el operario no significa someterlo a una posición de obediencia ciega, puesto que puede recurrir a vasta gama de herramientas legales para que, en determinadas circunstancias, pueda oponerse a aquellos mandatos corporativos que resulten ilícitos, arbitrarios, abusivos y/o dañinos (para sí o para la seguridad de otras personas).

El Dr. Carlos Livellara⁵ también incluye a las órdenes que versan sobre aspectos privados de la persona, propios de su intimidad, y ajenos a la relación laboral (salvo que repercutan en la imagen pública de la empresa) como así también aquellas instrucciones que afecten a la responsabilidad técnica de trabajadores calificados o profesionales.

En esos casos, incluso cuando el obrero deba en principio respetar las órdenes del empresario, puede oponerse a ellas y evitar que se avasallen sus derechos. Es decir que la posición jerárquica no lo autoriza para realizar acciones que lesionen los derechos de sus dependientes.

Desde esa óptica, y a diferencia de lo que sí ocurre en otras ramas del Derecho, en materia laboral, y en cuanto al deber de obediencia del trabajador se trata, no regiría en teoría la regla básica del Derecho que consiste en cumplir para luego reclamar, y que en latín denominamos “*solve et repete*”; de modo que no puede coaccionarlo a cumplir de manera rayana las órdenes empresariales que se encuentren fuera del margen de legalidad.

Estando en juego la productividad y ganancias de la empresa, por un lado, y por el otro, la dignidad de la persona, la balanza indefectiblemente debe inclinarse a favor del ser humano. No por ello se busca perjudicar al empresario, aunque el daño económico pueda ocurrir y el obrero sea consciente de ello. En ese caso, su actuar lesivo tiene amparo legal, y no le acarrea sanciones disciplinarias ni económicas.

La trascendencia de la dignidad humana demarca pues los límites de cualquier actividad empresarial y es ahí donde interviene activamente el Derecho del Trabajo para

⁵ Cf. Livellara, C., “*Derechos y deberes...*”, pp. 660 y ss.

proteger al trabajador, sujeto de tutela preferente⁶ conforme dispone el 14 bis de la Constitución Nacional, y que se encuentra en condiciones de hiposuficiencia negocial frente al empresario.

Cabe pues preguntarse si el Derecho del Trabajo contiene la respuesta suficiente dentro de sus normas o si es preciso recurrir a otra rama del derecho para solucionar esa omisión y recuperar el equilibrio contractual.

A modo de respuesta, anticipo que es la aplicación analógica del instituto de la excepción de incumplimiento contractual, figura propia del Derecho Civil⁷, el que aparece como la mejor herramienta de resistencia frente a los incumplimientos del patrón, ya que brinda al trabajador una solución ágil, sencilla y extrajudicial, que restaura el equilibrio y permite la conservación del contrato de trabajo, poniéndole un freno al poder empresarial.

En este orden de ideas, la excepción de incumplimiento contractual, aplicada analógicamente como derecho de retener tareas en el campo del Derecho Laboral, aparece como una excelente defensa, pragmática y eficaz, que resguarda fácilmente los derechos del trabajador.

El principal debate que abordo en esta tesis es la viabilidad de la aplicación analógica de la mencionada figura civil al Derecho del Trabajo, en razón de la ausencia de una regulación expresa y general en la materia laboral, y de la dispersión legislativa que atraviesa el instituto. Es decir, si es necesario erigirla como una figura autónoma del Derecho Laboral o si la normativa civil existente ya de por sí es suficiente para sostener su aplicación analógica a todos los incumplimientos en materia laboral, y no solo limitada a los incumplimientos de seguridad e higiene como se reguló de manera originaria en la Ley de Contrato de Trabajo.

Y en segundo lugar, a raíz de esa omisión de regulación expresa, analizo los distintos aspectos que implican el uso de esta figura, proyectando sendos debates en

⁶ En idéntico sentido, para la Corte Suprema de Justicia, el trabajador es sujeto de “preferente tutela constitucional”, gozando de la “protección especial” del Estado. CSJN, 21/09/2004, “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”.

⁷ El Derecho Civil reconoce desde antiguo la "*exceptio non adimpleti contractus*" como una forma de defensa privada, pero no es un instituto específicamente codificado desde sus orígenes sino que aparece descrito de manera genérica en las distintas codificaciones del siglo XIX; y por ello, su regulación se encuentra dispersa en varios textos legales, y con distintos alcances.

relación con los supuestos de aplicación que abarca; la gravedad de la injuria que justificaría su ejercicio; la duración de la medida; el cobro de los salarios caídos, etc.

Ante la falta de esa regulación específica, a la hora de aplicar la *exceptio* en el campo del derecho laboral, numerosas son las dudas sobre sus distintos aspectos, y las respuestas que brindan los operadores del derecho (jueces, abogados, juristas, sindicatos, etc.) desbordan de puro subjetivismo y casuística. En efecto, como se analiza en los distintos títulos de esta tesis, esa ausencia de codificación expresa ha generado numerosas discrepancias doctrinarias y soluciones jurisprudenciales discordantes.

Más allá de esa ausencia de organicidad y codificación única, lo cierto es que la *exceptio inadimpleti contractus* ejercida por los trabajadores no padece ninguna incongruencia axiológica⁸ con el régimen laboral vigente y además tampoco está expresamente prohibida⁹.

Lo expuesto se condice con el principio de igualdad del art. 16 de la C.N. en tanto si la ley permite su ejercicio para todo ciudadano no habría razón pues para negárselo a un obrero en su calidad de tal.

Considero útil el estudio del derecho de retener tareas a los fines de incentivar su uso en la sociedad, empoderando a los trabajadores, y lograr una mayor difusión del instituto, ya que son ellos quienes deciden su uso y quienes realizan el juicio de

⁸ Esto no significa que todas las normas civiles puedan aplicarse automáticamente al campo laboral. En efecto, Juan Formaro menciona que la vocación de aplicabilidad de las normas civiles en el derecho del trabajo tiene ciertos límites. El sólo hecho de que las normas del Código Civil sean posteriores no implica que deroguen las disposiciones tutelares del régimen especial. A modo de ejemplo, el autor señala que la regla de no solidaridad de ciertos contratos asociativos no puede prevalecer sobre la legislación especial. En ese orden de ideas, destaca que la noción de orden público sirve para demostrar la incapacidad de ciertas regulaciones civiles para incidir en lo laboral, y opera a modo de limitación de la autonomía de la voluntad de las partes. Continúa diciendo que si bien hoy nadie niega la autonomía del Derecho Laboral, la misma no es absoluta sino relativa, de modo que resulta imposible desvincular ambas ramas jurídicas, siendo esencial lo que la doctrina llama “el dialogo de fuentes”. El Derecho Laboral no es íntegro y por eso el Derecho Civil actúa de manera supletoria, sin derogarlo, sino llenando sus vacíos, en tanto no exista norma especial en contrario o no sea incompatible. Formaro, Juan J., (2015). “*Incidencias del Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo*”, en “*Incidencias del Código Civil y Comercial*”, dirigido por Bueres, Alberto J., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 23-35.

⁹ Para analizar la aplicabilidad de esta norma general de los contratos a una de sus especies, que es el contrato de trabajo, lo que debe examinarse es si existe una norma especial que desplace la aplicación al caso de la norma general; y si la norma en estudio no afecta el principio de orden público. Anticipo que la aplicación analógica es viable en esta materia, lo cual no sucede de manera colectiva en todos los tipos de contratos. Así, por ejemplo, Gordillo señala que la *exceptio* no es aplicable a los contratos de concesión o licencia, por más de que la Administración no haya cumplido con sus obligaciones propias. Afirma que: “aun que la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato... Él ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio”. Gordillo, Agustín, (2012). “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T. I, Cap. XI, Buenos Aires, p. 35.

ponderación entre la injuria laboral¹⁰ y el ejercicio de la figura (más allá del rechazo que pueda objetar el empleador y el eventual resultado de la judicialización).

Por otro lado, teniendo en cuenta que es una facultad de los obreros, pero cuya modalidad de ejercicio entiendo que puede resultarles desconocida e incluso compleja, y que en los hechos se ejerce después del asesoramiento letrado, los vacíos legales generan cierto riesgo profesional al abogado actuante en el caso particular que recomienda su uso. El error puede acarrearle al obrero descuentos salariales, sanciones disciplinarios y en el peor de los casos el despido.

Entonces, ante las recurrentes dudas que genera la invocación y el ejercicio del instituto en cuestión, y con la intención de brindar un poco de luz al tema, me he decidido a plantearlo como objeto de estudio de mi tesis de Maestría.

Insisto con la idea de “empoderar al trabajador”, porque con el estudio y difusión cultural del derecho de retención, se afianzará su posición negocial frente al empleador permitiéndole reivindicar sus derechos; se reforzarán las garantías legales y constitucionales de indemnidad de las que goza actualmente el trabajador, quien frecuentemente desconoce el modo de uso de esta facultad; y contribuirá para que disminuya el temor, muchas veces erróneo, a las represalias empresariales en cuanto a sanciones disciplinarias, descuentos salariales y el despido.

Desde otra óptica, no es solo el trabajador quien se favorece con esta medida. Al ser una medida sencilla y extrajudicial, el empleador podrá resolver de manera más ágil y rápida el incumplimiento y/o el peligro denunciado, evitándose mayores costos.

Por último, teniendo en cuenta que el instituto tiene por objeto también preservar la continuidad de la relación laboral y evitar que se extinga el contrato, ambas partes resultan beneficiadas y satisfechas. Resulta pues acorde al principio de continuidad que entrona el art. 10 de la L.C.T.

¹⁰ Como no existe un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de los incumplimientos que configuran injurias, ello queda a criterio del trabajador y evaluado luego por el juez. Esto a tenor del art. 242 de la L.C.T., el cual reza: “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injurias y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso”.

En ese orden de ideas, adquiere relevancia el estudio de la *exceptio non adimpleti contractus* en el campo del derecho laboral.

Título I. Formulación del problema y fundamentación de su relevancia

Siendo natural la existencia de los conflictos y tensa la relación entre el empleador y el dependiente, quienes de manera evidente no están en igualdad de condiciones, el trabajador hiposuficiente necesita herramientas para defender sus derechos frente a la autoridad del patrón, quien se encuentra en mejor posición.

Una de esas tantas herramientas es el derecho de retención del débito laboral, el cual, a grandes rasgos¹¹, consiste en que hasta tanto el empleador no cumpla con sus obligaciones, el operario se abstrae de prestar su débito, sin consecuencias para él.

Ahora bien, dado que se trata de un instituto propio del derecho civil y no existe norma laboral que regule de modo expreso sus distintos aspectos, a la hora de aplicarlo a una rama especial como el derecho laboral, que tiene características específicas y principios propios que lo hacen diferente del resto de las ramas del Derecho, surgen vacíos legales y dudas de interpretación y aplicación. Es pues ese el objetivo general de esta tesis: aportar soluciones a esas dudas y vacíos legales.

Del problema señalado, se derivan las siguientes preguntas específicas:

- 1) ¿Cómo se ejerce el derecho de retención de tareas en el derecho laboral argentino?
- 2) ¿En qué casos procede su ejercicio y en cuáles no?
- 3) ¿Cuáles son las consecuencias de su ejercicio?
- 4) ¿Genera o no derecho a salario durante su ejercicio?
- 5) ¿Cuál es su duración mínima y máxima?
- 6) ¿Es necesaria su notificación?
- 7) ¿Puede ejercerse sin necesidad de recurrir a la justicia?
- 8) ¿Es requisito *sine qua non* que el incumplimiento ya se haya producido?

¹¹ El concepto técnico del derecho de retoma se expone más adelante, en el Capítulo 3.

9) ¿Qué sucede si resulta injustificado su uso?

10) ¿Qué sucede en el caso de servicios esenciales?

Para responder a todos estos interrogantes se hará una profunda investigación en la materia en la rama tanto civil como laboral, con análisis de la normativa vigente a nivel nacional y de la jurisprudencia aplicable.

Título II. Encuadre metodológico

Para realizar la presente tesis se ha optado por una investigación de tipo descriptiva y cualitativa en tanto busca estudiar los aportes normativos existentes, como así también se exploró material jurisprudencial y bibliografía especializada en la materia.

Se analiza todo ese caudal informativo y se lo trata de verter en una postura clara que logre exponer su correcta procedencia de manera general, para luego aplicar al caso en concreto.

Capítulo 2: ANTECEDENTES

Título I. Antecedentes históricos y normativa internacional

Exponer sobre la retención de tareas imperiosamente implica remitirnos a su antecedente histórico y normativo directo, que es la excepción de incumplimiento contractual.

En primer lugar me referiré a los antecedentes internacionales para luego abordar el desarrollo normativo a nivel nacional.

Según el ilustre Jorge Mosset Iturraspe¹², el origen de la excepción no nace en el Derecho Romano, pese a su nombre en latín; no se la reconocía con la denominación actual ni tuvo formulación expresa como principio general. No obstante, algunas aplicaciones del principio sí fueron receptadas en materia del contrato de compraventa en el antiguo Digesto Romano.

Un claro ejemplo de lo expuesto que cita Iturraspe es la antigua ley 13, libro 19, Título 1º del Digesto, donde se pone de relieve la reciprocidad de las obligaciones de las partes en la compra y venta; en dicho contrato, si el comprador no ofrecía el precio, el vendedor no entregaba la cosa.

Otro ejemplo se encuentra en el texto de las Instituciones de Justiniano (Inst. 2, 1, pr. 419), donde se establece que aun cuando el vendedor haya entregado la cosa no la adquiere el comprador si a su vez no ha entregado el precio. En este caso el comprador puede considerarse propietario de la cosa entregada frente a todos, pero no frente al vendedor, quien puede oponerle la *exceptio doli*.

Retomando la idea de sus orígenes difusos, en el Derecho Romano la *exceptio* era usada en los procesos judiciales ordinario y extraordinario.

En el proceso ordinario o formulario se la usaba como condición subordinante, cuando era colocada como frase inserta en la fórmula¹³, luego de expuestas las

¹² Mosset Iturraspe, Jorge, (1993). “Medios para forzar el cumplimiento”, Ed. Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires, pp. 236 y ss.

¹³ La fórmula es un documento que resume la controversia entre las partes y que luego es remitida al juez y le sirve para decidir el litigio.

pretensiones del actor demandante, con objeto de subordinar la condena del demandado a la condición negativa de que no se verificara el hecho invocado por éste.

Por su parte, en el procedimiento extraordinario romano, era un medio de defensa aducido por el demandado, que podía ser opuesto de manera total o parcial, temporal o definitiva. En este último caso era denominada *exceptio doli*, excepción de dolo, y oponible al actor culpable de dolo cuando hubiera hecho que el demandado recurriera a la transmisión de una cosa para no entregarla o no ejecutar el contrato¹⁴.

De este modo, según Spota¹⁵, se consideró que en todo contrato bilateral la parte demandada podía oponer en contra del actor la excepción de que no había cumplido su prestación o que lo hiciera parcialmente o bien sin las cualidades convenidas.

Continuando con el citado autor¹⁶, éste menciona que los principios del derecho romano hallaron aplicación en el derecho alemán, italiano, francés, y en particular en el derecho canónico.

La influencia moral de la iglesia y la doctrina de la buena fe condujeron a la aceptación de la *exceptio non adimpleti contractus* como implícita en todo contrato bilateral, al punto tal de erigir un incumplimiento como si fuera un pecado mismo.

En idéntico sentido opina Mosset Iturraspe¹⁷, quien sostiene que recién con el derecho canónico se empieza a perfilar de manera más clara el instituto, como deducción del correlato entre obligaciones recíprocas y el principio de la buena fe.

Sobre el derecho canónico, la autora chilena Claudia Mejías Alonzo¹⁸ sostiene que: “En rigor el antecedente directo de la excepción de contrato no cumplido lo situamos en la Summa sobre el Decreto de Graciano, de Hugo de Pisa, en el siglo XII, ya que en ella se formuló por primera vez el adagio ‘*Fides non servanda est ei frangit fidem*’, que consagra el principio de respeto de las convenciones y que implicaba que si

¹⁴ Borda, Guillermo A., (1976). “*Tratado De Derecho Civil Argentino. Obligaciones*”, T. II, Ed. Perrot, Buenos Aires, p. 214.

¹⁵ Spota, Alberto G., (1940). “*La exceptio non adimpleti contractus*”, T. XVII, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 227.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 221 y ss.

¹⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, (1993). “*Medios para forzar el cumplimiento*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 236 y ss.

¹⁸ Alonzo, Claudia Mejías, (2013). “*La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil Chileno*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n° 40, Santiago de Chile, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200002>.

una parte no respetaba su palabra, la otra no era obligada a respetar la suya. Si este principio era violado, el contratante inocente gozaba de dos mecanismos de tutela: por una parte podía acudir al juez para que impusiera la ejecución de lo prometido y por otra, si lo anterior por cualquier motivo no le interesaba, podía pedir la liberación de toda promesa que hubiese hecho: *'fides non est servanda ci qui frangenti fidem'*.

Retomando con Mosset Iturraspe, el autor comenta que siglos después fueron los posglosadores¹⁹ quienes construyeron una teoría general de la excepción de incumplimiento contractual y quienes le dieron plena vigencia a esta figura.

En cuanto a la codificación del instituto, fueron los arts. 1612 del Código Napoleón y 1469 del antiguo Código Civil Italiano, los primeros en permitir su aplicación al contrato de compra y venta, suspendiendo sus efectos ante el incumplimiento de una de las partes, sin perjuicio de que también existían otras herramientas de defensa como la condición resolutoria del contrato o el privilegio del vendedor.

En base a dichos textos legales mencionados *ut supra*, la figura se fue extendiendo a todos los contratos que produjeran obligaciones recíprocas, criterio que fue sustentado en la mayoría de las legislaciones posteriores a la legislación napoleónica.

A continuación, reseño una serie de antecedentes internacionales que han sido recolectados minuciosamente por el Dr. Esteban Centanaro (hijo), en su obra "Excepción de incumplimiento contractual"²⁰.

En la legislación suiza, ya el Código Federal de 1881 sienta el principio en el art. 95, criterio reiterado por el Código Federal de las obligaciones en su art. 82 al expresar: "Cualquiera que persiga la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación a menos que tenga el beneficio de un término de acuerdo a las cláusulas o naturaleza del contrato".

El Código Civil Alemán de 1900 dispone en su art. 320: "Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación

¹⁹ Los posglosadores eran intelectuales que conformaron una escuela de Derecho en *Orleans*, Francia, a finales del siglo XIII y principios del siglo XIV, y que se dedicaron al estudio del Derecho Romano.

²⁰ Gastaldi, José María y Centanaro, Esteban, (1995). "*Excepción de incumplimiento contractual*", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 46 y ss.

de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente. Si la prestación ha de realizarse para varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente hasta la efectuación de toda la contraprestación”.

El Código Civil de Brasil dispone en su art. 1902: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes antes de cumplida su obligación puede exigir el cumplimiento de la que le incumbe al otro...”.

El Código Civil del Perú establece en su art. 1342: “En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido u ofreciere cumplirlo”.

El Código Civil Chileno dispone en su art. 1552: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allane a cumplirlos en la forma y tiempo debidos”.

El art. 139 del Código Civil Soviético ordena: “En los contratos sinalagmáticos²¹, cada parte tiene derecho a negar a la parte adversa la ejecución hasta tanto no haya recibido la satisfacción que se le debe en pago, a menos que la ley, el contrato o la naturaleza de las relaciones jurídicas no obliguen a una de las partes a ejecutar su obligación antes que a la otra”.

El Código Civil Boliviano en su art. 573 reza: “I) En los contratos de prestaciones recíprocas cualquiera de las partes podrá negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir al mismo tiempo la suya a menos que se hubiera convenido otra cosa o de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. II) La excepción de incumplimiento también podrá oponerse cuando el otro contratante ha cumplido solo parcialmente su obligación; pero no podrá oponérsela y se deberá cumplir la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuera contraria a la buena fe”.

El art. 1460 del Código Italiano de 1942 establece: “En los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rehusar a cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que

²¹ El término sinalagmático significa que genera obligaciones recíprocas para aquellos que firman un convenio. De este modo, el sinalagmático es un contrato que se diferencia del unilateral en tanto éste implica obligaciones para una única parte.

las partes hubieren establecido o que de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. Tampoco puede rehusarse a la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias, el rechazo fuera contrario a la buena fe”.

El Código Civil Polaco de las obligaciones de 1934 estipula en su art. 215: “Las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en virtud de convenciones sinalagmáticas, deben ser efectuadas simultáneamente, salvo que lo contrario resulte del contrato o de la naturaleza de la obligación. Cualquiera de las partes puede abstenerse de cumplir su prestación mientras que la otra parte no ejecute la suya”. En idéntico sentido la consagran también el art. 374 del Código Civil Griego y el 1168 del Código Civil Venezolano.

El art. 85 inc. 2 del Código Civil de la República Democrática Alemana de 1975 establece: “Mientras el deudor esté en mora el acreedor puede negarle su contraprestación”.

El art. 428 del Código Civil Portugués expresa: “Si en los contratos bilaterales no hay plazos diferentes para su cumplimiento, cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación hasta que el otro no efectúe la que le corresponde o no ofrezca su cumplimiento simultáneo”.

En síntesis, el instituto se fue legislando por el mundo de manera bastante similar hasta el punto de que hoy en día la *exceptio* es admitida universalmente y en aquellos países en que no está consagrada de manera expresa es deducida de otras disposiciones por la jurisprudencia.

Título II. La excepción de incumplimiento en el Código Civil de Vélez

El Dr. Esteban Centanaro (hijo), en su obra “Excepción de incumplimiento contractual”²², sostiene que nuestro primer codificador recepta la *exceptio non adimpleti contractus* en los arts. 510 y 1201, reconociendo su fuente en la obra del codificador brasileiro Freitas, en el Código Civil Chileno y en las enseñanzas del jurisconsulto francés Jean Domat, extraídas de su obra “Tratado de las leyes civiles en su orden natural” publicado en París en 1694.

²² Gastaldi, José María y Centanaro, Esteban, (1995). “Excepción de incumplimiento contractual”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 46 y ss.

Centenaro argumenta que la fuente directa del artículo 1201 del Código Civil Argentino, redactado por Vélez Sarsfield, es el *Esboço* de Freitas (publicado en varias entregas entre 1860 y 1865), y que en su art. 1955 dispone: “Si las obligaciones fueran bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento sin que pruebe que por su parte las ha cumplido o que su obligación es a plazo, o sin que se ofrezca a cumplirlas”.

Nuestro antiguo Código Civil de Vélez, promulgado en 1869 y que entró en vigor desde 1971, establecía la *exceptio* de manera genérica, pero expresa, en los arts. 510 y 1201 que se referían a las obligaciones recíprocas. A saber: el primero rezaba: “En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”; mientras que el segundo disponía: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”. Es decir, cualquiera de las partes podía abstenerse legalmente de cumplir con su obligación si la otra parte no cumplía de manera simultánea su prestación u ofrecía cumplirla.

Respecto de la cuestionada literalidad del art. 1201 del antiguo Código Civil (“no podrá demandar su cumplimiento”), el Dr. Juan Formaro²³ analiza la postura de la doctrina y de la jurisprudencia argentina.

Menciona que algunos autores consideraron que se trataba de una acción judicial, que debía ventilarse ante Tribunales, pero en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias primó la versión opuesta en tanto se encargaron de pregonar que el artículo mencionado regulaba una verdadera excepción sustancial dilatoria, y que también habilitaba la autodefensa privada, en tanto permitía proveer la defensa de un derecho propio mediante un comportamiento negativo consistente en resistirse a cumplir.

El traspaso del instituto del mundo civil al laboral, a falta de una norma expresa que previese su remisión al régimen laboral, se produjo merced al virtuoso trabajo de la doctrina y la jurisprudencia, las cuales se encargaron de difundir su aplicación al

²³ Formaro, Juan J., (2015). “*Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial. Su importancia en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Vol. n° 11, Ed. Infojus., p. 32, disponible en: Id SAIJ: DACF160267; con cita de Hernández, Carlos A. y Trivisonno, Julieta, (2012). “*Suspensión del contrato en el Proyecto de Código*”, Vol. E, Ed. La Ley, p. 1067.

régimen especial, de manera lenta y acotada al principio, pero con el tiempo y la evolución legislativa se fue ampliando cada vez más.

Teniendo en cuenta de que el contrato de trabajo es de naturaleza bilateral, con obligaciones recíprocas, aquéllas normas generales de derecho civil resultaron plenamente aplicables al contrato de trabajo, sin perjuicio de que en ese momento no existiese una norma expresa que previese su remisión al régimen laboral.

Como he mencionado, fueron primero los juristas quienes propiciaron la recepción de esa figura civil. Así, extrapoladas dichas normas al ámbito laboral, ya en los años setenta la doctrina especializada en la materia admitía su extensión al campo laboral. Por ejemplo, el profesor laboralista Ernesto Krotoschin²⁴ sostenía que “en caso de incumplimiento, la aplicación de los principios generales sobre interdependencia o conexión de las prestaciones (Cód. Civil, arts. 510, 625, 1201) permite al empleador, o al trabajador en su caso, la retención de la contraprestación”.

Con posterioridad fue la jurisprudencia la que propició su aplicación en nuestra materia. En este sentido, existen cuños fallos previos al dictado de la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 que acogen la figura.

El Dr. Juan J. Formaro²⁵, analiza una serie de fallos de las Cámaras Nacionales de Apelación del Trabajo que reflejan la adopción del instituto en estudio por parte de la jurisprudencia. Entre ellos, destaco los siguientes:

“La excepción de incumplimiento que establece el art. 1201 Cód. Civil resulta aplicable a todos los contratos bilaterales, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pues se trata de una disposición cuyo alcance -como ocurre con tantas otras previsiones del Código Civil- no se restringe a los contratos civiles y forma parte de la legislación común aplicable -como principio- en todas las ramas del derecho. Tal disposición, pues, solo resultará inaplicable respecto de aquellas relaciones o regímenes que contengan una norma específica al respecto (o que excluyan su aplicación explícitamente) o bien cuando su aplicación no resulte compatible con la naturaleza y modalidades de los contratos de que se trate,

²⁴ Krotoschin, Ernesto, (1974). “*El contrato de trabajo y el derecho común de las obligaciones*”, en *Revista de Legislación del Trabajo*, T. XX-B, p. 955.

²⁵ Formaro, Juan J., (2015). “*Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial. Su importancia en el Derecho del Trabajo*”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Vol. n° 11, Ed. Infojus, pp. 31 y ss., disponible en: Id SAIJ: DACF160267.

circunstancias éstas que no se presentan en las relaciones individuales del trabajo regidas por la L.C.T.²⁶”.

“No puede considerarse injuriosa la actitud del trabajador, quien en medio de un intercambio telegráfico en el cual estaba involucrado, entre otras cosas, el pago de la remuneración del último mes, no responde a una intimación a retomar tareas, pues, aún en el mejor de los supuestos para el empleador, se trataría de un caso de excepción de incumplimiento contractual, de aquéllos que la jurisprudencia y la doctrina admiten en base a los arts. 510 y 1201 del Cód. Civil²⁷”.

Título III. Antecedentes en la Ley de Contrato de Trabajo

Adentrándonos en el marco de nuestra especialidad, adelanto que, si bien la Ley de Contrato de Trabajo en la actualidad no prevé de modo explícito y de manera genérica el instituto, ello no significa que esté prohibido ni que sea incompatible con los institutos del derecho laboral; de hecho, no existe ninguna norma laboral que lo prohíba.

En su versión originaria, el instituto aparece incorporado en forma expresa en el artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744, sancionada en 1974, pero limitado al supuesto de incumplimiento de las normas de higiene y seguridad. Era el único caso que contemplaba la L.C.T., y que permitía que el trabajador continuase percibiendo su remuneración, pero limitado a supuestos gravísimos de daño a la salud.

Al respecto, el derogado art. 83, intitulado “Deber de seguridad”, (y cuyo estudio se retoma más adelante en otro capítulo de esta tesis), establecía que:

“El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de

²⁶ C.N.A.T., Sala III, 10/05/05, “Ochoa, Edith N. y otro c. Thelen Heike”, Lex Doctor Textos, 2009. Citado por Formaro, Juan J., (2015). “*Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial. Su importancia en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Vol. n° 11, Ed. Infojus, p. 34, disponible en: Id SAIJ: DACF160267.

²⁷ C.N.A.T., Sala IV, 30/07/91, “Mottosa, Héctor c. Molba S.A.”, Lex Doctor Textos, 2009. Citado por Formaro, J. J., “*Suspensión...*”, pp. 34-35.

vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca”.

Tan solo dos años después de su entrada en vigencia, con la reforma militar de la ley 21.297 en 1976, el artículo fue drásticamente modificado, y quedó reformulado y reasignado en el art. 75, de la siguiente manera:

“El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo”.

En otras palabras, el cambio legislativo conllevó a la desaparición durante décadas de la posibilidad expresa de abstención del débito laboral en caso de incumplimiento del deber de seguridad del empleador. Lo dicho es sin perjuicio de las aplicaciones pretorianas de la época.

Si bien la modificación fue una clara retrogresión de los derechos de los trabajadores, cabe aclarar que en la actualidad dicha norma ha sido reincorporada al texto de la L.C.T., ampliando el alcance genérico que ya otorga el art. 1031 del C.C.C.N (y cuyo estudio abordaré en un capítulo más adelante por una cuestión cronológica).

Retomando el estudio del texto de la ley especial, existía también en su texto original, artículo 71, una pauta reguladora de la facultad del empleador de modificar las formas y modalidades del trabajo. Ese artículo, que también fue derogado, robustecía axiológicamente la armadura normativa del trabajador, en tanto le otorgaba la

posibilidad expresa de pedir el restablecimiento de las condiciones alteradas ante un *ius variandi* abusivo o arbitrario.

Eran dos institutos pilares (abstención y restablecimiento) que se enmarcaban en una clara sintonía proteccionista, empoderando al obrero, y que el gobierno militar de esa época rechazó de manera enérgica, y de ahí que impulsaron su derogación.

Así, el derogado artículo 71 comenzaba estipulando que: “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”.

En su segundo párrafo preveía:

“Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

Preveía pues un proceso alternativo de restablecimiento de las condiciones alteradas.

Si bien podríamos calificar a ambas facultades, retención y restablecimiento como similares, lo cierto es que son muy distintas, sin perjuicio de que podrían resultar complementarias. Pueden coincidir o no, lo cual dependerá del caso concreto.

Así, en el caso de la falta de pago de haberes, un trabajador podría retener su débito y ello no implicaría de por sí una solicitud de restablecimiento de las condiciones alteradas.

En contrario, podría suceder que un empleador reduzca el salario de forma unilateral, y ahí sí podríamos plantear una retención y el restablecimiento de las condiciones.

Como he mencionado, es puro causalismo, y no se trata de potestades yuxtapuestas.

La ley 21.297 de 1976, dictada durante la dictadura militar, eliminó entonces no solo esta alternativa de retención sino también la opción expresa de solicitar el restablecimiento de las condiciones de trabajo ante el *ius variandi* abusivo.

Aquél vacío que generó la dictadura fue suplido por la jurisprudencia laboral. En este sentido, Livellara²⁸, al tratar el tema de diversas alternativas ante el *ius variandi*, nos comenta que:

“A nivel jurisprudencial se desarrolló en los primeros años posteriores a la reforma de 1976, una tendencia que consideró como única opción del trabajador la posibilidad de considerarse en situación de despido y luego en los últimos años, se fue admitiendo también la posibilidad de acudir a la retención de las tareas por aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 510 y 1201, Cód. Civil), tendencia que se ve consolidada por la decisión de la Suprema Corte de Buenos Aires, de modificar su doctrina anterior restrictiva y admitir también la procedencia de la suspensión indirecta individual aludida”.

En 2006, por medio de la ley 26.088, se modifica el art. 66 de la L.C.T. y se restaura el texto original del art. 71, admitiendo de nuevo que:

“Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

En esta reforma de la ley 26.088 del año 2006 se restablece a favor del trabajador la posibilidad de accionar en sede judicial para obtener el restablecimiento de las condiciones alteradas, pero no se abordó el tema de la retención.

²⁸ Livellara, Carlos A, (1982). “Derechos y deberes de las partes”, en Vázquez Vialard, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 591 y ss.

A partir de la vigencia de este artículo 66 de la L.C.T., se podría considerar que existiría una cierta sintonía con el derecho de retención más no llega a concretarse puesto que el citado artículo primero ordena accionar ante la justicia para luego obtener un reacondicionamiento; es decir que en ningún momento habilita el ejercicio inmediato de alguna retención, más allá de toda hipótesis interpretativa que uno realice aplicando la lógica.

Entonces, considerando los antecedentes del art. 71 y 83 de la L.C.T. original de 1974 que cito *ut supra*, entiendo que dicha ley en su versión originaria no consagró ni adoptó de manera expresa y genérica la retención de tareas sino que su aplicación al ámbito laboral devino en primer lugar del Código Civil, y luego se complementó con jurisprudencia laboral.

Título IV. La regulación del derecho de retención para los trabajadores agrarios en el nuevo Estatuto del Peón Rural (2011)

En este contexto histórico y normativo cabe mencionar uno de los pocos ámbitos específicos – por no decir el único - donde se ha legislado el derecho de retención.

Es pues turno de abordar el estudio de la Ley N° 26.727 de Contrato de Trabajo Agrario, publicada en el Boletín Oficial el día 28 de Noviembre de 2011, que guarda estricta conexión con el derecho de seguridad previsto por el art. 8° inciso 1, literal c), del Convenio Internacional de Trabajo n° 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, de la Organización Internacional del Trabajo; el cual reza:

“1. Los trabajadores del sector agrícola deberán tener derecho:... (c) a apartarse de cualquier peligro derivado de su actividad laboral cuando tengan motivos razonables para creer que existe un riesgo inminente y grave para su seguridad y su salud, y señalarlo de inmediato a su supervisor. Los trabajadores no deberán verse perjudicados por estas acciones”.

De manera sorpresiva para con el contexto legislativo, la ley N° 26.727 de Contrato de Trabajo Agrario, en su Título VII, intitulado “De la seguridad y los riesgos en el trabajo”, establece una serie de artículos referidos al deber de seguridad del empleador, que siguen la tradicional normativa en la materia, pero particularmente y de manera específica prevé el derecho de retención de tareas, limitado a la materia de seguridad, pero con expresa reserva del derecho remuneratorio.

Esa reserva es la pauta vanguardista que podría ayudar a zanjar uno de los grandes debates del instituto, y que consiste en el cobro del salario durante la suspensión.

Así, el artículo 45, en su párrafo 3º dispone:

“El trabajador podrá rehusarse a la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación mediante constitución en mora o si, habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o no proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca”.

Destaco esta norma porque si bien adopta el criterio reductivo del derecho de la retención, vinculado a riesgos de seguridad laboral, haciendo hincapié en la inmediatez y gravedad del peligro, de manera positiva prevé expresamente que su ejercicio no le ocasionará la pérdida o disminución de la remuneración o perjuicio alguno por su adopción.

No es pues un antecedente legislativo más. De manera valerosa, el legislador le brinda la retención con goce de sueldos al trabajador agrario, sector históricamente precarizado y discriminado dentro del propio texto de la L.C.T., el cual en su redacción original disponía de manera específica que sus normas no eran aplicables al antedicho ámbito.

Dicha norma no solo agracia la posición jurídica de ese sector de obreros, sino que, por analogía, funciona como una pauta legislativa más a la cual se puede acudir para reforzar el argumento a favor de uno de los temas más álgidos de la retención, que es el difícil debate de los salarios caídos durante su ejercicio.

Título V. La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado para entrar en vigencia en 2016, pero adelantado para Agosto de 2015, cambió la redacción del artículo 1201 referido a la *exceptio non adimpleti contractus* y su numeración (ahora se

identifica como art. 1.031). No obstante ese cambio, adelanto que esas modificaciones en el texto no alteran su esencia.

Ahora es el art. 1031 del C.C.C.N. el que define a la *exceptio non adimpleti contractus*. Éste reza:

“Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”.

La primera cuestión a debatir sobre es el impacto de la nueva redacción del artículo 1031 en relación con la obligatoriedad o no de que las prestaciones sean simultáneas.

Al respecto, adhiero a la postura²⁹ que pregona la innecesidad de la simultaneidad de las prestaciones, más si consideramos el hecho de la postnumeración del salario, de suerte que el trabajador no retiene una prestación pendiente, correlativa a la contraprestación no cumplida, sino la correspondiente a un lapso posterior. De lo contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa del empleador, quien no es socio del trabajador, sino que se beneficia con su explotación.

La norma en cuestión es aplicable sin inconvenientes a través de la analogía al Derecho del Trabajo porque no genera incompatibilidades con el resto del marco normativo laboral y porque encuentra su fundamento en los siguientes artículos de la Ley de Contrato de Trabajo. A saber: el art. 10, en lo atinente a la conservación del contrato, en tanto reza: “En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato”; el art. 11, consagra los principios de equidad y buena fe: “Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”; y por último, el art. 63 dispone: “Las partes están obligadas a obrar de buena

²⁹ Covi, Luis Daniel, (2014). “Art. 1031. Suspensión del cumplimiento”, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 565-567.

fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

Por último, hoy ya no se duda de la función supletoria del Código Civil y Comercial, porque de manera expresa el art. 11 de la L.C.T. remite a las leyes análogas al disponer que éstas son aplicables “cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo”. Uno de esos institutos civiles que se adaptan a nuestra disciplina es precisamente la *exceptio non adimpleti contractus*.

Título VI. La incorporación expresa de la tutela preventiva

A continuación de la excepción de incumplimiento, el art. 1032 del cuerpo legal de fondo regula la tutela preventiva. Esta figura permite suspender el cumplimiento de las obligaciones, si los derechos de una parte sufriesen una grave amenaza de daño, debido a que la otra perdió su aptitud para cumplir o que el empleador se tornó insolvente. Todo ello hasta que el incumplidor cumpla o dé garantías o seguridades suficientes de que va a cumplir con sus obligaciones.

En este punto, cabe destacar que el nuevo Código, a través de la premisa sentada en el art. 1078 que reza: “Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”, se pronuncia abiertamente por la postura³⁰ de quienes afirman que la responsabilidad civil debe contener no solo una función reparadora e indemnizatoria, sino también netamente preventiva y punitiva - en tanto busca sancionar a aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional por parte de la ley -.

Es decir, no solo existe ya en el Código la obligación de reparar a las víctimas por el daño que se les causa, sino que como eje central y como valor axiológico primario aparece el deber de prevenir el daño.

La disposición del art. 1032 sigue la línea de la función preventiva del daño plasmada en los arts. 1710 a 1715 del C.C.C.N.

³⁰ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, (1992). “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización”, en *Revista de Derecho de Daños (y otros estudios)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. XIII.

Por un lado, la tutela preventiva del 1032 se correlaciona con el deber de prevención genérico que consagra el art. 1710 del C.C.C.N, que reza:

“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

Y por otro lado, el art. 1032 prevé un supuesto concreto y especial de retención de tareas pero lo condiciona a la existencia de una grave amenaza de daño. Es obvio que en estos casos no es obligatorio intimar previamente porque cronológicamente no se corresponden los tiempos, más sí resulta sensato exponerlos mediante medio fehaciente a fin de que cese el peligro y que el empleador regularice las condiciones de trabajo.

El supuesto de hecho que dispara su ejercicio válido no es la lesión como ocurre en la responsabilidad contractual, sino la mera amenaza de una lesión; para evitar un mal mayor es que se autoriza desligarse *ante tempus*.

La urgencia del caso permite que la justicia llegue a tiempo ante la amenaza grave de un daño; siendo suficiente una fuerte probabilidad o certeza y no una simple verosimilitud.

Uno de los interrogantes más interesantes que plantea esta figura es la obligatoriedad o no de acudir a la Justicia para su uso.

Como ya ha ocurrido en otras materias, con la nueva normativa el legislador nacional ha incorporado en un código de fondo, una acción propiamente procesal, sin precisar de manera específica cuál debe ser la vía judicial por la cual debería transitar la acción judicial de prevención. Se inmiscuye así en el ámbito de la legislación sustantiva una tutela inhibitoria sin definir concretamente el carril por el cual debe marchar, lo cual significa que habrá que analizar lo que determinen las pertinentes regulaciones procesales provinciales.

A falta de una norma específica que fije el *iter* procesal adecuado, Vázquez Ferreyra³¹, sostiene que si bien correspondería técnicamente por defecto acudirse a la acción ordinaria, los bienes en juego justifican una acción expedita similar al amparo o una autosatisfactiva. En idéntico sentido se pronuncia otros autores como Alferillo³², Pascual; Dominoni³³, Juan F.; y Etala, Carlos, entre otros³⁴.

Vázquez Ferreyra³⁵ continúa exponiendo sobre el tema y nos brinda una serie de pautas en relación con el trámite procesal. Así, comenta que:

“La acción de prevención puede perseguir una medida cautelar o definitiva y tramitar en un proceso autónomo o accesorio de otra pretensión, pudiéndose peticionar durante su curso medidas cautelares, pero no cabe circunscribir las medidas preventivas a las cautelares, ni tampoco al servicio de una pretensión principal resarcitoria. Existe, en efecto, independencia entre la acción resarcitoria y la acción preventiva de daños, ya que mientras en una se pretende obtener la indemnización de un daño, en la otra, en cambio, se propugna evitar un daño o impedir su agravamiento. Puede existir la una sin la necesidad de la otra, habida cuenta tratarse de acciones diferentes e independientes. La acción preventiva puede, así, agotarse en sí misma, sin que haya una coetánea o posterior acción resarcitoria”.

La norma no establece que la contraparte deba ser oída, con lo cual podría darse de bruce con el derecho constitucional de defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional. Empero, a falta de una norma reguladora, las pautas de su ejercicio habrán de ser fijadas por las contribuciones que efectuó el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia.

³¹ Vázquez Ferreyra, Roberto, (2016). “*La función preventiva función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material*”, en *Revista de Comunicación y Salud*, Vol. VIII, Buenos Aires, p. 11.

³² Alferillo, Pascual, (2015). “*Código Civil y Comercial Comentado*”, Alterini, Jorge (Dir.) y otros, T. VIII, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 20.

³³ Dominoni, Juan F., “*Conclusiones de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros*”, Comisión I, pto. n° 3, Suplemento de Actualización, p. 2, disponible en: <https://fdocumento.com/document/proyecto-de-cdigo-civil-unificado-con-el-cdigo-de-proyecto-de-cdigo-civil.html>

³⁴ Etala, Carlos A., (2015). “*La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial*”, en Rodríguez Mancini, J. (Dir) y otros autores, *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 640.

³⁵ Vázquez Ferreyra, Roberto, (2016). “*La función preventiva función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material*”, en *Revista de Comunicación y Salud*, Vol. VIII, Buenos Aires, pp. 11 y ss.

Tampoco se pronuncia por la obligatoriedad de una contracautela, lo cual es propio de la naturaleza de las medidas cautelares. No obstante, teniendo en cuenta los bienes en juego y el principio constitucional de gratuidad que protege al trabajador, difícilmente pueda exigírsele garantía alguna.

Por otro lado, en el hipotético caso de que la tutela preventiva haya sido erróneamente ejercida porque no existía urgente o grave daño y/o cualquier otro motivo de rechazo, no es lógico imponerle la sanción de extinción del contrato – por el principio de conservación del contrato del art. 10 L.C.T. - , siendo únicamente exigible el descuento de los días retenidos y las costas del eventual proceso, salvo que el *giudice* considere que el trabajador actuó con justa razón y/o motivos.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, como ya mencioné que el artículo no prevé su modo de uso, en la práctica cotidiana nada impide aplicar a esta figura las pautas impresas para el ejercicio de la *exceptio*. En consecuencia, será posible acudir ante la urgencia a la vía de hecho, consistente en negarse a la orden empresarial; más luego, por una cuestión de buena fe, deberá exteriorizarse esa voluntad lo más pronto posible a través de una comunicación escrita precisa indicando los motivos fundantes de la oposición.

El art. 1032 reconoce cierto paralelismo genérico con el art. 83 de la Ley de Contrato de Trabajo original de 1974 que permitía retener tareas solo para el caso de incumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo.

Hoy, en cambio, su nueva redacción potencia una protección mucho más amplia y preventiva, más allá de que quizás aún no ha tenido esplendor en su desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

Comparando los términos de la reforma del art. 1031 con la novedad del art. 1032 del C.C.C.N., entiendo que la protección especial que merece el trabajador no requiere la producción o la potencialidad de un daño grave, que habilite el ejercicio de la retención de tareas, siendo suficiente que haya un simple incumplimiento de la otra parte.

A modo de síntesis, celebro la introducción de esta tutela preventiva porque es una herramienta innovadora a la hora de prevenir accidentes de trabajo, siendo suficiente la sola potencialidad de que acaezca un grave suceso dañino.

Título VII. La modificación del art. 75 de la L.C.T. por la ley N° 27.323 (2016)

Publicada en el boletín oficial el día 15 de Diciembre de 2016, el art. primero de la ley 27.323 modifica sensiblemente el texto del artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, y retorna en lo principal a la redacción original del art. 83 de la L.C.T. de 1974, rescatando la derogada posibilidad de retener tareas (que había sido derogada).

Hoy el art. 75, en su compleja extensión, contempla tres pilares fundamentales del deber de seguridad, cuyo análisis realizo a continuación en sendos subtítulos.

1) Descripción del deber de seguridad

En primer lugar, el artículo comienza por una descripción genérica y un tanto vaga del deber de seguridad (denominado también deber de protección, prevención y/o previsión) y las obligaciones del empleador al respecto. Así, reza:

“El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo”.

En simples palabras, describe la obligación del empleador de tomar las medidas necesarias y preventivas para que las tareas se presten en condiciones de seguridad e higiene adecuadas, evitando la producción de accidentes y enfermedades laborales.

Este deber tiene como contrapartida la obligación del trabajador de seguir las instrucciones y directivas en materia de seguridad e higiene laboral adoptadas por el principal.

La fuente del artículo 75 es concorde con la definición que nos aportan ilustres juristas, tales como Krotoschin³⁶, quien define al deber de seguridad como “la obligación del empleador de conducirse en la configuración y ejecución concretas de la relación de trabajo, en cuanto de él dependan, según la debida consideración a los interés legítimos del trabajador”.

Por su parte, la descripción está en sintonía con el amplio espectro de normas de seguridad e higiene del mundo laboral.

Personalmente considero que su inclusión expresa es excesiva y redundante, ya que existiendo una cantidad abundante de normas que nos consagran expresamente el deber de intangibilidad del ser humano, y que son autosuficientes *per se*, la reiteración y anuncio de estas modificaciones legislativas parece más bien un mensaje político ante la creciente siniestralidad a fin de recordarle al sector empresarial que el trabajador merece resguardo en su integridad psicofísica.

En ese sentido, si bien la regla es acertada en su redacción actual, la prevención de la integridad del hombre no nace a partir de esta sanción legislativa.

El deber de seguridad es consecuencia inherente al contrato de trabajo por la naturaleza de subordinación del trabajador a los poderes de organización, dirección y disciplinarios del empleador, más allá de su regulación normativa expresa.

La obligación de seguridad integra el sinalagma laboral y se enmarca en el principio de no dañar.

Como señala Livellara³⁷, “...el deber de previsión encuentra su fundamento en el principio protectorio del derecho del trabajo y es de naturaleza contractual”.

La seguridad no es algo secundario o un accesorio del contrato de trabajo. Es esencia del mismo al punto tal de que la violación del mismo implica la vulneración de los demás derechos constitucionales.

Al respecto, Ackerman³⁸ sostiene que:

³⁶ Krotoschin, Ernesto, (1981). “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, Vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 324.

³⁷ Livellara, Carlos Alberto, (2007). “*Ley de contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*”, Rodríguez Mancini, Jorge (Dir.), T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 913.

“El empleador, en razón de haber comprometido dentro de su negocio a personas que trabajan para él, crea un ámbito dentro del cual el dependiente está protegido en función de la naturaleza de la prestación, de su condición de persona de la que otro dispone y del carácter alimentario del salario que califica especialmente los daños que le pudiere ocasionar su obtención”.

En síntesis, la norma define el “principio de indemnidad”, el cual implica que quien se beneficia de una actividad ajena (el empresario) responde por los riesgos y daños que genera sobre los bienes del otro (el dependiente). Aquél que consigue una ganancia de la fuerza de trabajo ajena, responde por los daños que se suscitan en ocasión de la misma. Es una teoría objetiva fundada en la idea de riesgo, y no de falta.

2) Suspensión indirecta por riesgos de salud

En clara sintonía con los arts. 1031 y 1032 del C.C.C.N., la segunda parte del art. 75 de la L.C.T. establece un supuesto de suspensión individual del débito prestacional, al disponer:

“El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca”.

En concreto, esta segunda parte prevé la posibilidad de rehusar tareas si las mismas implican riesgos inminentes para la salud y la vida del asalariado, sin necesidad de ir a juicio de manera previa. Esto significa que si bien no exige una intimación previa, después deberá intimarlo para que neutralice los riesgos y adopte las medidas de seguridad que ameriten las circunstancias del caso.

La normativa otorga expresamente a los trabajadores una herramienta en amplia conexión con las suspensiones indirectas que ya se encontraban receptadas en los artículos 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial, analizados en los títulos anteriores.

³⁸ Ackerman, Mario E. (2016). “*Ley de Contrato de Trabajo*”, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 608.

Además, amplifica y detalla los términos de la obligación de seguridad y de prevención del daño que prevé el art. 1710 C.C.C.N., y habilita frente a su incumplimiento el ejercicio eventual de la acción preventiva dispuesta en el art. 1711.

Entonces, el art. 75 de la L.C.T. opera en plena consonancia con los arts. 1031, 1032, 1710 y 1071 del C.C.C.N., constituyendo todos estos artículos en su conjunto un aglomerado jurídico que hace hincapié en la función preventiva.

Se trata de un interesante instrumento legal que específicamente prevé que su uso no ocasionará pérdida de la remuneración frente al peligro inminente de un daño, o incumplimiento de la obligación por parte del empleador o falta de adopción de medidas en caso que sea insalubre.

En virtud de este mandato legal el obrero puede requerir judicialmente el cumplimiento del deber de seguridad aún antes de que se produzca algún daño, y mientras tanto ello se resuelve puede retener tareas sin merma del salario. Por ejemplo, puede exigir la entrega de ropa de trabajo adecuada o materiales protectores si el ambiente de trabajo es peligroso, o bien que se adopte alguna medida de prevención concreta respecto a alguna maquinaria riesgosa.

Incluso, una vez producido el daño, la acción preventiva puede dirigirse a que cesen sus consecuencias o evitar que se reiteren o se agraven. Así, por ejemplo, se puede solicitar que se retiren cámaras de seguridad en zonas íntimas o reservadas de los trabajadores como sería el interior de los baños; que cesen actos de persecución o *mobbing*; etc.

De ningún modo el empleador puede obligar al trabajador a exponerse al riesgo. Cuando aquél le insista en trabajar en transgresión a condiciones de higiene y seguridad o cuando exista peligro inminente de daño esas condiciones, el obrero podrá negarse a ello, sin pérdida de haberes. Si insiste, el empleador podría incurrir en un abuso del derecho, conducta juzgada en el art. 68 L.C.T., y contraria a la buena fe.

La acción judicial además puede ir acompañada de manera previa o paralela junto con denuncias ante las autoridades administrativas laborales que correspondan según el caso, sea el Ministerio de Trabajo u otro organismo, como así también a la A.R.T. contratada, la cual está obligada a inspeccionar a la empresa asegurada.

A los fines de distinguir esta acción del art. 75 de la L.C.T. de la tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N., Diego Tula³⁹ refiere que: “la figura del 1032 debe ser entendida como un derecho que no requiere judicialización, mientras que las acciones que se desprenden del art. 75 serían netamente judiciales”. Entiendo que el autor se estaría refiriendo a una etapa secundaria o posterior de ejercicio judicial de las acciones, ya que el art. 75 de por sí permite desde el inicio la retención de tareas.

3) La acción común laboral

La cuestión más polémica que aparece en análisis del segundo segmento normativo es aquella que reedita una histórica discusión doctrinaria y jurisprudencial, aun inconclusa hasta el día de hoy, acerca de la existencia de una tercera acción de daños y perjuicios en caso de un accidente de trabajo con apoyo en la última parte del artículo 75 de la L.C.T.

Para los adeptos de esta postura jurídica existirían tres acciones en caso de un infortunio del trabajo: la acción especial tarifada, la acción civil que permite la reparación integral, y la acción contractual de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del deber de prevención fundada en el art. 75 L.C.T., también denominada como acción de imputación de responsabilidad (entendida como un tercer sistema resarcitorio, distinto del sistema civil de reparación de daños y del tarifado de la Ley de Riesgos del Trabajo).

Un acérrimo defensor de esta postura, es el Dr. Schick⁴⁰, quien sostiene que el artículo 75 de la L.C.T. habilita una tercera acción autónoma que integra los otros sistemas de responsabilidad que menciona el artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773, diferente de la acción de la ley 24.557 y modificatorias, y de la del régimen del derecho civil.

Sostiene que en esta acción es competente la justicia laboral y que el resarcimiento por los incumplimientos al deber de seguridad contemplado en dicha norma debe ser resarcido sobre la base de reparación plena que dispone el derecho civil. Posibilita pues reclamar ante tribunales laborales otros daños no contemplados en la L.R.T. contra el empleador y/o la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

³⁹ *Ibíd*, p. 25.

⁴⁰ Schick, Horacio, (2013). “Acción autónoma laboral de la Ley de Contrato de Trabajo luego del dictado de la ley 26.773”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, p. 1150.

En apoyo de la tesis que le atribuye autonomía procesal al art. 75, Shick cita a Eduardo Álvarez, quien sostiene lo siguiente:

“... la admisibilidad de una pretensión autónoma dirigida a efectivizar la responsabilidad contractual del empleador cuando el trabajador padece un daño que guarda un cabal nexo causal con el incumplimiento de la obligación de seguridad, y en este aspecto no me siento aislado porque en esta línea se inscribe el pensamiento de Justo López; Antonio Vázquez Vialard; Máximo Daniel Monzón; Horacio De la Fuente; Juan Carlos Fernández Madrid; Isidoro Goldenberg y, entre los civilistas, nada menos que Jorge Joaquín Llambías y Atilio Alterini... en consecuencia se impone concluir que, ante un infortunio laboral, nacen tres tipos de acciones: a) La acción emergente de la norma transaccional específica, como lo es la ley 24.028, (ley tarifada vigente en esa época) en el marco de una responsabilidad objetiva basada en la ocasionalidad; b) la acción por responsabilidad extracontractual por negligencia, dolo o riesgo, a la que aludía el Fallo Plenario N° 169, recaído en los autos ‘Alegre, Cornelio c/ Manufactura Algodonera Argentina SA’ y que se enmarca en lo dispuesto por los artículos 1109, 1113 y concordantes del Código Civil, de típico carácter aquiliano; y c) la acción tendiente a efectivizar la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento de la obligación genérica o específica de seguridad origina un daño al dependiente. Se ha dicho en alguna oportunidad, como fundamento a la tesis que niega a esta tercera acción, que la disposición del artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo carecería de autonomía al no preverse las consecuencias jurídicas del incumplimiento. Esta argumentación nos parece francamente peregrina porque el Derecho del Trabajo no presenta una autosuficiencia, que por otra parte sería innecesaria, en materia de responsabilidad contractual, y corresponde recurrir a las disposiciones del Derecho Civil que el legislador, con buen criterio, consideró ocioso reiterar”.

Shick también sustenta su tesis, a la cual denomina “acción autónoma laboral común no tarifada”, con base a una interpretación amplia, pro-operaria en función del art. 9 de la L.C.T., del término “bienes” del artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto prescribe: “el empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo y resarcirlo de los daños

sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo”. Ese concepto de “bienes” abarcaría también a la salud, a su criterio.

Por último, el citado jurista reflexiona sobre la postura del Profesor Jorge Rodríguez Mancini, quien sostiene una tesis opuesta, la cual excluye del ámbito laboral el tema de la reparación de daños por el incumplimiento del deber de seguridad fundado en el artículo 75 de la L.C.T., remitiéndolo de manera expresa y terminante al régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo. Así, el distinguido jurista asevera que después del dictado de la ley 26.773, coexisten solo dos sistemas de reparación de daños: el especial de la ley 24.557, competencia de los tribunales laborales, y el previsto en el Código Civil, competencia de los civiles.

Personalmente, adhiero a la doctrina que admite esta tercer opción autónoma porque le permite al trabajador obtener una reparación plena e integral, ante jueces laborales especializados en la materia y versados en los principios laborales (conforme surge de la doctrina sentada en los antecedentes⁴¹ “Jaimes” y “Faguada” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo análisis exhaustivo excede el objetivo de esta tesis), asegurándole un piso mínimo de garantías constitucionales que hacen a su especial tutela.

Lamentablemente, estos trabajadores que se decidan por el ejercicio de esta tercera acción también deberán sortear el escollo constitucional que implica la opción con renuncia del art. 4 de la ley 26.773⁴².

Título VIII. El art. 13 del Convenio 155 de la O.I.T. y el art. 25 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur

El catedrático Diego Tula⁴³ analiza el contexto jurídico internacional del derecho de retención y reseña dos normas fundamentales, las cuales cito a continuación.

⁴¹ Para el adecuado análisis de tan remarcables anteces jurisprudenciales con motivo de la acción laboral común, recomiendo la lectura de los siguientes artículos: 1) Virginis, José, (2018). “*Fallo Faguada: conflicto negativo de competencia. El juez laboral es el competente para conocer en los accidentes con fundamento en el derecho civil*”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. nº 3, Buenos Aires, pp. 217-213. 2) Shick, Horacio, (2015). “*Régimen de los Infortunios Laborales. Ley 26.773. Una interpretación protectoria frente a un viraje regresivo en materia de daños laborales*”, T. I y II, Ed. Daniel Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires.

⁴² Véase Machado, José Daniel, (2013). “*La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Por un lado, la ley nacional n° 26.693 del 2011 aprueba el Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, junto con su Protocolo de 2002 relativo al convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores.

Específicamente el art. 13 del Convenio 155 dispone que: “De conformidad con la práctica y las condiciones nacionales, deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud”.

Y por otro lado, la norma en cuestión está en armonía con el art. 25 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, revisada y ratificada en el año 2015. Dicho artículo reza: “La legislación y las prácticas nacionales deberán garantizar que los trabajadores puedan negarse a desarrollar sus actividades laborales siempre que existan condiciones de riesgo grave e inminente, sin perjuicio para ellos, de acuerdo a la legislación y usos nacionales”.

Título IX. Situación actual

Si bien en la actualidad no existe una norma única alguna proveniente del Derecho del Trabajo que otorgue de manera expresa al trabajador la posibilidad de retener tareas de manera genérica ante cualquier incumplimiento patronal, lo cierto es que todo ello no resultó un obstáculo para su uso y expansión a través de la jurisprudencia, con base al Código Civil de Vélez Sarsfield y luego al Código Civil y Comercial de la Nación.

En materia de prevención de riesgos a la salud, y a raíz de la reciente modificación del art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, la situación es sumamente clara, puesto que la norma especial específicamente consagra la posibilidad de rehusar tareas, y sin pérdida del salario, cuando existe un daño inminente por el incumplimiento del deber de seguridad.

Esa regla jurídica además se afianza con la tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N., como así también con el principio de prevención del daño que prevé el art.

⁴³ Tula, Diego J., (2017). “Reforma del art. 75, de la LCT: Una visión plurinormativa de la obligación de seguridad en el contrato de trabajo”, en *Revista del Foro Federal del Trabajo*, Buenos Aires, p. 20.

1710 C.C.C.N., y que habilita frente a su incumplimiento el ejercicio eventual de la acción preventiva dispuesta en el art. 1711.

En conjunto, los citados artículos le permiten al trabajador defender sus derechos, conservando su dignidad e integridad frente a los incumplimientos del empleador.

De modo que en los supuestos de riesgo a la salud o integridad del trabajador no hay dudas hoy en relación con su existencia autónoma en esa materia y a la procedencia de los salarios caídos.

Distinta en la situación con respecto al resto de los incumplimientos laborales como serían la falta de pago del salario, defectos de registración, prácticas discriminatorias, etc.

Al respecto, si bien la doctrina y jurisprudencia han sostenido progresivamente su aplicación en la materia, al punto tal de que no se requiere efectivamente la existencia de un daño y/o de un riesgo potencial, no se cuenta hoy en día con una norma autónoma y tampoco está zanjada definitivamente la situación con respecto a los salarios caídos.

La aplicación del instituto civil al resto de los incumplimientos laborales termina siendo una cuestión sumamente subjetiva y sometida a la valoración que el trabajador realiza de la injuria patronal, y en consecuencia es él quien decide recurrir o no a su uso, con las consecuencias que su error le puede acarrear.

Dicha opción a su vez puede ser discrepada por el empleador y generar el despido del trabajador, sin perjuicio del resultado de la judicialización del conflicto, donde los jueces evaluarán la gravedad de la injuria y la justificación de la herramienta legal, expidiéndose además respecto de los salarios caídos.

Capítulo 3: CONCEPTO

Título I. Definición

El derecho de retención tiene diversas acepciones según la rama del derecho a la cual se aplique. En el ámbito del Derecho Laboral es una facultad denominada de forma indistinta como: “suspensión individual”, “abstención”, “retención de tareas” o “excepción de incumplimiento contractual”; que autoriza al prestador de servicios a suspenderlos, es decir, a no prestarlos durante un cierto periodo de tiempo prudencial, frente a incumplimientos contractuales previos o esperables del empleador⁴⁴.

La referencia a “suspensión individual”⁴⁵ deviene por su correlato positivo con el poder disciplinario en cabeza de la patronal, en el sentido que durante el período en que se ejercite, se suspenden los deberes del empleado a efectos de preservar el contrato. Además, así como la suspensión disciplinaria le permite al obrero corregir su actitud, la suspensión individual le permite al empleador sanear su incumplimiento.

Por otro lado, si se recurre a la comparación con el “despido indirecto”, puede reputarse esa retención como una “suspensión indirecta”.

También por una cuestión de brevedad se la suele abreviar tanto en su denominación latina, *exceptio*, como en su versión española de “excepción”⁴⁶.

A la hora de definirla en simples palabras, se puede decir que la excepción de incumplimiento contractual es un principio de los contratos bilaterales, según el cual una de las partes puede abstenerse legítimamente de cumplir con las obligaciones a su cargo, si la otra no cumple u ofrece cumplir.

Aplicado en materia laboral, significa que el empleador no podrá exigir al trabajador el cumplimiento de sus obligaciones si el primero no cumple con las obligaciones fundamentales a su cargo.

⁴⁴ Etala, Carlos Alberto, (2003). “*La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Revista Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, pp. 316-319.

⁴⁵ Ackerman, Mario E., (2003). “*Las suspensiones en el Contrato de trabajo*”, en *Revista del Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 29-30.

Etala⁴⁷, por su parte, lo define como una medida de autodefensa privada o autotutela jurídica, que tiende a mantener el equilibrio contractual y es concorde con la buena fe que debe regir en las relaciones laborales. Requiere de manera efectiva una exteriorización del trabajador, indicando el momento a partir del cual hará efectiva la medida y la expresión suficiente de los motivos en los que se funda.

Título II. Naturaleza jurídica

Discernir la naturaleza jurídica de la excepción de incumplimiento contractual laboral, entendida como el derecho a retener tareas, permite en cierto modo desarrollar sus consecuencias prácticas y efectos jurídicos.

Teniendo en cuenta la ausencia de normas en la materia y el escaso desarrollo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en este punto específico, desde la óptica clásica se puede concebir como una acción, es decir, como un derecho sustantivo o bien como una excepción, o sea, como un derecho adjetivo, sea real o personal.

Si es considerada una excepción, solo puede servir de defensa frente a la acción de cumplimiento del actor. A su vez, se debe precisar si es una excepción perentoria, que aniquila la relación jurídica origen del conflicto, o más bien dilatoria, en el sentido que supedita el cumplimiento de la obligación al de la contraparte.

Del análisis del instituto y restringiéndolo al ámbito laboral, a mi criterio podría sostener que no se la puede encasillar en los preconceptos de la ciencia jurídica. En la praxis adquiere una naturaleza mixta, con matices sui generis, en el sentido de que puede ser ejercida como una acción de tipo personal, ya sea mediante un ejercicio judicial o extrajudicial, como así también puede ser concebida como una excepción dilatoria, en tanto postergaría la obligación a su cargo, lo cual quedaría justificado por la mora del empleador.

Título III. Fundamento

La excepción de incumplimiento contractual constituye un mecanismo de tutela sinalagmática que se fundamenta en el principio de interdependencia de las obligaciones emergentes de un contrato bilateral.

⁴⁷ Etala, Carlos Alberto, (2003). “*La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 316.

Trasladando ese concepto al ámbito laboral, el fundamento se encuentra en que el trabajo puesto a disposición del empleador no se ha concretado por razones no imputables al trabajador.

No obstante eso, y yendo más allá de ese sinalagma recíproco de obligaciones, el instituto se condice con principios básicos del derecho laboral como son: la condición de hiposuficiencia en la que se encuentra el operario para negociar frente a la autoridad superlativa del empleador; en la buena fe y la lealtad que debe regir la relación de trabajo; en el respeto a la dignidad y la irrenunciabilidad de los derechos; y por último, en la continuidad del contrato.

La abstención del trabajo por incumplimiento patronal, en tanto dure este incumplimiento, no constituye un caso de no cumplimiento del trabajador, sino el ejercicio de una potestad específica de autotutela preventiva reconocida a éste por el ordenamiento jurídico.

El obrero no deja de estar disponible para prestar servicios a las órdenes del empleador, sino que haciendo valer la *exceptio non adimpleti contractus* se niega a cumplirlos en tanto el empleador no cumpla la respectiva contraprestación⁴⁸.

En palabras de Hernández⁴⁹, “El fundamento del instituto que tratamos se halla en el nexo de interdependencia que existe entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales, que implica que una prestación es el presupuesto de la otra”.

Este nexo se manifiesta no solo en el momento del perfeccionamiento, condicionando el nacimiento de una obligación al de su correspondiente (sinalagma genético), sino también en la fase de ejecución del contrato (sinalagma funcional), sujetando una prestación al cumplimiento simultáneo de la otra.

Título IV. Su aplicación al Derecho Laboral

Más allá de sostener la conveniencia de la existencia autónoma en el Derecho Laboral de una figura similar a la *exceptio non adimpleti contractus* contemplada en el art. 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina ha discutido durante

⁴⁸ López, Justo, (1972). “El salario”, en Deveali, Mario L. (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. II, 2a ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 545/546.

⁴⁹ Hernández, Carlos A., (2015). “Comentario al art. 1031”, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. VI, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 45.

año sobre la posibilidad de la aplicación analógica de esa norma al ámbito del Derecho Laboral.

Personalmente, y teniendo en cuenta el contexto legislativo actual, me inclino por admitir la aplicación analógica, en razón de una serie de argumentos que expondré más adelante, pero aun así la considero insuficiente para resolver los conflictos netamente laborales, en virtud de la especialidad de la materia laboral, y de ciertas aristas que adquieren los casos en concretos y cuyas respuestas no son suficientes con la *exceptio*; es por ello que sostengo la necesidad de su regulación autónoma en el Derecho del Trabajo.

Es pues a raíz de esa postura el motivo por el cual estudio y desarrollo las consecuencias del instituto civil en un régimen tan especial como el laboral, que tiene sus principios y reglas propias.

El análisis histórico ya fue reseñado en el capítulo anterior, de modo que me remito a la conclusión que hice al respecto, y que básicamente se sintetiza en la siguiente premisa: la excepción de incumplimiento contractual consagrada en el Código Civil, y ampliada con la reforma en el art. 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación, junto con la reformulación del nuevo art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, son elementos normativos coincidentes que permiten afirmar en forma contundente su aplicación analógica y genérica al ámbito laboral. Pero como ya expuse, son normas insuficientes para cubrir el universo de supuestos laborales.

En cuanto al análisis doctrinario, los juristas no siempre se han mostrado coincidentes en su admisión e incluso hoy en día persisten autores que niegan su uso.

Por un lado, la doctrina mayoritaria⁵⁰ se inclina por admitir su aplicación del art. 1031 del C.C.C.N. al trabajador. Numerosos son los argumentos a su favor. A saber:

En primer lugar, con la nueva redacción del art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, específicamente se consagra la posibilidad de rehusar tareas, y sin pérdida del salario, cuando existe un daño inminente por el incumplimiento del deber de seguridad.

Esta regla jurídica a su vez se afianza con la tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N., como así también con el principio de prevención del daño que prevé el art.

⁵⁰ *Ibíd*, p. 316.

1710 C.C.C.N., y que habilita frente a su incumplimiento el ejercicio eventual de la acción preventiva dispuesta en el art. 1711.

Todo ese espectro normativo, que tiene como elemento común la integridad psicofísica de la persona, me permite sostener la aplicación analógica del art. 1031 del C.C.C.N. al resto del ámbito laboral puesto que la integridad como valor axiológico tiene igual peso que el valor de la dignidad que se pone en juicio en el resto de los casos.

No encuentro razón de peso que me permita, por un lado, justificar su aplicación cuando se trata de la salud, pero denegarla cuando se trata de otros derechos como el salario, la registración, entre otros, donde está en juego la dignidad humana, que es la cúspide los derechos humanos y sin la cual no tienen sentido los demás derechos.

En segundo lugar, negarle la utilización de la excepción implicaría convalidar un enriquecimiento sin causa del empleador o un perjuicio personal o patrimonial al obrero. En este sentido, se ha sostenido que no requiere que se traten de prestaciones simultáneas, siendo suficiente con que el empresario incurra en mora.

En tercer lugar, porque la norma en cuestión es aplicable sin inconvenientes de manera analógica al Derecho del Trabajo ya que no genera incompatibilidades con el resto del marco normativo laboral y no existe norma que la prohíba.

En efecto, se condice con tres principios pilares de la L.C.T. A saber:

a) El principio de conservación del contrato receptado en el art 10 de la L.C.T., que reza: “En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato”.

b) Los principios de equidad y buena fe consagrados en el art. 11, en tanto dispone: “Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

c) La regla de la buena fe en los negocios, en tanto el art. 63 prevé que: “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de

un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

En cuarto lugar, hoy ya no se duda de la función supletoria del Código Civil y Comercial, porque de manera expresa el art. 11 de la L.C.T. remite a las leyes análogas al disponer que éstas son aplicables “cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo”. Uno de esos institutos civiles que se adaptan a nuestra disciplina es pues la *exceptio non adimpleti contractus*.

En quinto lugar, existen otros antecedentes normativos que van ampliando su admisión. Tal es el caso del trabajador agrario que teme por su salud (art. 45 del Estatuto del Peón Agrario).

Por último, cabe exponer la postura de la minoría, en tanto algunos autores rechazan categóricamente su aplicación. Tal es el caso de Julián De Diego⁵¹, quien niega que el trabajador pueda acudir analógicamente a la suspensión. El mismo expone:

“En la actualidad, y después de que la norma citada fue derogada en la reforma de la L.C.T. de 1976 (ley 21.297), la doctrina y la jurisprudencia han rechazado la posibilidad de que el trabajador retenga tareas, descartándose la posibilidad de recurrir supletoriamente a las normas del Código Civil. Al mismo tiempo se sostuvo que el trabajador tiene una serie de medios y recursos previstos en la ley que permiten enfrentar situaciones de emergencia, de modo que no se puede afirmar, como lo hacen algunos autores, que estaría desprotegido”.

Título V. Caracteres y requisitos

Al tratarse de una figura sin sanción expresa en la ley laboral, a través de una interpretación analógica con las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación que se prevén para la *exceptio* y en menor punto también para institutos similares como la huelga y la facultad de retención de cosas, es posible sostener que la abstención de tareas reviste los siguientes caracteres y requisitos:

1. Existencia de un crédito exigible a favor del titular

⁵¹ De Diego, Julián A., (2008). “Manual del Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, 7a ed., Ed. La Ley, p. 490.

Para sustentar fácticamente la suspensión, debe haber previamente un incumplimiento patronal o un peligro potencial. Ello no significa que sea forzoso que se trate de un crédito líquido; sí, en cambio, que haya vencido el plazo para su cumplimiento, de modo que pueda tornarse en una obligación cierta y exigible. Es decir, no basta con que haya una presunción razonable o un temor de un posible incumplimiento sino que es ineludible que tenga sustento en la inobservancia de la contraparte.

No obstante lo expuesto, en el caso de la salud, tratándose de un bien intangible, ese crédito consiste en el derecho de indemnidad y de seguridad del que goza todo ser humano, no siendo forzoso demostrar el daño efectivo.

Por otra parte, y adelantando un tema que se analizará más adelante, a diferencia de la huelga, la abstención no admite reclamos de “intereses” sino solo conflictos de derecho, de modo que se excluye totalmente la hipótesis de ejercer la *exceptio* para reclamar mejoras salariales, o mejores condiciones laborales, y menos aún apoyar reclamos de otros compañero o gremios, como sucede en las huelgas de solidaridad o las de tipo políticas.

2. Amenaza de daño o riesgo potencial

Como se refirió *ut supra*, no requiere en todos los casos que la injuria ya se haya cometido, ya que en el caso de los riesgos a la salud basta que exista una amenaza real y potencial de un serio y grave daño a la salud, tal cual proclama el art. 75 de la L.C.T. que se analizará más adelante.

3. Incumplimientos parciales

Puede tratarse de un incumplimiento total (*exceptio non adimpleti contractus*) o parcial (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

La *exceptio* procede pues aún en caso de cumplimientos deficientes y/o parciales, o fuera de tiempo y forma. Tal es el caso, por ejemplo, del trabajador que reclama su pago íntegro y el empresario abona sumas tangencialmente inferiores.

Un supuesto especial podría plantearse cuando el empleador incumple sus obligaciones e ingresa en mora; el trabajador comunica y ejerce su derecho de abstención; y ante ello, aquél ofrece serias y suficientes garantías de que el

cumplimiento será realizado. La ley no nos brinda una respuesta clara en ese caso. Entonces, habrá que analizar la intencionalidad en concreto; el tiempo que lleva incurso en mora; la seriedad y magnitud de las garantías; la verosimilitud de la promesa; un término prudente para que cumpla; etc.

En el hipotético caso de que la promesa vislumbre seriedad a un corto plazo prudente considero que el trabajador debería cesar en su abstención y reintegrarse a su puesto porque ello hace al deber de colaboración y al de buena fe; más ello es cuestión de hecho que se evalúa en el momento y según las circunstancias de cada caso en concreto.

Opino que para que el ofrecimiento sea idóneo no basta un compromiso verbal y genérico, porque de lo contrario despojaría de su operatividad a la suspensión, tornándola abstracta. Una interpretación contraria, basada en una mera declaración unilateral de supuesto compromiso, desvirtuaría la finalidad persuasiva que posee la excepción de incumplimiento.

Atento a que la ley civil y tampoco la laboral prescriben cuál es el plazo prudente de espera o de promesa de cumplimiento, estimo que el mismo nunca debería exceder los treinta días corridos, que es el plazo que prevé el art. 67 de la L.C.T. y que tiene el trabajador para impugnar las sanciones disciplinarias⁵². Exceder ese plazo, sería condenar al trabajador a una especie de esclavitud *sine die*.

Si el empleador tuviese serias dudas sobre la veracidad del reclamo del trabajador, una opción prudente también podría ser recurrir a mecanismos de consignación a la espera de una solución; o bien podría demostrar con prueba instrumental y/o informativa que se encuentra con solvencia económica suficiente como para dar cumplimiento a su prestación.

En conclusión, y a modo de reflexión paralela al pensamiento anterior, si vencido el término de la promesa, el trabajador acreedor no ha sido satisfecho plenamente de su crédito o no se ha enmendado la situación peligrosa, éste no está obligado a retomar sus tareas y queda en condiciones de extinguir el vínculo. Queda en claro que ante el incumplimiento del término de la promesa de reparación del

⁵² Atento al vacío legal, también me expido en el Capítulo 4º, Título IX denominado “Duración” por aplicar ese plazo de treinta días como término máximo de duración de la retención de tareas.

empleador, que en ningún caso debería superar los treinta días, éste no puede petitionar siquiera un cumplimiento mínimo de funciones o tareas, puesto que acceder a ello es exclusivo de la voluntad del obrero.

4. Gravedad del incumplimiento

El incumplimiento debe ser grave, es decir, no intrascendente. No obstante, siendo ello sumamente subjetivo, y tal como he expuesto en toda la tesis, la valoración de la injuria dependerá de múltiples circunstancias de cada caso en concreto, que serán evaluadas en primera instancia por el trabajador y eventualmente por el Juez.

Lo mismo sucede con otros institutos del Derecho Laboral como es el caso del derecho disciplinario que ejerce el empleador, y que es susceptible de diversas miradas y opiniones.

5. Modo de ejercicio

La regulación no explica la forma de hecho en la cual debe ejercerse la *exceptio*, de modo que la misma se puede plasmar en una retención total de tareas, o bien podría ser ejercida de las siguientes maneras: parcial; sectorizada; rotatoria, intermitente o escalonada; o bien de cualquier otra forma dentro de esa idea parcial.

No obstante esos modos expuestos, considero inviables todas estas formas especiales porque pueden generar situaciones confusas en cuanto si realmente se está ejerciendo o no una abstención; porque pueden resultar sumamente complicadas de coordinarse y articularse en los hechos con el patrón; y porque técnicamente desvirtuarían el efecto persuasivo que tiene el instituto sobre el empleador a fin de que modifique la situación emplazada, haciendo que la medida pierda su eficacia y debilite aún más al trabajador.

En definitiva, son formas de suspensiones más bien propias de las acciones colectivas como la huelga, pero que considero inviables en la retención de tareas.

6. Relación laboral vigente

La retención funciona como una excepción al deber de trabajar, y para que este rija necesariamente la relación laboral debe estar vigente.

Si bien parece una obviedad resaltar el hecho de que la invocación de la retención de tareas debe hacerse durante la vigencia de la relación laboral, lo cierto es que ha habido casos en que se ha intentado ejercerla una vez resuelto el vínculo.

Al respecto, cito un fallo de la Tercera Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza que remarcó la necesidad de su vigencia. Así, en autos n° 38.512, caratulados “Silva, Jorge Roberto c/ Morales, Ana María p/ despido”, de fecha 25/06/2013, se señaló:

“Ha sido despedido con causa el trabajador que no dio cumplimiento al emplazamiento cursado por su empleador para que se presente a trabajar bajo apercibimiento de abandono, y después de producido el distracto, tardíamente invoca la figura del *non adimpleti contractus*. En consecuencia se tornan improcedentes las indemnizaciones reclamadas y que emanan de un despido incausado”.

Si se extingue la relación laboral, por cualquier causa, o el crédito adeudado en sí resulta satisfecho, la retención – con su efecto accesorio sobre los salarios – pierde su razón de ser. Es decir que el derecho de retención se extingue cuando se produce el despido, sea directo o indirecto, como así también frente a los distintos supuestos de extinción de la relación laboral por otros motivos: abandono, muerte, etc.

Más no sucede lo mismo a la inversa: si el trabajador cesa en su abstención de tareas, ello no significa inexorablemente la extinción del crédito. Es decir que si el trabajador decide ceder en su retención, y aflojar con su actitud, no por ello desaparece el crédito o se purga la injusticia.

7. ¿Derecho irrenunciable?

Teniendo en cuenta que la *exceptio* se vincula inexorable y directamente con derechos laborales protegidos por la garantía de irrenunciabilidad de la L.C.T., amparada a su vez en que se trata de normas de orden público, las partes – o en definitiva el empleador – no pueden pactar su prohibición o penalidades por su uso. Admitir lo contrario iría en contra de la propia dignidad humana, del derecho de

propiedad, y del principio de irrenunciabilidad⁵³, entre otras tantas garantías constitucionales.

Podríamos incluso sostener que se trata de un derecho implícito en los términos del **art. 33 de la C.N.**, el cual consagra los denominados “derechos implícitos” o “derechos no enumerados”, al disponer que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

No obstante, al no estar expresamente prohibido en la ley la posibilidad de que las partes pacten por escrito la prohibición de recurrir a la retención de tareas, podría argumentarse que no se trata de un derecho humano básico o de un crédito irrenunciable del trabajador, y que entraría en juego la libertad de pacto de las partes y la autonomía de la voluntad.

Personalmente creo que resultaría muy difícil que exista esa voluntad cuando se trata de relaciones que se caracterizan por la hiposuficiencia negocial del obrero frente al patrón, y del principio *in dubio pro operario* (art. 9, L.C.T.).

8. Innecesaridad de los requisitos de las medidas cautelares

En cuanto al *pelicurum in mora* hay que distinguir el tipo de incumplimiento; tratándose de reclamos económicos es imperioso que exista un incumplimiento o una injuria grave de la contraparte; en cambio, tratándose de incumplimientos a las normas de seguridad e higiene, basta un riesgo potencial, tal cual lo prevé el art. 75 de la L.C.T.

Tampoco se exige contracautela, lo cual se daría de bruces con el principio de gratuidad del derecho laboral receptado en el art.14 bis de la Constitución Nacional que establece: “el trabajo en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes...”.

La gratuidad también está plasmado en el art. 20 de la L.C.T., que reza: “El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley,

⁵³ Art. 12, L.C.T. Irrenunciabilidad. “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo”; y a nivel provincial, el art. 21 del Código Procesal Laboral de Mendoza dispone que: “Los trabajadores o sus derecho-habientes, gozaran del beneficio de justicia gratuita, hallándose exceptuados de todo impuesto o tasa”.

9. Innecesaridad de autorizaciones previas y/o preaviso

Su ejercicio no depende de la autorización previa de la autoridad judicial ni administrativa, sin perjuicio de su ulterior revisión judicial en caso de discrepancia.

Tampoco es obligatorio que el trabajador preavise al empleador que ejercerá la retención, pero si es conveniente que producida la injuria, en un corto plazo, se lo comunique de manera fehaciente a fin de que aquél tome conocimiento de la situación y pueda solucionar el conflicto sin tener que llegar a extinguir el contrato.

Título VI. Su similitud con otras figuras

Diversos autores suelen comparar la retención de tareas con la huelga, la legítima defensa, la tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N. y la retención de cosas.

1) La huelga

A continuación se realiza un análisis extenso del instituto en virtud de que es la figura que más similitud guarda con la retención, al punto tal de que haciendo una interpretación forzosa podría ser calificada ésta última como si fuese una “huelga individual”, lo cual es erróneo en razón de las grandes diferencias que existen entre ambos derechos, las cuales no solo se limitan a una cuestión conceptual, sino también histórica, normativa, funcional, etc.

Del mismo modo, es fundamental comprender que la huelga no es un ejercicio al unísono de la *exceptio non adimpleti contractus*, más allá de que pueda ser originada en base a un mismo incumplimiento patronal que afecte por igual a todos los trabajadores.

Analizar sus diferencias y similitudes nos permitirá delinear más ambos derechos, y poder discernir cuando estamos frente a uno y otro; evaluar las consecuencias disciplinarias y económicas que acarrea su uso injustificado; y por último, comprender hasta qué punto pueden aplicarse analógicamente las normas de la huelga al instituto de la retención, y si son compatibles.

1.1. Génesis y evolución histórica a nivel internacional

Etimológicamente, su origen se remonta a la referencia geográfica de la Plaza de Grève, que era una antigua plaza de ayuntamiento en París, donde los desocupados solían reunirse a negociar con los empleadores locales y ante el fracaso de ello, se quedaban *in situ* a la espera de mejores propuestas⁵⁴.

Históricamente nace como una forma de protesta en el marco de la Revolución Industrial del siglo XVIII, que pronto fue prohibida y sancionada penalmente por diversos Estados. Así, por ejemplo, la famosa ley “*Le Chapelier*”, de 1791, que la consideró un atentado contra la propia libertad.

Con la Revolución Francesa pasa a ser una de las banderas del principio de libertad, y deja de ser condenada legislativamente como un delito, acompañando la primera etapa de reconocimiento normativo de las organizaciones sindicales.

Con el advenimiento del constitucionalismo social fue siendo parcialmente admitida y plasmada en distintas cartas magnas, dándosele así mayor relevancia a lo estatutario sobre lo contractual, acompañando el avance de los grupos profesionales, cada vez más organizados, sobre el poder de negociación absoluto del empleador.

Y por último, terminó por consagrarse en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

1.2. El art. 14 bis de la Constitución Nacional de 1957

En el caso de Argentina, las primeras huelgas comienzan a finales del siglo XIX, por aumentos salariales y reducciones de jornadas, siendo seriamente reprimidas por la policía y militares hasta el extremo que fue el evento siniestro de la Semana Trágica de 1919.

⁵⁴ Cabanellas, Guillermo, (1966). “*Derecho de los Conflictos Laborales*”, Ed. Omeba, Buenos Aires, p. 160, con remisión a Dauvy, J., (1879). “*Des grèves ouvrières*”, Bruselas, p. 36. Citado por García, Héctor, (2012). “*El derecho de huelga*”, en Simón, Julio C. (Dir.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Si bien no existía norma positiva que la legitimara, se entendía que era un derecho natural a resistirse⁵⁵.

Normativamente recién aparece consagrada como un derecho de los gremios en el art. 14 bis de la Constitución Nacional de 1957, en un marco internacional que se caracterizó por incorporar toda la nueva ola de derechos socio-económicos y laborales que comenzaban a ser reconocidos universalmente durante la primera mitad del siglo XX en las distintas cartas constitucionales de los países occidentales.

Dicho artículo se caracterizó por titularizar la huelga en los gremios, y por su corte programático, sin necesidad de una norma positiva que le otorgue eficacia.

Esa protección del instituto se amplía luego con la incorporación del art. 75 inciso 22, en la carta magna de 1994, la cual le otorgó rango constitucional a varios tratados de derechos humanos.

1.3. Instrumentos internacionales

Entre los instrumentos internacionales más importantes relacionados con la materia, Héctor García destaca los siguientes⁵⁶:

En primer lugar, el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales garantizan el principio de libertad sindical e incluyen expresamente la huelga.

Rodríguez Mancini⁵⁷, a quien sigue vasta cantidad de doctrinarios, sostiene que ambos Pactos garantizan, cada uno por su parte, la vigencia efectiva del Convenio n° 87 de la O.I.T., al disponer su integración y remisión; de modo que este último adquiere así jerarquía constitucional.

En efecto, ambos Pactos incorporan al Convenio n° 87 de la O.I.T., a través de una cláusula de salvaguarda de la intangibilidad de este último (contenida en los arts. 8.3 del P.I.D.E.S.C. y 22.3 del P.I.D.C.P.), que dispone: “Nada de lo dispuesto en este

⁵⁵ Bidart Campos, Germán, (1981). “Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14 bis”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, p. 521.

⁵⁶ García, H., “El derecho de huelga”...

⁵⁷ Rodríguez Mancini, Jorge, (1998). “Las instituciones del Derecho colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional”, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 47.

artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”

En segundo lugar, la libertad de asociación que pregonan el art. 16.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En tercer lugar, el art. 11 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur que reconoce la titularidad del derecho a todos los trabajadores y organizaciones sindicales, sin mayores distinciones.

En cuarto lugar, los Convenios de la O.I.T. ratificados por leyes nacionales y con jerarquía constitucional, que serían:

a) el Convenio n° 87, del cual resaltan el art. 3° que define a la libertad sindical y el art. 10° que amplía la titularidad a “todas las organizaciones”; esta norma no impone limitación sustancial a la huelga si esta no afecta lo que el propio artículo considera “servicios esenciales” y, al mismo tiempo, introduce en nuestro ordenamiento con carácter de fuente de derecho interno a los “criterios y principios” de los órganos de control de normas de la O.I.T.

b) el Convenio n° 98 sobre derecho de sindicalización y negociación colectiva;

c) el Convenio n° 135/71 sobre protección de los representantes sindicales en la empresa.

Por último, la doctrina de los órganos de control de la libertad sindical de la O.I.T., que serían las opiniones interpretativas del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos de la O.I.T. Esas opiniones tienden a postular la amplitud del derecho en cuanto a su titularidad hacia todo trabajador organizado, ya sea en gremios, asambleas u asociaciones, y validar todos los fines de la medida de fuerza; también coadyuvan a custodiar la efectiva vigencia del principio de libertad sindical y evitar que las reglamentaciones locales desvirtúen el derecho con reglamentaciones arbitrarias que lo cercenen.

1.4. Legislación nacional

A nivel nacional, la regulación aparece en dos leyes básicas: por un lado, la Ley 14.786 de Conciliación y Arbitraje, que impone la mediación obligatoria, de neto corte procesal; y por otro lado, la Ley de Asociaciones Sindicales n° 25.877, junto con su decreto reglamentario n° 272/06, que es más bien una norma de fondo sustancial.

A la par de las normas citadas, se destacan una serie de leyes que se enumeran a continuación y que establecen algunas pautas aisladas que conforman parte del derecho colectivo argentino.

1.4.1. La Ley 14.786 de Conciliación y Arbitraje de 1959

Comenzaré por analizar la Ley 14.789, aún vigente, del año 1959, que poco reglamenta la huelga, limitándose a exigir “el procedimiento obligatorio de conciliación”, y a comunicárselo a la autoridad administrativa antes de ejecutar la medida.

En primer lugar, hay que recalcar que la norma se destaca en su época por no exigir calidad gremial para participar del procedimiento.

Impone un procedimiento obligatorio que se inicia con la presentación de una denuncia ante la autoridad de aplicación (Ministerio de Trabajo o Secretarías de Trabajo provinciales u organismos similares) notificando la existencia del conflicto.

La autoridad de aplicación, ante la existencia de un conflicto denunciado por las partes, o de oficio, puede dictar la conciliación obligatoria, que importa la apertura de un ámbito de negociación entre las partes.

Este ámbito de negociación se prolonga por 15 días hábiles, y la autoridad de aplicación puede ampliarlo por cinco días más. Durante todo este proceso, las partes están obligadas a concurrir a las audiencias de conciliación, pero no tienen la obligación de arribar a un acuerdo. Asimismo, tampoco pueden ejercer medidas de acción directa.

Esto quiere decir que durante un plazo determinado por la autoridad de administración los sindicatos no pueden declararse en huelga o llevar adelante cualquier medida que implique una disminución de la producción, bajo apercibimiento de ser sancionados con la pérdida de los salarios en los días que se realicen alguna medida.

Los patrones, por su parte, no pueden cerrar el establecimiento, suspender o despedir trabajadores ni modificar las condiciones de trabajo, y en caso de incumplimiento son pasibles de ser sancionados. Tampoco pueden contratar a trabajadores en sustitución de huelguistas ya que esto claramente menoscaba el derecho de huelga.

Vencido el plazo de la conciliación obligatoria, las partes quedan en libertad de acción para impulsar medidas de acción directa, y ni los patrones ni la autoridad de aplicación pueden iniciar nuevamente el procedimiento de conciliación obligatoria sobre el mismo conflicto.

1.4.2. La Ley de Contrato de Trabajo de 1974

Otro hito histórico del derecho colectivo argentino devino de la mano de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, en su redacción original de 1974, la cual establecía la protección del derecho a huelga en varias partes de sus artículos 243, 244 y 245.

La L.C.T., con el anteproyecto de Norberto Centeno, en su Capítulo VI, prohibía de manera tajante el despido por huelga. El título encabezado como “Efectos de la huelga y otras medidas de acción directa”, en su art. 243 rezaba:

“La huelga y las otras medidas de acción directa que interrumpan la prestación de los servicios solo suspenderán los efectos de la relación laboral por todo el tiempo que duren. La participación en ella del trabajador en ningún caso puede constituir causa de despido, ni aun mediando intimidación del empleador de reintegro al trabajo, salvo que se diese la situación prevista en el artículo 263, según valoración que harán los jueces prudencialmente en cada caso en particular y en presencia de la calificación administrativa que pudiere haberse dictado. Importará trato ilegal y discriminatorio, la no reincorporación de parte del personal involucrado en una huelga u otra medida de acción directa, luego de su cesación, invocándose como única razón la participación del trabajador en la misma, hubiese o no mediado intimidación del empleador de reintegro al trabajo”.

Se sumaba a dicha protección, el derogado artículo 244, el cual disponía:

“El empleador no podrá concertar durante el tiempo de duración de la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinente

nuevos contratos de trabajo que tiendan a sustituir o reemplazar en su cargo al trabajador, ni adoptar medidas disciplinarias en su contra, ni alterar la situación o condición en que se encuentra revistando en la empresa”.

Lamentablemente, el gobierno de facto que comenzó en 1976 y terminó en 1983, entre sus primeras medidas mediante el decreto ley 390/76 derogó íntegramente esta reglamentación del derecho a huelga. Derogación que se mantiene activa hasta el presente.

1.4.3. La Ley N° 23.551 de Asociaciones Sindicales de 1988

Luego que de que los gobiernos de facto suspendieran el derecho de huelga, entre otros tantos, recién con el regreso de la democracia se restauró la paz social y la libertad sindical con la sanción de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 en 1988.

Dicha normativa describe en su artículo 53 todas las acciones que realice el empleador que puedan ser calificadas y sancionadas como prácticas desleales.

Interesa especialmente el inciso e) el cual dice: “Adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales...”.

Asimismo, y en lo que atañe a titularidad le reconoce la titularidad del derecho a todas las “asociaciones”, sin distingo de ningún tipo.

El decreto n° 2.184/90 establecía que el Ministerio de Trabajo podía calificar los servicios esenciales, con lo cual se abusó y se incorporó toda una serie de actividades, que terminó por restringir gravemente el derecho de huelga.

1.4.4. La Ley de Empleo n° 24.013 de 1991

A modo reparador, parte de la protección de este derecho constitucional fue reincorporada de modo parcial en el ordenamiento vigente a través del art. 70 de la Ley de Empleo n° 24.013 de 1991, la cual prohíbe expresamente la contratación de trabajadores bajo la modalidad eventual con la finalidad de “sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical”.

Dicha ley además regula el supuesto especial de la empresa en crisis, y obliga que a partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical. La violación de esta norma por parte del empleador determinará que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y deba pagárseles los salarios caídos. Si los trabajadores ejercieren la huelga u otras medidas de acción sindical, se aplicará lo previsto en la ley 14.786 sobre conciliación obligatoria.

1.4.5. La Ley n° 25.877 de 2004 y los servicios esenciales

En 2004 se dicta la Ley 25.877 que ratifica la derogación del procedimiento de arbitraje obligatorio en la huelga, y particularmente resalta en su art. 24 el reconocimiento expreso del derecho de huelga, más allá de que limita su ejercicio cuando se trata de servicios esenciales o actividades que engendren situaciones de peligro para la vida, la seguridad y la salud de la población.

El estudio de esos servicios esenciales interesa a la materia en estudio en tanto permite analizar en qué supuestos también podría verse restringido, por analogía, el derecho de retención.

El citado art. 24 de la ley 25.877, que se ocupa de la huelga en los servicios esenciales, establece en sus dos primeros párrafos una enumeración taxativa:

“Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”.

En su tercer párrafo, el referido artículo 24 admite que:

“Una actividad no comprendida en la referida enumeración puede ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando

por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; b) Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.”

En ese último inciso, la doctrina y la jurisprudencia coincidieron en que el reenvío a los principios y criterios de los órganos de control de normas de la O.I.T. permitía la incorporación en nuestro derecho, con carácter vinculante, de los pronunciamientos y criterios de interpretación de los órganos de control de la aplicación de normas de dicha organización internacional tripartita.

Esta remisión repercute de manera fundamenta en los sujetos autorizados a declararse en huelga, ya no limitada a los gremios como reza el art. 14 bis de la C.N.

En este sentido, varios autores, y entre ellos, Ackerman⁵⁸, sostenían aun incluso del fallo “Orellano”, la ampliación de la titularidad del derecho a cualquier tipo de organización plural de trabajadores, lo que incluye a las organizaciones de carácter espontáneo y no permanente, como una simple coalición o una asamblea de personal.

Con la promulgación del decreto 272/06 se reglamenta el mencionado artículo 24, y se dispone por su intermedio la creación de una comisión independiente, denominada “Comisión de Garantías”, con el fin de calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877; fijar los servicios mínimos necesarios cuando las partes no lo acuerden o fueren insuficientes, compatibilizando el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos de la Constitución Nacional; pronunciarse, a solicitud de la autoridad de aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa; consultar y requerir informes a distintas organizaciones que garanticen imparcialidad sobre el tema conflictivo; etc.

Como conclusión, y en lo que atina a la comparación entre huelga y retención de tareas individual, se puede afirmar que su origen no es contemporáneo, ni tampoco su desarrollo se ha compadecido con el desenvolvimiento legislativo de la retención.

⁵⁸ Véase Ackerman, Mario E., (2004). “*Conflictos colectivos de trabajo. Ratificación y ampliación de la abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad*”, en *Reforma Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, pp. 205-206.

1.5. El fallo “Orellano” de la CSJN del 2016

En el contexto legislativo actual no existe una definición legal de la huelga, como así tampoco un concepto unívoco en la doctrina. No obstante, a raíz de distintos aportes de la doctrina, la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”⁵⁹, brinda un esbozo de definición a través de sus pasajes, señalando cuáles serían los requisitos de la figura, los cuales permiten diferenciarla de la retención.

En primer lugar, la Corte se explayó sobre dicha figura al establecer que:

“...es conveniente aclarar que la huelga debe considerarse como un acto colectivo en la deliberación que lleva a una agrupación de trabajadores a declararla para tutelar sus intereses. Celebrado el acuerdo sobre la huelga, corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla, de modo que la proclamación de la huelga es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo...”.

En un segundo pasaje la Corte exige que la “abstención o retaceo de la prestación laboral” debe ser “para que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas”.

En tercer lugar, agrega que el trabajador tiene un “derecho de adhesión” a la huelga declarada por un colectivo reconocido por el Estado.

De la lectura de esos pasajes se observa que en la huelga la retención de tareas solo queda habilitada *a posteriori*, una vez firme la declaración de huelga por el sujeto habilitado (lo cual se analiza más adelante en otro título de esta tesis).

De este modo, el trabajador afectado por una injuria en concreto podría bien ejercer individualmente su derecho de retener tareas o adherirse al conjunto de trabajadores en huelga. Incluso, una vez declarada la huelga, siempre será potestativo del obrero practicar o no la suspensión.

1.6. Concepto jurídico de huelga

⁵⁹ Nuestro máximo Tribunal avaló el despido de un empleado del Correo Argentino por participar en protestas que no habían sido convocadas por un sindicato reconocido por el Estado.

En términos generales, la huelga es un acto masivo de fuerza ejercido por sujetos colectivos que arbitran sus diferencias con los empleadores o grupos de éstos ante organismos administrativos, y que complican la continuidad de las prestaciones laborales como medio de presionar y lograr las conquistas de derecho o de intereses que persiguen.

Del análisis jurídico de los antecedentes normativos, la huelga en sí no aparece definida en nuestro sistema jurídico. El vocablo no es unívoco tampoco en la doctrina ni en la jurisprudencia, ya que se encuentra en constante evolución debido a su dinamismo, y al contexto socio-económico del momento.

No obstante ese dinamismo, distintos autores han hecho sus aportes conceptuales en base a las pautas que han ido brindando la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado y las resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo.

En cuanto a su concepto, en la doctrina básicamente hay dos posturas opuestas, que discrepan fundamentalmente en cuanto a su titularidad, sus formas de efectivizarse y sus finalidades.

Por un lado, están los autores que adhieren a una concepción amplia del derecho, que se caracteriza por extender su titularidad a toda persona, con vastas formas de desarrollo que pueden incluir la ocupación e incluso los daños, sin reglamentaciones que cercenen el derecho imponiendo negociaciones obligatorias y con los fines más variados posibles e incluso políticos o de solidaridad hacia otros.

Por otro lado, está la concepción restrictiva, que es la que adoptan nuestros juristas y jueces, sobre todo a partir de la incorporación del art. 14 bis en la Constitución Nacional; que limita la titularidad a los gremios, excluyendo toda forma que no implique abandono y desocupación con abstención de tareas; con sujeción obligatoria a los procedimientos administrativos y/o judiciales que imperen, condicionando el ejercicio al fracaso de la negociación colectiva; y con fines estrictamente profesionales y/o de reclamos propiamente laborales, dejando de lado fines políticos y/o de solidaridad. Esta teoría acarrea la consecuencia de calificar varias huelgas como ilegales, como serían las convocadas por asociaciones transitorias y/o informales, asambleas o grupos aislados de trabajadores.

A los fines de esta tesis, resulta de interés desarrollar la teoría restrictiva, respecto de la cual el Dr. Héctor García⁶⁰ resume sus rasgos identificadores de la siguiente manera:

- a) La huelga sería una simple abstención temporal del trabajo;
- b) vinculada generalmente con un incumplimiento contractual del empleador —lo que excluye a las huelgas “políticas” y “de simpatía”—;
- c) que puede ser ejercida solo en subsidio de la negociación colectiva — es decir, justificada en la imposibilidad de obtener mediante el consenso colectivo la satisfacción del interés defendido o cuando no existe un convenio colectivo vigente—;
- d) persiguiendo siempre una finalidad estrictamente laboral o profesional —es decir, no política—;
- e) que la medida resulte inexcusablemente convocada por una organización sindical — lo que implica desconocer la titularidad de este derecho a los trabajadores —;
- f) generalmente siguiendo procedimientos predeterminados en los estatutos de la misma o en la ley.

Entre los que adhieren a la postura tradicional restrictiva, se encuentra la suprema jueza Kemelmajer de Carlucci⁶¹, quien ha expresado que: “...la huelga, en un sentido amplio, es la abstención o abandono colectivo y temporal del trabajo, concertado por los trabajadores para secundar la reclamación planteada”.

La eximia Doctora cita en su apoyo para tal concepto la definición de huelga de la Corte de Casación Francesa: “...cesación colectiva y concertada del trabajo en vista de alcanzar éxito en las reivindicaciones profesionales”.

Su definición excluye todas las formas que no impliquen abandono o abstención, con lo cual quedan ilegalizadas de hecho variadas medidas de fuerza similares, como sería la huelga de brazos caídos, las de solidaridad, la huelga a reglamento, etc.

⁶⁰ García, Héctor, (2012). “*El derecho de huelga*”, en Simón, Julio C. (Dir.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

⁶¹ Kemelmajer de Carlucci, Aida Rosa, (1990). “*Daños y perjuicios por la huelga*”, en *Anticipo de Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, pp. 12 y ss.

Otra definición más propia de un iuslaboralista, y también restrictiva, en tanto titulariza la huelga únicamente en los gremios, es la de Julián de Diego, quien de manera concisa afirma que: “La huelga es la abstención colectiva y concertada del deber de trabajar promovida por una entidad gremial con personería, fundada en una causa laboral de naturaleza colectiva, observando los procedimientos establecidos de solución de conflictos, conciliación y arbitraje y dirigida a las empresas en la que los huelguistas trabajan”⁶².

1.7. Clasificación según su forma de ejercicio

En términos generales, la huelga en su forma más clásica será ejercida con abandono del puesto de trabajo y de las tareas, de manera indefinida. No obstante, ello no significa que siempre adquiera esa forma de ejercicio.

En efecto, existen múltiples formas de ejercer este derecho, y en definitiva la modalidad que adopte la huelga será aquella que defina el conjunto de trabajadores que quiera ponerla en práctica.

En nuestro país no existe ninguna norma que se refiera expresamente a esta cuestión, más allá de recurrir a los pronunciamientos de los órganos de control de la O.I.T., la doctrina y la jurisprudencia.

Siguiendo las clasificaciones de Fernández Madrid en su “Tratado Práctico de Derecho”, y de Héctor García⁶³, la huelga como medida de fuerza puede adquirir numerosas formas, que no se condicen de manera estricta con el concepto que brinda la doctrina mayoritaria argentina.

Tampoco todas las formas de ejercicio encuadrarían para ser consideradas “legales” como tales en nuestro régimen vigente. Esto sin perjuicio de la inconstitucionalidad flagrante de la norma que deslinda dicho poder jurisdiccional a la autoridad administrativa.

A saber, y agrupándolas por sus semejanzas, se pueden enumerar los siguientes tipos:

⁶² De Diego, Julián A., (2006). “*La huelga y los procedimientos de solución de los conflictos colectivos*”, 1ª ed., Ed. Errepar, Buenos Aires, pp. 222-223.

⁶³ García, Héctor, (2012). “*El Derecho de Huelga*”, Simón, Julio C. (Dir.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

- 1) rotativas y/o articuladas; intermitentes; por tiempo indeterminado; por tiempo determinado; escalonadas (en el sentido de ir agravándose); etc.
- 2) sectorizadas, estratégicas, neurálgicas o de “tapón”. Prácticamente coinciden en que se afecta tan solo de modo directo a la actividad productiva básica de la empresa, o a los sectores estratégicos del sistema económico, pero que comunica sus efectos en cadena a los demás ámbitos, consiguiendo la paralización de todo o gran parte del proceso productivo.
- 3) a destajo, a reglamento, con quite de colaboración, con bajo rendimiento, etc. Tienen en común que la medida consiste en una ejecución minuciosa y reglamentaria del trabajo, con el consiguiente retraso en el mismo.
- 4) de solidaridad o simpatía. Se refieren a aquellas en donde un gremio apoya y secunda los reclamos de otros trabajadores, mediante la influencia que el empresario perjudicado de manera colateral puede ejercitar sobre el empresario de la contienda principal.
- 5) políticas y/o general, que puede ser definida como aquella que tiene por objeto ejercer presión sobre los patrones y el Estado con carácter de acción política de los trabajadores.
- 6) de brazos caídos o con ocupación. Suponen la ocupación temporal del establecimiento por parte de los obreros. Al principio se las consideraba ilegítimas, pero con el devenir de la jurisprudencia se las ha ido admitiendo como formas legítimas.
- 7) relámpago, simbólicas, de advertencia, sorpresivas, etc. Se caracterizarían por su breve duración de varios minutos, que detienen el trabajo, sin abandonar el establecimiento, de modo preparatorio para una huelga de mayor magnitud, y con un claro factor psicológico de presión sobre el empleador, por su falta de aviso con anticipación. En esta línea se inscriben las asambleas.
- 8) “a la japonesa”. Este particular modo implica que los trabajadores ocupen y gestionen el establecimiento, de manera arbitraria, como por ejemplo, con el levantamiento de barreras en las cabinas de cobro de peaje en autopistas o el levantamiento de molinetes en estaciones de subterráneo. Tiene un claro fin de potenciar el daño al empleador, sin afectar la percepción del servicio por los usuarios, quienes suelen verse incluso beneficiados por ese accionar.

1.8. Medidas complementarias a la huelga

El concepto de huelga, que suele estructurarse en torno a la idea de cesación de la prestación de tareas, en su aspecto de ejecución polifacético, abarca a las llamadas asambleas, comisiones, coaliciones, como así también a todo tipo de organizaciones plurales que reúnan las características conceptuales que hemos precisado. No comprende, en cambio, medidas de fuerza auxiliares tales como:

- 1) Los piquetes: se caracterizan por el corte o recorrido por las calles para informar a la población de las razones de la controversia patronal y ejercer una mayor presión social. Se convierten en delictivos cuando van acompañados de violencia física, o cuando se trata de amenazas verbales constriñendo a otros a participar, como bien señala el art. 158 del Código Penal Argentino al reprimir con prisión de un mes a un año al obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o *boycott* (en español, boicot).
- 2) El bloqueo: consiste en la ubicación de un cordón de vehículos que interrumpe el acceso y egreso de personas, mercancías o materias primas a los establecimientos.
- 3) Las “sentadas”, “batucadas”, “escraches”, “acampes”, etc.: son modos de proyectar la conflictividad hacia el exterior de la empresa, en un doble juego tendiente a afectar la honorabilidad del empleador e incentivar a terceros a tomar partido en el conflicto en favor de los huelguistas. Ocasionalmente pueden ir acompañadas de la instalación de “ollas populares” o de la escenificación de otras situaciones de fuerte padecimiento o martirio de trabajadores, por el que se responsabiliza al empleador, como ocurre con la denominada “huelga de hambre” y el autoencadenamiento de huelguistas a las puertas del establecimiento o en el perímetro de éste⁶⁴.
- 4) El sabotaje: según Orgaz⁶⁵ consiste en trabajar mal deliberadamente, causar daño intencional en los productos durante el proceso de fabricación, perder tiempo, destruir o desaprovechar la materia prima, etc., para dañar a la clase patronal. Es reprimido como delito contra el Estado, si afecta servicios públicos, o contra la industria privada.
- 5) El paro: de forma habitual suele hablarse de manera indistinta de huelga y paro. Sin embargo, es prudente aclarar que se trata de dos conceptos distintos, y que el

⁶⁴ García, Héctor, ... p. 137.

⁶⁵ Orgaz, Arturo, (1961). “*Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*”, Ed. Assandri, Córdoba, p. 321.

paro, es simplemente una de las tantas formas posibles de ejercer el derecho de huelga. Grisolia⁶⁶ nos dice que: “El paro (‘huelga de brazos caídos’) se distingue de la huelga propiamente dicha en varios aspectos. Mientras la huelga configura una interrupción por tiempo indefinido —hasta que se solucione el conflicto—, el paro es una interrupción por determinado tiempo (horas o días). En la huelga existe abstención de tareas sin permanencia en el lugar de trabajo, mientras que en el paro los trabajadores que no llevan adelante la prestación permanecen en el lugar de trabajo”.

1.9. Huelgas legítimas e ilegítimas

Párrafo aparte merece exponer que en nuestro derecho argentino las huelgas también se pueden calificar como legales y/o legítimas, de aquellas que no lo son, en tanto no cumplen con los requisitos vigentes según la ley y la jurisprudencia.

Esa clasificación que introduce la Ley de Asociaciones Sindicales ha sido declarada inconstitucional en reiteradas oportunidades por nuestros Tribunales en razón de que implica una atribución de jurisdiccionalidad por parte del Poder Ejecutivo contraria al principio constitucional de la división de poderes.

No obstante esa inconstitucionalidad palmaria, reviste interés su estudio para compararla con la retención individual, y por eso me abocaré a ello.

En este aspecto, la Dra. Silvina María Livellara⁶⁷ ha perfilado una serie de requisitos para tener en cuenta cuando estamos frente a una huelga legal, y que resultan útiles para remarcar diferencias con el instituto de la retención de tareas. A saber:

La huelga debe consistir en la abstención colectiva del deber de trabajar por parte del operario, lo que implica rehusarse a realizar sus tareas habituales y abandonar el lugar de trabajo. La ocupación del establecimiento, los sabotajes, el provocar daños en bienes de la empresa o en los productos y servicios, transforman la medida de fuerza en ilegal, puesto que afectan el derecho de propiedad y el derecho a trabajar que tienen otros trabajadores. En idéntico sentido se pronuncia Kemelmajer de Carlucci, quien

⁶⁶ Grisolia, Julio Armando, (1999). “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, p.658.

⁶⁷ Livellara, Silvina María, (2011). “La huelga y sus daños”, en *Revista Derecho del Trabajo n° 11*, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 2891-2906.

descarta como huelgas a aquellos supuestos que no abandonan sus puestos de trabajo: paro por secciones; trabajo a desgano o reglamento; huelga de brazos caídos; huelga con ocupación; etc.

La medida debe ser convocada y declarada, en principio, por una organización gremial, ya que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, garantiza a los gremios el derecho de huelga. Una medida de acción directa promovida individual o plurindividualmente por trabajadores, sin respaldo del gremio que los representa, sería ilegal. A este punto, debemos actualizarlo con el fallo “Orellano”, de la CSJN, del año 2016, que amplía ese derecho a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas, y manifestando que son ilegítimas las medidas de fuerza promovidas por grupos informales y/o colectivos que no cuentan con el aval del sindicato.

Debe tener un objeto predeterminado de naturaleza laboral o colectivo. Un reclamo individual o plurindividual que persiga o defienda intereses que no sean laborales o que no afecten al grupo o categoría profesional colectivamente, no justificaría la huelga.

Para convocar o declarar una huelga se deben observar de manera previa los procedimientos legales -(conforme manda el artículo 2º Ley 14.786)-, o convencionales de autocomposición de conflictos. Si no se cumple con ellos, la medida puede ser declarada ilegal en sede administrativa por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación o, por los organismos provinciales que actúan con facultades y competencia como autoridades de aplicación en materia de trabajo, en las distintas provincias.

Dicha calificación de ilegal puede ser revisada en la Justicia en los casos que se ventilen por conflictos individuales originados a raíz de la huelga. En caso de ser medidas de fuerza ilegales, podrán ser sancionados disciplinariamente, además de los salarios descontados.

Nada de esto sucede en la retención, la cual no requiere trámites previos ni tampoco debe ser sometida a una especie de conciliación obligatoria. Si bien puede ser revisada judicialmente, lo será a modo individual, y en el marco de un juicio en concreto.

1.10. Diferencias con la retención de tareas

Si bien hay similitudes, en tanto el derecho de huelga es otra de las posibilidades de reclamo y respeto de los derechos laborales de manera colectiva y/o través de las asociaciones sindicales con personería gremial⁶⁸, son dos institutos muy distintos entre sí, con normativas y efectos que no son idénticos.

A modo de introito, adelanto que la diferencia radical entre ambos derechos estriba en los sujetos e intereses en juego.

1.10.1. La titularidad del derecho y los sujetos afectados

En cuanto al análisis de los sujetos involucrados, el Dr. Sebastián Alou refiere que:

“La retención de tareas se diferencia del derecho de huelga en la naturaleza individual, o plurindividual en algunos casos, del primero, y la naturaleza colectiva del segundo. No puede considerarse que la retención de tareas sea un ejercicio irregular del derecho de huelga, aun cuando esta facultad sea ejercida por una pluralidad de empleados”⁶⁹.

En idéntico sentido, Deveali distingue ambos institutos al decir que “a diferencia de la huelga, que necesariamente debe tener carácter general y presupone un previo acuerdo, la abstención de que se trata debe ser efectuada únicamente por los trabajadores directamente afectados por el incumplimiento patronal, revistiendo así el carácter de abstención pluriindividual”⁷⁰.

En la abstención de tareas, los conflictos individuales o plurindividuales involucran únicamente a un trabajador, o varios de ellos, ante un conflicto particular y concreto, que indefectiblemente afecta de manera directa a esa persona específica, sin llegar a representar un interés colectivo, y frente a un único empleador, quien luego recurrirá a la justicia en caso de desacuerdo.

⁶⁸ La exclusividad de la representación reservada a las asociaciones sindicales con personería gremial fue instaurada por el decreto-ley n° 23.852/45 y subsiste en la ley de asociaciones sindicales n° 23.551, más allá de las inconstitucionalidades declaradas en casos puntuales por la jurisprudencia (cuyo estudio excede este trabajo de tesis).

⁶⁹ Serrano Alou, Sebastián, (2008). “*La diferencia entre la huelga y la retención de tareas*”, documento n° 1291, Revista n° 8, T. 108, Ed. Zeus, pág. 5.

⁷⁰ Deveali, Mario L., (1965). “*Huelga imputable al empleador*”, en *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 414.

De ese modo, surge claro que la *exceptio* es ejercida por uno o varios individuos, sin que sea obligatorio que participe algún sindicato, y no se afecta a la totalidad del establecimiento.

La suspensión individual tampoco afecta de manera colateral a los demás compañeros de trabajo porque sus efectos se proyectan en la esfera sinalagmática laboral con el patrón, a diferencia de la huelga donde los obreros cuentan con la libertad sindical de adherirse o no a la misma (aunque en algunos casos, de facto, se los termine obligando a ello).

A contrasentido, en la huelga no se exige que todos y cada uno de los partícipes de la misma hayan sido efectivamente lesionados y perjudicados de una manera directa; bien puede suceder que un trabajador no afectado por las medidas patronales decida adherirse en su legítimo derecho de libertad sindical.

Hecha la aclaración entre ambas figuras, nada impide en los hechos que un conflicto nazca como individual y se materialice en la realidad como de naturaleza colectiva, pero aun así su ejercicio deberá darse a través de las vías de representación propias del derecho colectivo. En sentido contrario, un paro general de trabajo no puede constituir simultáneamente una huelga y suspensión individual; es, en todo caso, una huelga, y consecuentemente, se juzgará por las normas jurídicas propias de esa figura.

El otorgamiento de la personería gremial hoy recae sobre el Ministerio de Trabajo, el cual en los hechos se lo acusa de violar abiertamente la norma constitucional del art 14 bis, convirtiendo al trámite de inscripción en un mecanismo selectivo por el cual se otorga la inscripción solamente a aquellos que son del agrado político del Ejecutivo de turno, atropellando los derechos a la libertad y autonomía sindical de los trabajadores.

Validando ese poder jurisdiccional del Ministerio, la Corte en el fallo “Orellano”, expresa que la titularidad del derecho de huelga, la tendrían tanto los sindicatos con personería gremial, como los sindicatos simplemente inscriptos, negándose implícitamente a los sindicatos en trámite de inscripción y otras organizaciones de trabajadores no formalizadas.

Lo que la Corte no aclara es que el trámite de inscripción ante el Ministerio de Trabajo dista enormemente de ser una “simple inscripción en un registro”, tal como

ordena el art 14 bis de la C.N., ya que algunos pedidos de inscripción llevan hasta diez años sin ser resueltos.

De la misma forma, el fallo implica un impedimento para cualquier agrupación de trabajadores que esté en pugna con la “línea oficial” de la organización. En efecto, si el único legitimado para convocar a medidas de acción directa es el sindicato reconocido por el estado, se corre el serio riesgo que la conducción oficial no “avale” la medida de fuerza, cuando quien la convoca es una línea opositora. Y en este sentido - solo por poner ejemplos que han tomado notoriedad mediáticamente - no podrían haber existido experiencias como la de los “trabajadores del subterráneo” o los “choferes de la Línea 60”, ambos colectivos dentro de la UTA, pero con una visión diferente a la del oficialismo, o del sector que en ese momento tenía la conducción del sindicato⁷¹.

En síntesis, el fallo sin dudas limita el derecho de huelga y el surgimiento de nuevas organizaciones de trabajadores, ratificando el modelo monopólico del sistema sindical argentino.

1.10.2. La exigencia obligatoria de procedimientos administrativos

La segunda diferencia fundamental entre ambas figuras en estudio es que para que se configure una huelga lícita en nuestro derecho es obligatorio que antes de tomarse las medidas de fuerza se debe recurrir a la instancia obligatoria del diálogo y negociación (sea que ésta se denomine arbitraje, conciliación, etc.).

El *iter* sindical normalmente discurre mediante un procedimiento establecido por ley que implica la gestión de negociaciones colectivas y ante el fracaso de las mismas, la retención, aparece como una de las tantas expresiones de medidas de fuerza que se pueden tomar, paralizando así a la totalidad de la empresa, con abandono del lugar de trabajo.

Dicha instancia obligatoria, en cambio, no es requisito para la retención, donde no es necesaria acudir de manera previa, contemporánea o posterior, al organismo administrativo y/o judicial, sin perjuicio de que ello sea facultativo. Es decir que no

⁷¹ “La Corte y su intento de limitación o eliminación del derecho de huelga”, 05/08/16. Análisis del fallo Orellano, por los doctores Pablo Kleiman y Hernán Luengo, integrantes del Departamento Jurídico de la Central de Trabajadores de Argentina, disponible en: [webhttps://www.ctacapital.org/la-corte-y-su-intento-de-limitacion-o-eliminacion-del-derecho-de-huelga/](https://www.ctacapital.org/la-corte-y-su-intento-de-limitacion-o-eliminacion-del-derecho-de-huelga/)

existe ningún procedimiento administrativo que frene y suspenda de manera temporaria el ejercicio de este derecho.

1.10.3. La finalidad teleológica de la medida

En tercer lugar, desde una perspectiva teleológica, podríamos decir que ambas herramientas tienen un fin social, pero con una magnitud distinta.

En ese sentido, la abstención procura evitar que la relación individual de trabajo se extinga, manteniendo vigente el contrato laboral, y compele al empleador al cumplimiento de sus obligaciones.

En cambio, la huelga excede el marco individual, de reclamo de derechos subjetivos, y se consagra como un verdadero instrumento de participación de los obreros en conquistas de derechos económicos y sociales.

Esa es la diferencia que mejor permite dilucidar frente a qué tipo de figura uno se encuentra. Así, una huelga puede ser encausada por motivos de incumplimientos laborales como también por reclamos de mejoras salariales y/o condiciones laborales, e incluso abarcar las llamadas huelgas de solidaridad y simpatía hacia los reclamos de otros gremios y/o las políticas - para aquellos autores que entienden que la ley no establece restricciones y/o aditamentos que limiten la defensa de los intereses de los obreros -.

Esto último no es viable en la retención, en la que solo caben reclamos de derecho o de tipo profesionales, y no conflictos de intereses, lo cual genera como efecto accesorio la exclusión de las huelgas políticas, de solidaridad, de simpatía, y/o similares.

Sí coinciden en que ambas medidas tienden a persuadir y presionar al empleador para que modifique su actitud (aunque los fines de la huelga van más allá de eso), y ambos derechos no buscan la interrupción definitiva de las tareas ni la extinción contractual.

1.10.4. El modo de ejercicio

A modo de punto de conexión, se puede afirmar que los institutos coinciden en la paralización y el abandono del puesto de trabajo (para quienes adhieren a la postura

restrictiva del concepto); ambos de manera pacífica, con lo cual se diferencian de medidas extremas como el sabotaje, la ocupación, el boicot, los piquetes, etc.

Como ya señale en otros capítulos, no todas las formas de ejercer la huelga resultarán compatibles con la ejecución de la retención. En efecto, difícilmente los modos de huelga a reglamento (a destajo, con tareas mínimas), alternada (ya sea que sean rotativas, escalonadas, etc.), de brazos caídos, etc., podrán ser utilizados por el trabajador individual, porque pueden resultar sumamente complicados de coordinar y articular en los hechos y porque pueden prestarse para confusiones en cuanto a la real abstención, desvirtuando el efecto persuasivo que tiene el instituto sobre el empleador a fin de que modifique la situación emplazada.

1.11. El pago del salario durante el ejercicio de la huelga

Uno de los temas más álgidos y más polémicos, y que más confusiones generará si aplicamos analógica o supletoriamente las reglas de la huelga a la retención es el tema de la percepción del salario durante la suspensión.

Según Mansueti⁷², la doctrina mayoritaria (liderada en este tema por Ackerman) sostiene que en principio la huelga siempre ha traído aparejada la pérdida del salario, salvo cuando se ha tratado de incumplimientos patronales provocados por el propio empleador a raíz de conflictos tales como: falta de pago de salarios; o cuando el patrono ejercitare algún tipo de medidas de acción directa, por ejemplo: despidos o suspensiones colectivas, modificaciones inconsultas a las condiciones de trabajo, medidas de persecución focalizadas en la representación gremial, etc.

La jurisprudencia también adopta la postura de negar el abono de los sueldos, siendo excepcional su pago cuando sea provocada por culpa o dolo del empleador.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo “Unión Obrera Molinera Argentina c. Minetti”, reiteradamente viene sosteniendo que: “... por regla, los salarios de huelga no se pagan, a menos que la huelga se haya producido por culpa del empleador”⁷³.

⁷² Mansueti, Hugo R., (2007). “Huelga en los servicios esenciales en Argentina”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 414.

⁷³ García Martínez, Roberto, (1990). “La huelga y el contrato de trabajo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 153.

A nivel provincial, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, ha juzgado que: “el descuento de los días no trabajados, no importa una sanción”; “concebir a la huelga con derecho a percibir el salario, supone el rompimiento de la bilateralidad del contrato, un enriquecimiento sin causa por parte del empleado que adhiere a una huelga”; y que: “es procedente el descuento de los haberes por días de huelga cuando la medida no haya sido provocada por la conducta dolosa o culposa de la patronal, siendo irrelevante que la huelga no se haya declarado ilegítima”⁷⁴.

En general, los adeptos de esta postura se basan en argumentos tales como: 1) que se violaría el principio de igual remuneración por igual tarea del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto se le reconocería el derecho al salario a aquellos que efectivamente no han trabajado; 2) que se trataría de un enriquecimiento sin causa; y 3) que no hay una efectiva puesta a disposición de la fuerza del obrero a favor del empleador, acorde a los términos del art. 103 de la L.C.T..

Ante este panorama negativo, algunos sindicatos han previsto la posibilidad de crear un fondo de huelga, merced a la cuota sindical, a fin de paliar el bache económico que implicaría el descuento de los días no trabajados.

Esa es otra de las diferencias con la suspensión individual, donde la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sí propician la admisión de los salarios caídos, e incluso ya contamos con numerosos dispositivos que así lo acogen (y en especial el art. 75 de la L.C.T. cuando se trata de rehusar tareas por existir peligro para la salud del trabajador).

2. La legítima defensa

Núñez⁷⁵ define la legítima defensa como “aquella acción por la cual se emplea un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente, ocasionando un perjuicio a la persona o derechos del agresor”.

Es un mecanismo de justicia propia por el cual el sujeto que realiza así el acto agresivo aparece legitimado por el Derecho y su actuar es lícito, aunque produzca un

⁷⁴ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 26/12/2000, “Sindicato Único de Trabajadores de la Educación de Mendoza c/ Dirección General de Escuelas”, en *Revista del Derecho de Trabajo*, Vol. B, 2011, p. 2135.

⁷⁵ Núñez, Ricardo C., (1973). “*Manual de Derecho Penal - Parte General*”, Ed. Lerner, Buenos Aires, p. 71.

daño a tercero, atento que su fundamento radica también en la imposibilidad en que se encuentra el interesado para requerir y esperar la intervención del Estado en la protección de sus derechos.

Coinciden en que son medidas de autotutela frente a actitudes de otros, y que no requieren de la intervención inmediata de la justicia.

Comparando ambos institutos, las diferencias son notorias, ya que en la legítima defensa no media contrato bilateral alguno; segundo, implica una agresión por parte de otro individuo, mientras que en la retención se trata de incumplimientos contractuales que no califican de agresiones físicas; y por último, mientras que en la legítima defensa estamos sólo frente a actos consumados, en la retención no sólo puede tratarse de daños ya producidos sino que también comprenden a los actos potencialmente dañinos, cumpliendo pues una función también cautelar.

Si bien se puede concebir a la retención como un modo de autoprotección no se llega nunca al extremo de la legítima defensa, ya que la primera va a implicar una abstención del débito laboral mientras que la segunda puede llegar al extremo de causarle la muerte al otro.

3. Tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N.

Como ya expuse en otro capítulo de esta tesis⁷⁶, la diferencia fundamental con la tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N. reside en la inminencia del daño para el trabajador, ya que en la retención no es necesaria esa inminencia, siendo suficiente cualquier incumplimiento patronal.

A *contrario sensu*, en la tutela preventiva, no es forzoso que se produzca el daño; basta con que haya peligro y la antijuridicidad de la conducta. Es pues esa función preventiva lo que justifica la antedicha flamante figura, y que adquirirá suma importancia en materia de accidentes de trabajo.

4. El derecho de retener cosas

Tal como he expuesto al inicio de esta tesis, el derecho de retención de tareas laborales tiene su origen inmediato en la aplicación analógica que hizo la doctrina y la jurisprudencia de la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*.

⁷⁶ Título VII. La modificación del art. 75 de la LCT por la ley N° 27.323 (2016).

La antedicha defensa, a su vez, se correlaciona con otro instituto del derecho, propio del ámbito de los derechos reales, que es la facultad del acreedor de retener y conservar en su poder una cosa de que pertenece y debía entregar a su deudor hasta que éste le pague la deuda. Dicha figura está prevista en el art. 3939 del Código Civil y actual art. 2587 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Un autor que ha desarrollado en extenso la naturaleza jurídica del llamado derecho de retención, es Moisset de Espanés⁷⁷, quien ha afirmado lo siguiente:

“...la facultad de retener no constituye por sí misma un derecho autónomo; no es real, ni personal. En el afán de desmenuzar cada fenómeno jurídico se ha perdido de vista que todos y cada uno de los derechos subjetivos están integrados por un haz de facultades que tienden a facilitar y asegurar la conservación, ejercicio, goce y disposición del derecho, y que esas facultades o atribuciones concedidas al titular no constituyen por sí derechos autónomos. Por ejemplo, cuando el orden jurídico, para asegurar el cumplimiento de una obligación o la efectividad de un derecho real, concede la facultad de embargar, ¿sería correcto sostener que ese embargo es por sí solo un derecho autónomo y que debe indagarse su naturaleza jurídica para determinar si se trata de un derecho real o de un derecho personal? Algo muy similar sucede con el derecho de retención... Se trata, pues, de una de las atribuciones que surgen del derecho de crédito y solo se concede con carácter excepcional, cuando se reúnen los requisitos exigidos por la ley a favor de un acreedor, que es al mismo tiempo deudor de la obligación de restituir la cosa”.

En este punto de análisis, siendo ambas figuras símiles, surge la duda de si se puede potenciar la retención de tareas con la retención de cosas.

En la actualidad, en materia laboral no existe norma que autorice retener nuestra fuerza de trabajo junto con la retención material del establecimiento o parte de él, o de los materiales de trabajo, y menos aun de las ganancias, etc., a diferencia de lo que si sucede paradójicamente en las locaciones civiles de obra y de servicios, en el contrato de depósito, etc. donde el locatario, el depositario, etc. sí puede retener la cosa hasta que

⁷⁷ Moisset de Espanés, Luis, (2012). “*Derecho de retención: legislación argentina y códigos modernos*”, en *Revista crítica de derecho privado*, cita: ISSN 1510-8090, N° 9, pp. 207-238.

se le pague lo adeudado, conforme surge a lo largo del texto de la Ley de Concursos y Quiebras.

Sí le otorga al trabajador preferencias y privilegios concursales más no un derecho de retener las cosas de propiedad del empresario.

En mi opinión, admitir la posibilidad de retener cosas de manera paralela con la facultad de abstención podría implicar una violación del derecho de defensa y de propiedad del empleador, ya que sería una especie de anticipo de justicia por mano propia, cuando en realidad nada impide al obrero recurrir a otras vías de acción menos lesivas.

En ese sentido, el trabajador agraviado y acreedor de créditos remunerativos no adeudables o de naturaleza indemnizatoria, siempre podrá acudir judicialmente al embargo preventivo de esas mismas cosas materiales, y luego gozará de las preferencias que le garantiza la Ley de Quiebras y Concursos y la propia Ley de Contrato de Trabajo⁷⁸, pero no un adelanto de justicia a mano propia y de facto con la cosa propiedad del patrón, como sí sucede en una locación de servicios.

Esta llamativa diferencia de privilegios de retención entre trabajadores de la L.C.T. y prestadores o locadores del C.C.C.N. se relaciona a su vez con un cuestionado criterio que rechaza la naturaleza laboral e insiste con las características de dependencia técnica, jurídica y económica que si se darían en las relaciones laborales más no en las

⁷⁸ Art. 268, L.C.Q. Privilegios especiales. “Los créditos por remuneraciones debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación de que aquél forma parte. El mismo privilegio recae sobre el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros. Las cosas introducidas en el establecimiento o explotación, o existentes en él, no estarán afectadas al privilegio, si por su naturaleza, destino, objeto del establecimiento o explotación, o por cualquier otra circunstancia, se demostrase que fuesen ajenas, salvo que estuviesen permanentemente destinadas al funcionamiento del establecimiento o explotación, exceptuadas las mercaderías dadas en consignación”.

Art. 269, L.C.Q. Bienes en poder de terceros. “Si los bienes afectados al privilegio hubiesen sido retirados del establecimiento, el trabajador podrá requerir su embargo para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ello sea de buena fe. Este derecho caducará a los seis (6) meses de su retiro y queda limitado a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación”.

Art. 270, L.C.Q. Preferencia. “Los créditos previstos en el artículo 268 gozan de preferencia sobre cualquiera otro respecto de los mismos bienes, con excepción de los acreedores prendarios por saldo de precio, y de lo adeudado al retenedor por razón de las mismas cosas, si fueren retenidas”.

civiles y comerciales. No obstante esa apreciación considero que su análisis profundo excede el marco de esta tesis.

En definitiva, la retención de cosas no está legitimada. Esa es la regla general. Excepcionalmente algunos estatutos especiales si prevén, por ejemplo, la retención de la vivienda.

Tal es el caso del portero en los consorcios de propiedad horizontal donde se habilita la retención temporal. Así, el art. 25, inc. 11, del C.C.T. n° 589/2010 regula:

“En los casos de despido sin invocación de justa causa, cuando el empleador abone las indemnizaciones legales dentro del plazo de 4 días hábiles, el dependiente con vivienda, deberá hacer entrega de la misma dentro del plazo de 30 días. Si el empleador no diera cumplimiento con tales pagos dentro del mencionado plazo, el derecho a permanecer en la vivienda se podrá llegar a extender hasta un plazo de 90 días contados a partir del despido”⁷⁹.

La Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, en autos “Consortio de Propietarios del Edificio Virrey Arredondo 2427/29 c/ Gómez María s/ desalojo”, en fecha 20/07/2001, señaló: “...no existe norma alguna que le atribuya al Encargado una suerte de derecho de retención de la vivienda hasta que le sean satisfechas las indemnizaciones, ni aún en el caso de despido directo sin causa”⁸⁰.

En la misma línea de argumentación la Cámara Laboral puntualizó que: “las eventuales deudas que pueda tener el consorcio con el trabajador no generan derechos de retención alguna sobre la vivienda, porque no tienen su origen en la referida cosa retenida, sino eventualmente, en el contrato laboral que vinculó a las partes”.

Este criterio ha sido reiterado por otras Cámaras y sigue vigente. Así, con fecha 21/12/2016, la Sala VI, de la C.N.A.T., en autos “Consortio de Propietarios del Edificio de la calle Cramer 2.357/61 vs. Giménez, Víctor Javier s. Desalojo”, sostuvo que:

“Si bien previo a la vigencia de la C.C.T. N° 589/2010, la normativa no avalaba la eventual pretensión del trabajador de retener la vivienda ante la ruptura del contrato y ante la falta de pago de las indemnizaciones correspondientes,

⁷⁹ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T.; 69767/2015; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 2389/17.

⁸⁰ Fallo citado por Ackerman, Mario E., en “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, T. V, Cap. V, a cargo del Dr. Alejandro Sudera, pp. 372-373.

basándose en la excepción de incumplimiento contractual -art. 1201, Código Civil- o en el derecho de retención regulado en los artículos 3939, y cc. del mismo cuerpo legal; en la actualidad los contenidos del inc. 11, art. 25, (Otras obligaciones del empleador) del convenio referido, prevén el derecho a retener la vivienda hasta tanto se abonen los rubros salariales indemnizatorios, aunque limitado a un período máximo de 90 días”.

Algo similar sucede con el trabajador agrario donde es común en el ámbito rural, dadas las distancias que suelen haber entre el lugar de trabajo y la zona urbana más próxima, que el empleador le asigne una vivienda al trabajador dentro del propio establecimiento rural. En este caso, de haber acreencias impagas, aquél puede permanecer en la vivienda sin ser desalojado hasta tanto el empleador le otorgue garantía de pago sus créditos adeudados.

Los arts. 9 y 10 del decreto reglamentario n° 301/13 de la Ley 26.727 de régimen de trabajo agrario regulan la cuestión atinente a la devolución de vivienda otorgada al trabajador en el establecimiento rural e imponen la obligación al empleador, de poner a disposición y satisfacer, antes de operarse la desocupación, los importes adeudados al trabajador por la relación laboral, como también los correspondientes a las obligaciones relativas a la seguridad social.

Existen supuestos misceláneos donde se genera un efecto equivalente, como es el caso de los trabajadores que gozan de una vivienda accesoria al contrato de trabajo.

Por ejemplo, en el caso de Mendoza, los arts. 86 y 87 del Código Procesal Laboral rezan: “En los casos en que se promoviera por los empleadores juicios de desalojos de la vivienda o parcelas de tierra concedidas al trabajador en virtud o como accesorio de un contrato de trabajo... El lanzamiento no se decretara sin previo deposito o constitución de garantía suficiente por el empleador, a juicio del tribunal, para responder las obligaciones a su cargo emergente del contrato de trabajo”.

De la lectura del dispositivo se observa que si bien no prevé específicamente que se retenga la vivienda, lo cierto es que el desalojo no se producirá hasta tanto se aseguren sus créditos. Se transforma en un eventual reclamo de daños y perjuicios que sufre el trabajador con motivo o en ocasión del desalojo si el mismo se concreta sin observar el empleador las obligaciones a su cargo.

La gran diferencia que nos permite distinguir ambos supuestos es que en la retención de vivienda frente al desalojo el contrato de trabajo está finiquitado, mientras que en la retención de tareas supone un contrato vigente.

A modo de conclusión, se puede señalar las siguientes similitudes y diferencias básicas:

- 1) Mientras el derecho de retención se refiere tradicionalmente a obligaciones de dar cosas corporales (exige la condición de conexión entre la deuda y la cosa), la *exceptio non adimpleti contractus* se refiere a cualquier obligación de dar, hacer o no hacer y requiere conexión o correlación de obligaciones y su cumplimiento.
- 2) El derecho de retención funciona dentro y fuera de la esfera judicial, al igual que la *exceptio* en su doble faz de derecho sustantivo, entendida como acción procesal; y también funciona como derecho adjetivo en tanto puede ser incoada como defensa procesal.

5. La desobediencia civil y la objeción de conciencia

5.1. Conceptos

En su libro “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, Jorge Portela⁸¹ cita a John Rawls y su “Teoría de la justicia”, autor este último que brinda un concepto de desobediencia civil, definiéndola como “un acto ilegal, público, no violento, de conciencia, pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa”.

Continúa el citado autor:

“A partir de esta definición, podemos extraer ciertos elementos de la desobediencia que implican, en primer lugar, la violación de una norma (acto ilegal); que sea mediante un acto tanto público (lo que lo diferencia de un delincuente, que actúa furtivamente) como político: esto implica que con este se pretende cambiar la norma, el desobediente civil es un actor político y su accionar, cuanto más público sea, mejor, por cuanto intenta que su acto cobre la mayor publicidad posible; es un accionar pacífico (no violento), de lo contrario

⁸¹ Portela, Jorge, (2015). “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, Ed. Educa, Buenos Aires, p. 27.

podría encuadrar su conducta como un acto terrorista; es un acto de conciencia que se funda en la propia conciencia o en la moralidad, el desobediente civil en realidad adhiere al sistema, por eso la desobediencia civil como tal, propiamente hablando, solo puede darse en un sistema democrático, el sujeto que pretende desobedecer la regla refiere solo a una ley en particular que considera injusta y pretende cambiar; y por último es un obrar que conlleva un fin especial, el desobediente civil busca cambiar la norma (o la ley), la decisión de la autoridad respecto de la cual protesta”.

En cuanto a la objeción de conciencia, enseña Portela que: “la objeción de conciencia es una especie de desobediencia al derecho. El objetor incumple el deber legal basándose, sin embargo, en un puro motivo ético o religioso: queda excluida aquí toda motivación política”⁸².

Específicamente refiriéndonos a la objeción de conciencia, Navarro Floria, catedrático español citado por el Dr. Carlos Livellara⁸³, en su libro “Derechos fundamentales inespecíficos del trabajador”, brinda el siguiente concepto:

“Como un supuesto especial derivado de la libertad ideológica se presenta la objeción de conciencia que se la caracteriza como “una forma de desobediencia jurídica: supuesta la necesidad de obedecer a la ley, es decir, la obediencia a la ley como conducta debida y esperada, el objetor la desobedece en virtud de un imperativo ético (religioso o no) que le impone una conducta, o una abstención, contraria a lo que la ley manda. Esta desobediencia tiene dos características: no es activa, como en el caso de la rebelión o revolución, sino pasiva; y no es colectiva, sino individual”.

Vertidas esas definiciones, se puede afirmar que la objeción de conciencia consiste en la negativa de una persona a cumplir una determinada regla del ordenamiento jurídico que colisiona directamente con los valores morales y éticos de uno. Así pues, aparece como una forma de incumplimiento del régimen normativo en tanto afecta al individuo personalmente, en pos de proteger su libertad individual.

⁸² Portela, J., “*La justificación iusnaturalista...*”, cit., p. 29.

⁸³ Livellara, Carlos Alberto, (2015). “*Derechos fundamentales inespecíficos del trabajador: Su problemática y aplicación en Argentina*”, Vol. 21, Núm. 1, Ed. Gaceta Laboral, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, p. 25, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33641802002.pdf>

No se trata de una desobediencia nihilista o anárquica o de una actitud violenta, rebelde o caprichosa sino del ejercicio de una actitud pasiva frente a una norma lesiva a su conciencia.

A diferencia de lo que sostenía Rawls cuando habla de desobediencia civil, el objetor no persigue eliminar la ley sino que se lo exceptúe de su cumplimiento forzoso por razones de paz interior. Él interpreta que opera en coherencia con su interior al juzgar que sus creencias son justificadas.

La objeción no solo se puede referir a una norma en particular, sino también a una orden del empresario. A su vez, hay que remarcar que el incumplimiento de una norma que afecta individualmente a una persona no habilita per se al resto del personal a ampararse en esa desobediencia como si se trata de una derogación con efecto *erga omnes*.

El punto de conexión con el derecho laboral se visualiza cuando es el empresario el que quiere obligar al trabajador a cumplir sus órdenes. ¿Hasta qué punto uno debe ceder ante los intereses empresariales? ¿Qué bien jurídico admite tutela preferencial? ¿Los objetores son pasibles de sanciones disciplinarias?

Ante ese tipo de situaciones de conflicto interno, y cuando el trabajador se sienta obligado a realizar acciones contrarias a su conciencia individual, es posible legalmente recurrir al derecho de objeción de conciencia, pese a la ausencia de regulación expresa; y en todo caso, será el Tribunal quien resuelva el caso concreto.

En síntesis, a su favor se puede decir que la discrepancia con el mandato legal enriquece la conciencia interior y le permite a uno sentirse más realizado obedeciendo a la moral propia antes que a una determinada norma jurídica.

A modo de crítica se puede señalar que las normas se dictan genéricamente para toda la población sin atender a circunstancias individuales y de ahí que no siempre tendrán la misma acogida favorable en todos los ciudadanos.

Entonces, el problema fundamental que acarrea la objeción es que expone la debilidad del sistema democrático y del Estado de derecho, con el consecuente respeto de las leyes por todos sus ciudadanos, frente al rechazo moral que le ocasiona una norma específica a una persona concreta.

Genera además el planteo ético de si es posible suspender la validez y obligatoriedad de todo el ordenamiento jurídico frente a una crisis individual.

En la actualidad se están difundiendo lo que se denominan “cláusulas de conciencia”⁸⁴, y ampliándose los ámbitos de su aplicación (de manera originaria restringido al periodismo), permitiéndole a todo tipo de trabajador puede pactar en su contrato de trabajo una serie de lineamientos políticos, filosóficos, religiosos, etc., que hacen a su intrínseca dignidad, y que el empleador acepta, concede y se obliga a respetar.

Son garantías de inmunidad que tienden a conservar la dignidad de la persona frente a presiones del empresario. Ante el incumplimiento de esas limitaciones, el trabajador puede rescindir unilateralmente el contrato de trabajo, con derecho a indemnización.

5.2. Casos típicos de objeción de conciencia

Esta desobediencia debida, paragonando la frase con nuestra funesta época de la dictadura, comenzó en nuestro país con la negativa a unirse al servicio militar obligatorio para luego extenderse a otros supuestos tales como la reciente y polémica práctica del aborto, sin dejar de lado otros tantos hitos nefastos como fue la negativa a registrar matrimonios homosexuales o cambios de identidad sexual.

De manera genérica puedo mencionar algunos supuestos de objeciones normalmente referidas:

- 1) personal de las fuerzas armadas que se niegue al cumplimiento de obligaciones militares dañinas para su salud; o a ejecutar determinados actos bélicos;
- 2) personas que se niegan a prácticas o rituales religiosos en ámbitos que deberían ser laicos, como negarse a prestar juramento mediante determinada fórmula sacramental;

⁸⁴ De acuerdo con el jurista español José María Desantes Guanter, la cláusula de conciencia consiste en “una cláusula legal, implícita en el contrato de trabajo periodístico, según la cual, en determinados supuestos que la ley tipifica en relación con la conciencia del informador, los efectos económicos de la extinción de la relación laboral periodística producida por la voluntad unilateral del trabajador, equivalen a los del despido por voluntad del empleador”. Es decir, la cláusula de conciencia es la vía legal por la cual el periodista puede abandonar en forma voluntaria la empresa periodística en la que trabaja, percibiendo igual indemnización que si hubiera sido despedido injustamente. Desantes Guanter, José María, (1977). “*La cláusula de conciencia desde la perspectiva profesional*”, en *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas*, Universidad de Navarra, Vol. IV, pp. 28-29, disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/12315>.

- 3) aquellos que se niegan a abonar obligaciones fiscales con destino a fondos militares, electorales, o símiles;
- 4) quienes se niegan a respetar diversos derechos de la comunidad *LGTTBIQ+*, que van desde negarles trámites de adopción hasta celebrar sus uniones o cambios de identidad de género;
- 5) profesionales de la sanidad involucrados en prácticas sanitarias, tales como las abortivas, eutanásicas, eugenésicas, castraciones químicas, etc.;
- 6) profesionales de la educación contratados por colegios religiosos que se obligados a enseñar valores contrarios a la ciencia o incluso privados de inculcar educación sexual;
- 7) periodistas que se niegan a ser tergiversados por sus editores;
- 8) quienes prestan servicios para las llamadas “empresas de tendencia”, donde el trabajador tiene que compartir sus valores y principios de manera activa e incluso exteriorizar una línea ideológica que quizás no pactó o comprendió en su total dimensión desde un principio, o respecto de la cual han mutado sustancialmente sus creencias;
- 9) el caso de musulmanes, judíos y otros religiosos, quienes se niegan a trabajar durante ciertos días de la semana o ciertas fechas que responden a sus ritos religiosos y que no coinciden con los calendarios laborales;
- 10) abogados dependientes del Estado, que no pueden elegir a sus clientes; pensemos incluso en la posibilidad de negarse a defender un abusador de menores o un feminicida.

De la variedad de objeciones expuestas, se puede concluir que su ámbito es cada vez mayor y dinámico en tanto aumenta la regulación del Estado sobre aspectos privados y los individuos toman conciencia de esas intromisiones.

Una de las pautas para justificar su uso es distinguir la situación de las partes al momento contractual, donde el empleador puede indagar superficialmente sobre algunos aspectos personales del trabajador, más sin tornarse en una inquisitoria discriminatoria.

Asimismo, es posible que se pacten de manera originaria condiciones laborales específicas por ambas partes, con la consecuente aceptación de una y de la otra, pero

que con el tiempo esos valores muten por cuestiones propias del dinamismo del pensamiento humano.

Son supuestos que no están todos contemplados en una norma general y que normalmente dan lugar a múltiples interpretaciones a favor y en contra según el caso.

En definitiva, a falta de una regulación específica y del reconocimiento legislativo expreso, sobre la base de eximia doctrina, han sido los Tribunales quienes han ido perfilando algunas respuestas, habilitando su ejercicio cuando estén en juego derechos fundamentales.

5.3. Legislación nacional e internacional

El derecho de objeción no tiene en Argentina una regulación específica ni una norma que lo prevea expresamente. No obstante ello, se desprende del concepto de libertad ideológica y religiosa que está consagrado en numerosos instrumentos internacionales.

Al solo efecto ilustrativo, y considerando que su estudio excede mi tesis, reseñaré algunas normas de las cuales se podría justificar su uso.

En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en su art. 18 indica que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

En el mismo sentido, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos protege la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y el art. 19 consagra la libertad de opinión y de expresión, de esbozar sus propias opiniones y de difundirlas.

Por su parte, en el marco nacional, el Dr. Livellara cita los siguientes artículos de la Constitución Nacional⁸⁵: el art. 14 que consagra la libertad de expresión y de culto; el art. 36 que regula el derecho de resistencia del ciudadano frente a actos de fuerza; el art. 18 que prevé que nadie está forzado a hacer lo que la ley no manda; y el art. 75 inc. 22 en tanto incorpora al pliego constitucional a los tratados internacionales.

⁸⁵ Livellara, C. A., “*Derechos fundamentales...*”.

Y en materia específicamente laboral cita: el art. 17 de la L.C.T. que prohíbe discriminar; y el art. 73 que prohíbe indagar sobre las opiniones ideológicas del trabajador y que incorpora la libertad de expresión; entre otros.

En virtud de ese marco normativo, la objeción goza de una presunción de legitimidad constitucional; en consecuencia, de judicializarse algún caso, será el *giudice* quien analice los bienes jurídicos en conflicto en el caso concreto; los cuales normalmente se podrán equidistar en la dignidad humana del trabajador, y por el otro extremo, las ganancias de la empresa.

Más allá de esas normas básicas no existen otras leyes que específicamente prevean el instituto, a excepción de la que se estudia en el subtítulo siguiente. Probablemente su escasez legislativa se deba al impacto socio-cultural que acarrea su uso, ya que su ejercicio pone en jaque la constitucionalidad de los regímenes jurídicos que nos ordenan como sociedad.

5.4. La ley n° 26.130, “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, y el pago de los salarios

En 2006 se sanciona un supuesto específico de objeción de conciencia a través de la ley n° 26.130, titulada “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, la cual admite que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "vasectomía" en los servicios del sistema de salud.

Concretamente, su artículo sexto, titulado “Objeción de conciencia”, reza:

“Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1° de la presente ley. La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata”.

Resulta llamativa la contundencia de la norma en tanto anticipa que el ejercicio de la objeción no acarreará sanciones laborales. Esa solución legislativa es quizás el punto más importante en tanto se puede asociar con la retención de tareas en estudio.

Aplicando analógicamente ese artículo al instituto de marras, se podría argumentar que si para el objetor se prevé la ausencia de sanciones, con idéntico sentido puede sostenerse la validez de la conservación del salario para el que retiene tareas.

Axiológicamente responderán a fines distintos – preservar la conciencia, en un caso, y protegerse del incumplimiento patronal en el otro caso -, pero funcionalmente tienen una misma estructura que permitiría hacer una aplicación analógica para afirmar que en la retención de tareas también se mantiene el derecho a la retribución durante la suspensión.

5.5. Jurisprudencia local

El Dr. Livellara⁸⁶ en su artículo “Derechos fundamentales inespecíficos del trabajador: Su problemática y aplicación en Argentina”, nos relata una serie de supuestos locales de objeción específicamente laborales. Así, expone:

“En el ámbito de las relaciones laborales, los casos de objeción de conciencia presentados en la Argentina, no difieren de los que se registran en el derecho comparado. Un primer supuesto es el de la negativa a prestar trabajo en los días de descanso prescriptos por la religión del trabajador, o en los días festivos religiosos. En un caso llegado a los tribunales, un trabajador adventista del Séptimo Día, encontró amparo ante la pretensión de su empleador de modificar su horario de trabajo y obligarlo a laborar los días viernes por la tarde. El Tribunal consideró ilegítimo el despido producido por la negativa del trabajador a aceptar esa modificación (C.N.Trab., Sala X, 26/4/2004, “S., M. R. c/ Longseller S.A. s/ despido”, E.D. 28/7/2004)”.

“También en el ámbito laboral, se ha protegido judicialmente a trabajadores que objetaron prácticas de veneración a símbolos nacionales impuestas por el empleador (caso ‘Gorlier’). Sin embargo el precedente jurisprudencial más significativo sobre el tema es el caso ‘Armella, Miguel c/ Aerolíneas Argentinas SA s/sumarísimo’ (C.N.Trab, Sala VI, 26/10/00, ‘Armella, Miguel Ángel c/A.A.

⁸⁶ Livellara, C. A., “*Derechos fundamentales...*”, p. 25 y ss.

Aerolíneas Argentinas s/juicio sumarísimo' expte. N° 6.250/00 del Juzgado n° 42), por cuanto si bien reconoce ese derecho del trabajador lo encausa dentro de los límites de la razonabilidad. Los antecedentes del caso son los siguientes: el 23 de agosto de 1999, cuando el accionante atendía el mostrador de embarque de un vuelo con destino a Tucumán, una joven presentó un pasaje a nombre del ex general Antonio Domingo Bussi, ex gobernador de facto de la mencionada provincia durante el gobierno militar, negándose el actor a atenderla, esgrimiendo una 'cuestión de conciencia'. De inmediato, la jefa de tráfico-jerárquica del actor –le manifestó a éste que no podía negarse, advirtiéndole que se trataba de una falta grave, y disponiendo su cambio de mostrador. El ex general fue atendido por la propia jefa, y luego la empresa sancionó al actor con una amonestación, por considerar que su negativa de atender a un pasajero constituye una grave violación al deber de prestación. Luego el actor acudió a la justicia, y en el fallo de primera instancia se declara la invalidez de la sanción disciplinaria por considerar que la accionada conculcó el derecho elemental de libertad de conciencia... En cambio la Cámara... afirma que el actor... invocó en la emergencia un justificativo (una cuestión de conciencia)..., para luego agregar que... en la situación subexamen el actor abusó de su derecho al... rechazar lisa y llanamente la admisión del pasajero que -fuera de quien fuera- tenía el innegable derecho a viajar por cuanto había adquirido el billete... afectando la prestación del servicio y la imagen pública de la empresa, amén de elementales razones de buena fe y lealtad hacia la empresa... Por la minoría el doctor Capón Filas, se inclina por confirmar la sentencia de primera instancia por considerar que se encuentran comprometidos derechos fundamentales”.

5.6. Similitudes y diferencias

Comparando ambos institutos, se advierte que tienen algunos aspectos en común, y en otros puntos difieren en menor tangencia. Si bien su estudio excede mi trabajo de tesis, es útil hacer algunas comparaciones que nos permitirán vislumbrar distintas aristas del derecho de retención.

A grandes rasgos se puede afirmar que difieren en lo motivacional como así también en sus efectos. Amén de ello, la objeción tiene una regulación aún más difusa que aquél, sin perjuicio de los detractores de su postulación.

En cuanto a sus similitudes, puedo afirmar que al igual que la retención, la objeción se ejerce individualmente. Esto no obsta, obviamente, que al igual que sucede en la retención plural o en una huelga general, pueda exponerse la objeción conjuntamente entre varios trabajadores unidos casualmente por un mismo ideal o valor ético común.

Agrego que, desde una cierta óptica, se puede aseverar que ambos institutos tienden a preservar el contrato de trabajo, legitimando la negativa a trabajar.

En cuanto a sus diferencias, en primer lugar sostengo que en la retención de tareas estamos frente a un incumplimiento neto del empleador, o ante un potencial riesgo en materia de seguridad e higiene. En cambio, en la objeción no hay incumplimiento del empleador sino una colisión lisa y llana con una orden emanada del superior jerárquico o del imperio de la ley.

Otra diferencia radical es que en la retención es el empleador quien incumple con sus deberes; en cambio, en la objeción es el propio trabajador quien incumple con sus obligaciones.

La tercera diferencia que encuentro es que la retención de tareas es general y abarca, en principio, todas las tareas del trabajador. Como la huelga, no se advierte como un trabajador pueda retener sus tareas y permanecer en su puesto de trabajo, cumpliendo otras tareas, a la vez de que intima el cese de la actitud injuriosa del empleador. No obstante, hay que dejar por sentado que ello es posible. Imaginemos así el caso del trabajador que se niega a cumplir tareas en un específico sector insalubre del establecimiento porque la temperatura del lugar es dañina a su salud. Nada impediría, en principio, pues que se niegue a esas tareas, y que realice otras.

En cambio, la objeción suele ser más específica, en el sentido de que se refiere a una actitud concreta; colocándolo al trabajador en la posibilidad de continuar con el resto de sus tareas. Tal es el caso de los oficiales del Registro Civil, quienes supieron en su momento oponerse a celebrar matrimonios homosexuales, más continuaron con el resto de sus tareas.

Capítulo 4: DESARROLLO

Título I. Causas justificativas del uso de la figura

La retención de tareas es factible por diversas y numerosas situaciones, no existiendo una enumeración taxativa de conflictos que la permitan.

No existe en la legislación laboral argentina un catálogo cerrado o un *numerus clausus* de situaciones que tipifiquen incumplimientos, sino que la prudencia del ejercicio de la retención en cada caso queda en primera instancia al arbitrio del dependiente. En consecuencia, es una cuestión sumamente subjetiva, pero no por ello arbitraria o indiscriminada.

La L.C.T., por su parte, ha adoptado, como regla, el sistema de la causal genérica, absteniéndose de tipificar cuales son los incumplimientos que autorizan el uso de la retención y ulteriormente la denuncia del contrato, limitándose a establecer un parámetro consistente en que el incumplimiento patronal debe ser de tal gravedad que impida la continuación del contrato de trabajo.

El apartado II del art. 242 del citado cuerpo legal expresa que la valoración de la injuria le corresponde a los Jueces en forma prudencial, debiendo efectuarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad; y circunstancias personales de cada caso.

De esa manera, el agravio laboral será posible de ser juzgado de distinta manera por el obrero, por el patrón y en última instancia por el Tribunal. En ese sentido, la proporcionalidad entre la injuria y el uso de la retención de tareas es una cuestión de hecho y de posterior evaluación probatoria de los jueces, quienes luego decidirán si una causal tiene o no la gravedad suficiente para justificar aquél uso.

En los hechos, todos los partícipes del análisis jurídico de la situación concreta que generó la abstención valorarán si la abstención adoptada fue apropiada y justa para conseguir el objetivo propuesto.

Si bien no existen pautas específicas para saber cuándo se está legítimamente permitido acudir a la *exceptio* en lo laboral, se puede recurrir a los siguientes criterios: 1) el principio de conservación del contrato (art. 10 L.C.T.); 2) el deber de buena fe que

rige para ambas partes (art. 63 L.C.T.); 3) el carácter alimentario del salario; 4) el grave peligro para la salud del trabajador; 5) las circunstancias de tiempo y lugar en cuyo contexto se produce la injuria; etc.

Como paralelo también se puede recurrir a las pautas que rigen las sanciones disciplinarias conforme ordena el art. 218 de la L.C.T, y en consecuencia se puede afirmar que la excepción de incumplimiento contractual debe: 1) fundarse en justa causa; 2) tener plazo fijo; 3) ser notificada por escrito al empleador; 4) contemplar una cierta proporcionalidad entre la injuria y la medida adoptada; 5) ser aplicada en tiempo oportuno, de modo que haya contemporaneidad entre el agravio y la adopción de la medida; y 6) evitar ser contraria a otras medidas adoptadas, en el sentido de que uno no puede retener tareas y a la vez darse por despedido.

En los hechos, la excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo es ejercida por el trabajador como retención de tareas mediante notificación fehaciente al empleador sobre el fundamento y duración de la medida.

Esta actitud permite resguardar el principio de continuidad y conservación⁸⁷ del contrato y el deber de buena fe⁸⁸ que debe regir entre ambas partes (arts.10 y 63 de la L.C.T.).

Esa intención del legislador de mantener la vigencia del contrato se relaciona con la aspiración a que el empleador pueda advertir o comprenda la magnitud de su incumplimiento y pueda revertir su falta, sin llegar al extremo de extinguir el contrato sino suspender la prestación hasta tanto se resuelva la misma. Es decir que tiende a privilegiar la subsistencia de las relaciones laborales, con el resultado económico favorable que ello conlleva en la economía global.

Título II. Las distintas herramientas de defensa del trabajador

Es importante destacar que no toda injuria laboral se resuelve por la vía de la retención de tareas, o al menos no es la única opción viable o no es la correcta cuando existe una vía procesal autónoma o específica para la supuesta injuria.

⁸⁷ Art. 10, L.C.T. Conservación del contrato. “En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato”.

⁸⁸ Art. 63, L.C.T. Principio de la buena fe. “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

En el entramado de la Ley de Contrato de Trabajo junto con el resto del universo de normas laborales aparecen numerosos ejemplos que nos iluminan las variadas herramientas legales que tiene el trabajador para defenderse, que excluyen la retención o que al menos admiten otra vía. A saber:

1. En el caso de falta de registración laboral o deficiente, que no solo podría lugar a la retención, se puede denunciar la situación ante la AFIP bajo apercibimiento de aplicar las multas de las leyes 24.013 y/o 25.323, o la ANSES, según cuál sea el caso, para que tome la intervención legal que corresponda, e incluso se puede instar acciones legales ante la justicia penal para tome las medidas pertinentes.
2. En cuanto a infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales o potenciales riesgos, específicamente se puede acudir al instituto de la tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N. ante los tribunales civiles.
3. También se puede denunciar la situación a la autoridad administrativa local, a la A.R.T. contratada y/o a la S.R.T. para que ejerza su debido control, y eventualmente se le impongan multas al empleador.
4. En el caso anterior, además existe la posibilidad de demandar ante los estrados laborales el cumplimiento por parte del empleador del deber de seguridad, sea para impedir el daño, o evitar su agravación o repetición, a través de la acción autónoma laboral del art. 75 de la L.C.T., pudiendo solicitar medidas cautelares como la de no innovar, o tutelares, o incluso inclinándose por la aplicación del instituto de las astreintes (art. 666 bis, Cód. Civil, y 37, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), como remedio judicial para asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria.
5. Si la injuria del empleador le ocasiona daños físicos y/o psicológicos, el reclamo se puede canalizar por la vía tarifada de la Ley de Riesgos del Trabajo o la reparación extrasistémica fundada en el Código Civil y Comercial de la Nación.
6. En el caso de que la injuria constituya a su vez, por ejemplo, una lesión a su honor, una agresión verbal o un atentado contra su integridad sexual, se puede reclamar también a través de la vía penal y civil.
7. Si le causó daño a sus bienes materiales, puede demandar por daños y perjuicios tanto en sede laboral como civil, o efectuar las denuncias penales pertinentes por daños a la propiedad y/o las que correspondan. Así, el ejercicio de la potestad de retención no obsta al derecho de reparación que prevé el art. 84 de la L.C.T. para

el hipotético caso de que se retengan labores en función de la negativa del empleador a reintegrar o reparar los daños causados en bienes del trabajador.

8. Ante un *ius variandi* abusivo, se puede recurrir a la vía expedita del sumarísima del artículo 66 de la L.C.T.⁸⁹ En el caso de *mobbing*, por ejemplo, podría solicitarse el cambio transitorio de puesto de trabajo de la víctima o del acosador como medida cautelar.
9. En el caso de que un trabajador sea víctima de una clara conducta discriminatoria contra su persona se puede utilizar la acción prevista en la Ley N° 23.592 contra actos discriminatorios, a fin de solicitar el cese de tal conducta y/o el restablecimiento del vínculo laboral alterado y además una indemnización por el daño material y moral que se le haya causado.
10. En el caso de que el contrato laboral contenga cláusulas contractuales lesivas, se puede pedir ante la justicia su nulidad.
11. En el supuesto de horas extras que no sean acordes al artículo 203⁹⁰ de la L.C.T., se puede recurrir a la Subsecretaría de Trabajo, al Ministerio de Trabajo y/o autoridad competente de aplicación.
12. Solicitar la intervención del sindicato, para que este convoque a huelga, junto con las medidas complementarias que crean efectivas;
13. Pedir inspecciones a las autoridades administrativas locales, quien pueden sancionar económicamente al empleador e incluso clausurar el local de explotación.
14. Requerir la mediación de órganos administrativos de mediación o conciliación como la Oficina de Mediación o el SECCLO.
15. Accionar judicialmente a través de acciones ordinarias como asimismo sumarias, amparos u otros procesos urgentes, como es el art. 88 del Código Procesal Laboral de Mendoza.

⁸⁹ Art. 66, L.C.T. Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo. “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

⁹⁰ Art. 203, L.C.T. Obligación de prestar servicios en horas suplementarias. “El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma”.

16. Etc.

En definitiva, en todos los casos de un modo u otro se requiere la participación de terceros en el conflicto, ya sea para constatar el incumplimiento y/o pronunciarse sobre él, lo que implica actividad probatoria a desarrollar y necesariamente insume mayor acción por parte del trabajador, con un aumento sustancial de los tiempos de resolución.

Nada de eso sucede en la retención, que al ser una ágil herramienta extrajudicial, sin demoras ni costos, resulta la mejor alternativa de autotutela que tiene el empleado, con un contundente efecto persuasivo para el empleador, y que beneficia a ambos en tanto permite conservar la relación, y evita la *ultima ratio*, que es el despido indirecto.

Título III. Defensas del empleador ante el uso de la retención

No siempre el ejercicio de este derecho resultará justificado. Tanto es así que el empleador puede oponerse y plantear que es: abusivo, desproporcional, intempestivo, irracional, inoportuno, y/o que no existe relación laboral ni obligación a su cargo; y/o que no está incumpliendo norma alguna; y/o que no adeuda suma alguna; y/o que no le corresponde tal derecho; etc.

Título IV. La revisión judicial

Cronológicamente la apreciación inicial de la injuria la efectúa el trabajador. Una vez notificado de la misma, quien la evalúa es el empleador, quien tiene una variedad de opciones al respecto: reconocerla y corregirla; omitirla; rechazarla; etc.

Y en tercer término, tanto el trabajador como el empleador, pueden trasladar la injuria para su evaluación judicial. Se advierte pues que siempre queda la opción ulterior de que los distintos aspectos de la injuria y de la retención, como son la gravedad del incumplimiento, la oportunidad y justificación del ejercicio de la medida, entre otros tantos aspectos, sean revisados en sede judicial.

En definitiva, será el juez quién analizará todos los aspectos de la injuria del empleador y de la medida adoptada por el obrero.

Título V. Proporcionalidad de la retención en relación con la injuria cometida

Siempre teniendo en cuenta el principio de buena fe y de conservación del contrato, el trabajador debe ser cauteloso y prudente con el ejercicio de esta acción a fines de evitar luego el planteo de un abandono de trabajo o de un despido indirecto incausado o que no sea juzgado suficiente a criterio del Tribunal.

En relación con la congruencia y razonabilidad de la medida adoptada, la jurisprudencia ha dicho:

“En el Derecho Laboral, la retención de tareas no es cualquier suspensión de la prestación de parte del trabajador, sino que se trata de una medida individual dirigida a forzar el cumplimiento por parte de la patronal. Su origen se remonta a la *exceptio non adimpleti contractus* del Derecho Romano, conceptualizada con frases como "no cumpliré hasta que tú no cumplas"... La jurisprudencia ha sido cauta en la aplicación de esa regla, ya que no emerge del Derecho del Trabajo, sino del Civil, y requiere una cierta gravedad en el incumplimiento. No toda falla en el curso de un largo contrato... puede dar lugar a que el trabajador suspenda sus tareas con cargo a la patronal. Así como la suspensión disciplinaria tiene reglas, entre ellas la proporcionalidad y la oportunidad, también la suspensión individual indirecta debe sujetarse a una cierta racionalidad de ejercicio”⁹¹.

En mi opinión, en relación con la gravedad de la injuria, es justo que si al operario se le imponen condiciones insalubres de labor o se le adeudan haberes puede suspender su prestación, porque nadie está obligado a trabajar poniendo en riesgo su salud o de manera gratuita.

En cambio, tratándose de incumplimientos menores, como la falta de pago de comisiones o de diferencias salariales, no me parece acorde al principio de continuidad del contrato de trabajo que un obrero haga abstención del débito invocando sumas monetarias o deficiencias laborales que podrían ser resueltas por el empleador.

En ese caso de injurias más leves, a mi humilde criterio, pueden evaluarse numerosas opciones paralelas sin llegar a la suspensión individual, como por ejemplo, recurrir a la vía ejecutiva judicial para créditos remunerativos.

Título VI. Múltiples incumplimientos

⁹¹ Sentencia de autos n° 150.552 caratulados “Serrano, Emmanuel Maximiliano c/ Barrera, Patricia Mónica y otro p/ despido”. Fecha: 15/11/2018. Tribunal: 2° Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Magistrado/s: Llatser, Gabutti y Gómez Orellano. Fuente: sumario extraído de la Oficina de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6475242054>.

Así como el incumplimiento puede ser parcial o defectuoso, puede que también surjan en la relación laboral conflictiva múltiples incumplimientos; ya sea que sean estrictamente conexos o no, como que tengan diversa magnitud o gravedad.

En esos casos, es normal que en el intercambio epistolar, como estrategia procesal, el trabajador realice una vasta enunciación de incumplimientos a la espera de que el Tribunal califique uno de ellos como grave y suficiente para no consentir la continuidad del vínculo.

Así, es frecuente y laudable la tarea de los jueces en el examen de las injurias alegadas, diseminándolas y analizándolas profundamente hasta dar con la causal clave que legitime el ejercicio del instituto.

Por ejemplo, en los autos n° 150.552 caratulados “Serrano, Emmanuel Maximiliano c/ Barrera, Patricia Mónica y otro p/ despido”, la Segunda Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, tuvo la oportunidad de expedirse en un caso con múltiples y variopintas injurias, donde se admitieron algunas y se rechazaron otras, pero que en definitiva se calificó adecuado el uso de la retención.

En el caso mencionado *ut supra* el trabajador retuvo tareas reclamando correcta registración (lo cual nunca logró probar), junto con el pago de: los francos (los cuales se rechazaron por su imprecisión); dos aguinaldos; la licencia por matrimonio; los 30 días por falta de trabajo del taxi por reparación; la licencia por enfermedad (cuya existencia nunca se probó ni el trabajador avisó de ella); y por no otorgarle los recibos correspondientes a toda la relación laboral (tampoco se acreditó).

Luego de diseccionar las injurias, la Jueza preopinante de la susodicha Cámara del Trabajo concluye:

“A mi modo de ver, el trabajador no tenía por qué atender al reclamo de que tomara tareas, si la demandada no le abonaba lo debido (un mes por paro del vehículo y un mes y medio a título de aguinaldos), y también si no se le reconocía el derecho de licencia por matrimonio. Es decir que ejerció

proporcionadamente la retención de tareas, ya que la deuda era importante, y en conclusión, la empresa no obró ajustada a derecho cuando lo despidió”⁹².

Título VII. Daño potencial

Las situaciones de incumplimiento deben revestir cierta entidad o gravedad para justificar el ejercicio de esta potestad, pero no es obligatorio que el daño sea potencial, se haya producido o que incluso aún producido sea fatal para el trabajador.

La potencialidad cierta de peligro que torne viable y justificable la retención está prevista solo para los incumplimientos relacionados con la seguridad y salud (at. 75, L.C.T.), lo cual quedará a criterio prudente del trabajador y luego será juzgado por el Juez.

Título VIII. Daño continuo

En relación con el daño continuo, cabe aclarar que el consentimiento y sometimiento (pseudo voluntario) del obrero a las injurias constantes del empleador, de ningún modo purga la injuria.

Los derechos del trabajador son irrenunciables y en consecuencia en cualquier momento puede reclamar por ellos mientras no haya transcurrido el respectivo plazo de prescripción o de caducidad en el caso de las sanciones disciplinarias.

Título IX. Duración

La ausencia de normas expresas conlleva a plantear el interrogante acerca de cuánto tiempo puede o debe durar la suspensión y cuánto es el plazo máximo durante el que el trabajador debe soportar esa situación de incumplimiento hasta que no le quede otra opción que extinguir de manera indirecta el contrato de trabajo.

De por sí, hay que descartar los extremos, ya que carece de lógica una suspensión *sine die* o indefinida porque ello sería prolongar sin plazo una causal de despido indirecto que se tornaría de suma gravedad por el incumplimiento reiterado.

⁹² Sentencia de autos n° 150552 caratulados “Serrano, Emmanuel Maximiliano c/ Barrera, Patricia Mónica y otro p/ despido”. Fecha: 15/11/2018. Tribunal: Segunda Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Magistrados: Llatser, Gabutti y Gómez Orellano. Fuente: sumario extraído de la Oficina de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=6475242054>

Por idénticas razones, descarto el término de dos años de la prescripción de las acciones laborales, ya que de por sí es excesivo.

No he encontrado una pauta o sugerencia por parte de la doctrina nacional. Tampoco la jurisprudencia ha fijado un plazo específico. No obstante ello, hay algunos pocos fallos que han fijado pautas a fin de evitar abusos en el derecho, y que son expuestos por el Dr. Livellara en su artículo “Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo”⁹³, en oportunidad de referirse al abuso del derecho. Uno de ellos reza:

“La ley no ampara el ejercicio abusivo de derecho considerando como tal el que estaría reñido con los límites estatuidos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Si ante una supuesta negativa de pago el trabajador marítimo intimó y pese al silencio de la empresa recién se consideró injuriado y dio por extinguido el vínculo varios meses después, no corresponde admitir su reclamo por salarios a órdenes durante el período comprendido entre la intimación y la denuncia del contrato si el actor nunca peticionó su reembarco (crit. C.N.Trab., Sala V, sent. 14/03/95, “Rodríguez, Guillermo c/ Empesur SA”, DT, 1995-A, 1031)”.

Otro de los fallos que cita el autor apunta:

“La resistencia del trabajador regido por la ley 13.512 a que el consorcio empleador disponga de la vivienda (otorgada como accesorio del contrato de trabajo) durante el tiempo en que no la usa debido a la actividad política y gremial desarrollada en otra localidad permite concluir que si se le reconociera la subsistencia plena de su derecho a impedir la disposición de un bien del que no extrae ninguna utilidad, su actitud podría ser calificada como un flagrante abuso del derecho condenado por el art. 1071 del Código Civil (C.N.Trab., Sala VI, 12/12/1995, ‘Consorcio de Propietarios de Paraná 273/75/77 c/ Bagna, Francisco’, DT, 1966-A-1788)”.

Teniendo en cuenta la similitud que reviste el instituto en estudio con la huelga, se puede tomar como pauta límite el plazo de tres meses que la Corte Federal calificó de

⁹³ Livellara, Carlos A., (2005). “*Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo*”, en *Revista del Derecho del Trabajo*, T. B-1174, p.1188.

ilegal al resolver en el caso “Kot”⁹⁴ que la ocupación del establecimiento por parte de los huelguistas, que se había prolongado por casi tres meses, terminó siendo ilegal.

El famoso fallo “Madorrán”⁹⁵ también marca una línea en idéntica lectura que las sentencias dictadas *ut supra*, al limitar los salarios caídos por retención a partir de la reincorporación.

En mi opinión, el término de dos días, que es el plazo de presunción favorable de las intimaciones del trabajador hacia el empleador⁹⁶, es sensato como pauta mínima; y como plazo máximo me expido por el transcurso de treinta días, que es término que fija la L.C.T. para cuestionar medidas disciplinarias⁹⁷.

Considero que el rango de dos días como mínimo y treinta como máximo es un periodo prudente; e incluso la propia L.C.T. lo califica de razonable, conforme a la redacción expresa del art. 57 de la L.C.T.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “SRL Samuel Kot”, de fecha 05/09/1958. Hechos del caso: Buenos Aires, 1958, la firma Samuel Kot SRL, propietaria de un establecimiento textil tiene un conflicto con su personal obrero. La huelga de este personal fue primeramente declarada ilegal por la Delegación San Martín del Departamento Provincial del Trabajo, por lo cual la firma patronal dispuso la concurrencia de los obreros a su trabajo dentro de las 24 horas. Un mes y medio más tarde, el presidente del Departamento Provincial del Trabajo declaró nula la resolución de la Delegación San Martín e intimó a ambas partes a reanudar el trabajo. La empresa se negó a reincorporar a los obreros que había despedido y entonces ocuparon la fábrica, quedando la misma paralizada. Llegado el caso a la CSJN, revoca la sentencia de Cámara en virtud de que los ocupantes “no han invocado ni pretenden tener ningún derecho a la posesión o detención de la fábrica”.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas”, de fecha 15/05/2007. Hechos del caso: una empleada pública de Aduanas fue despedida sin causa justa. La CSJN entiende que goza de estabilidad absoluta y que no puede ser despedida sin sumario, ni siquiera mediante el pago de una indemnización, y ordena reincorporarla con salarios caídos.

⁹⁶ Art. 57, L.C.T. Intimaciones. Presunción. “Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles”.

⁹⁷ Art. 67, L.C.T. Facultades disciplinarias. Limitación. “El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria”.

También guarda cierta sintonía, por analogía, con el plazo máximo que prevé el art. 220 L.C.T. para las suspensiones por causas económicas y disciplinarias⁹⁸.

Según la gravedad del incumplimiento y las circunstancias del caso, será el asalariado quien decida el plazo entre el rango de dos a treinta días; sin perjuicio de evaluar también las posibilidades de la empresa de enmendar la situación; la actitud del empleador antes, durante y después del emplazamiento; y los principios de razonabilidad, buena fe (art. 63 L.C.T.) y continuidad del contrato (art. 10 L.C.T.).

Título X. Modalidad de ejercicio

A continuación se exponen una serie de pautas que se vinculan con el modo de ejercicio, que son elaboradas en base a los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia, ya que no existen normas que brinden pautas específicas.

1. Innecesaridad de preavisar

El encuadre como excepción dilatoria explica que no sea necesaria la autorización judicial ni la manifestación previa del retenedor.

De la legislación vigente, no existe norma alguna que por analogía le imponga la obligación de preaviso.

El instituto del preaviso⁹⁹ de quince días que se exige para el cese de la relación laboral dispuesta unilateralmente por parte del trabajador, no se relaciona con la materia y tiene una finalidad totalmente distinta, ya que procura que el empleador tome conocimiento anticipado de la situación y pueda planear con anticipación quién ocupará el puesto vacante en orden a las necesidades productivas y organizativas de la empresa.

Considero que requerirle al obrero que preavise con anticipación que ejercerá la retención, distorsionará la finalidad persuasoria del instituto, como así también la espontaneidad que lo caracteriza, sin perjuicio de que implicaría un valladar más que el

⁹⁸ Art. 220, L.C.T. Plazo máximo. Remisión. “Las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, no podrán exceder de treinta (30) días en un (1) año, contados a partir de la primera suspensión”.

⁹⁹ Art. 231, L.C.T. Plazos. “El contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto, indemnización además de la que corresponda al trabajador por su antigüedad en el empleo, cuando el contrato se disuelva por voluntad del empleador. El preaviso, cuando las partes no lo fijan en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente: a) por el trabajador, de quince (15) días...”.

trabajador tendría que sortear, con los hipotéticos tiempos que consumiría la notificación. Todo ello con la consecuencia de exponer aun cada vez más la dignidad y/o integridad del obrero en pos de un requisito formal.

2. Innecesaridad de recurrir a la justicia

Una vez ejercido, no es obligatorio recurrir a la Justicia para que autorice o convalide el inicio del instituto como tampoco para que se expida sobre el curso legal del ejercicio de esta alternativa; esto sin perjuicio de discutir las consecuencias que se deriven de su uso.

En este sentido, la figura se caracteriza por su espontaneidad y se prioriza por ser una herramienta ágil que evita exponer al peón a nuevas injurias y/o peligros.

Lo positivo del instituto es que se enmarca en la tendencia actual que intenta disminuir la litigiosidad.

3. Invocación de oficio

La faceta judicial de la *exceptio* nos conduce al planteo hipotético de si la misma puede ser aplicada de oficio por el Juez para el caso de que no haya sido planteada por el trabajador.

Podría sostenerse su invocación de oficio basándonos en el principio protectorio del trabajador del art. 14 bis de la C.N. y el principio *iurit curia novit* para intentar suplir esa omisión.

En mi opinión, la *exceptio* no puede ser invocada de oficio por el tribunal. Esta última tesitura es concorde con la necesidad de notificar la retención en forma expresa, con indicación de sus motivos, más allá de que no sean necesarias fórmulas sacramentales que impliquen un exceso ritual manifiesto.

Entiendo que no le incumbe al Tribunal analizar lo que internamente las partes quisieron decir o hacer.

La aplicación de oficio implicaría violar la igualdad procesal de las partes y la defensa en juicio. No obstante lo dicho, excepcionalmente podría admitirse si está en juego una cuestión de fondo vinculada al orden público.

4. Instancias administrativas de mediación y/o símiles

De conformidad con lo expresado en relación con la innecesidad de preavisar o de recurrir a la justicia, conforme a la normativa vigente, no existe obligación de recurrir a instancias administrativas de mediación, conciliación, arbitraje, etc., que resuelvan el conflicto

A primera vista parecería útil recurrir a un tercero – supuestamente - imparcial, incluso siendo un órgano de carácter técnico y capacitado jurídicamente, porque brindaría –en teoría - una respuesta ágil al conflicto.

Recurrir a ese tipo de instancias irroga tiempos que no se condicen con las necesidades urgentes del trabajador, que le permitan una pronta respuesta, y en consecuencia no cumplen con la función persuasiva.

5. Notificación fehaciente y constitución en mora

Debe esperarse el momento oportuno para su invocación. Sin embargo, es imprescindible una actitud positiva por parte de su titular.

Ahora bien, lo que se plantea acá es si el ejercicio puede ser de hecho, como algo que se sobreentiende de las circunstancias fácticas, sin necesidad de notificar de manera fehaciente al patrón o si ello es obligatorio.

Ante la ausencia de una norma expresa para el tema específico de la retención, me inclino por imponer la notificación, porque se condice con el deber de buena fe (arts. 62 y 63, L.C.T.), con el derecho de defensa (art. 18, C.N.), por la gratuidad de la comunicación (art. 21, L.C.T.) y, fundamentalmente, porque sirve para preconstituir prueba y luego disipa dudas probatorias.

El medio de notificación fehaciente por excelencia será el telegrama colacionado pero nada impide que se pueda recurrir a un acta notarial o al auxilio de un funcionario público, como los inspectores de la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza; o incluso, ante la urgencia del caso o la imposibilidad de concurrir al Correo Argentino, podría apelarse de manera provisoria a los medios electrónicos como los mensajes a través de redes de mensajería instantánea como Whatsapp o un email, sin perjuicio luego de acudir al medio fehaciente a fines de evitar discusiones probatorias innecesarias.

La única excepción a la notificación fehaciente que vislumbro es aquella donde la magnitud del daño inminente o grosera que torna aquella innecesaria, como sería el caso de que no se brinden los elementos de seguridad básicos para un operario de la construcción.

El principio de buena fe pone pues en cabeza de los trabajadores la obligación de comunicar a la patronal su decisión de acogerse a las previsiones de la excepción de incumplimiento ante las inobservancias patronales.

Esta tesitura encuentra apoyo en la exigencia de la notificación por escrito que impone el art. 243 L.C.T.¹⁰⁰ para los despidos, que es un acto recepticio, y que con idéntica razón cabe para cualquier otra medida que adopte el trabajador.

En sentido coincidente, las Cámaras Nacionales de Apelación del Trabajo se han expedido por la necesidad de exteriorizar la voluntad de acogerse al instituto y con mayor rigor validan el despido directo cuando ha mediado emplazamiento a reintegrarse. Así:

“El abandono de trabajo constituye un supuesto especial de injuria que requiere la inejecución por el trabajador, sin aviso, de la prestación laboral; la intimación de reintegro, dentro de un plazo razonable según las circunstancias y, por último, la persistencia del trabajador en su conducta omisiva durante el plazo fijado. En el caso, el decisorio de grado incurrió en error al considerar inválido el despido por abandono dispuesto por el accionado, con fundamento en la retención de tareas ejercida por el actor, en tanto éste no expresó en momento alguno retener tareas (art. 1201, Código Civil). Así, ante la intimación efectuada por el actor, solicitando a su empleador que aclare por qué le prohibió el ingreso a su lugar de trabajo y para que registre su verdadera situación laboral, éste respondió desconociendo ambas situaciones; frente a ello, en una segunda comunicación, el accionante se limitó a manifestar que reiteraba los términos de su telegrama anterior. De tal modo, se advierte que el motivo fundante de la conclusión de grado, ejercicio del derecho de retención, nunca fue invocado por el trabajador,

¹⁰⁰ Art. 243, L.C.T. “Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido. El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas”.

por lo que no puede ser considerado como eximente de la obligación de asistir que le correspondía a éste, conforme lo dispone el art. 84, L.C.T.” (C.N.A.T., Sala VIII, “Fernández, José María vs. Cladd Industrial Textil Argentina S.A. s. Despido”, 28/05/2012)¹⁰¹.

“Para que pueda válidamente considerarse una excepción de incumplimiento contractual (conf. arts. 510 y 1201, Código Civil), como eximente del deber que pesa en cabeza del trabajador de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador (conf. arts. 84 y 86, L.C.T.) es menester, por aplicación del principio de buena fe (conf. arts. 62 y 63, L.C.T.), que previamente comunique al empleador que hará uso de tal derecho. En caso contrario, y ante la falta de cumplimiento de sus tareas por parte del trabajador, y su previa constitución en mora por parte del empleador para que se reintegre al trabajo sin respuesta positiva, cabe considerar que media abandono de trabajo, como acto de incumplimiento del trabajador” (C.N.A.T., Sala X, 08/08/2013, “Barbella, Gustavo Javier vs. Gama Sonic Argentina S.R.L. s/ despido”)¹⁰².

Por su parte, también existen fallos del interior del país que acogen la postura mencionada. A continuación transcribo una serie de sumarios locales de jurisprudencia¹⁰³ que exigen la notificación escrita. A saber:

“Ante la falta de acreditación del pago de haberes, es justificada la retención de tareas del trabajador (*non adimpleti contractus*) pero cumpliendo con el principio de buena fe, debe comunicar esta retención del débito laboral al empleador, lo que en el caso que nos ocupa no ocurrió, quedando entonces injustificada la ausencia de la actora, pues no basta que emplace al cumplimiento de sus obligaciones, aún cuando se demuestre que el empleador no las cumple. Ha habido entonces por parte de la trabajadora una violación voluntaria e injustificada sus deberes de asistencia y prestación efectiva de trabajo y se concreta el abandono de tareas como causa de injuria. El despido directo de la empleadora deviene pues en justificado” (Primera Cámara Laboral de la Primera

¹⁰¹ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T.; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 6341/12.

¹⁰² Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T.; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 17870/13.

¹⁰³ Sumarios extraídos de la Oficina de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, disponibles en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

Circunscripción de Mendoza, autos n° 44.000, caratulados “Rucci, Gabriela Cecilia c/ Miga Express S.R.L. s/ despido”, de fecha 26/02/18).

“Resulta contraria a los principios de buena fe, razonabilidad, prudencia, protectorio y de conservación del trabajo la conducta del empleador que pretende despedir al trabajador por incumplimiento del débito laboral, cuando éste previamente le manifestó que iba a retener sus tareas hasta tanto aquél cumpla con el pago del sueldo adeudado, cuya mora es automática (art. 128 L.C.T.). El despido directo deviene injustificado por carecer del elemento subjetivo de la injuria, dado que la falta o incumplimiento no es imputable al trabajador”. (Primera Cámara Laboral de la Segunda Circunscripción de Mendoza, autos n° 24.639, caratulados “Morón, Néstor Gabriel C/ Rama Caída S.A. y ots. p/ despido”, de fecha 29/09/2017).

“Debe considerarse justificado el despido, si el trabajador, emplazado a concurrir a sus tareas bajo apercibimiento de considerarse incurso en la causal de abandono del trabajo, no comunica a la empleadora que haría retención de su débito laboral (art. 510, 1201 del CC; art. 63 de la L.C.T.), ni invoca y demuestra alguna circunstancia impeditiva. La respuesta del trabajador al reclamo de reintegro a las labores debe ser efectiva. El mero envío de una misiva denunciando negativa de tareas sin soporte probatorio alguno no es suficiente ni constituye una respuesta acorde con sus obligaciones laborales, toda vez que debió evidenciar la voluntad cierta de mantener el vínculo concurriendo al lugar de trabajo y acreditando tal circunstancia o bien aportando una justificación apta explicativa de su inasistencia” (Segunda Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, autos n° 34.079, caratulados “Silva, Mario Rodrigo C/ MILLÁN S.A. p/ despido”, de fecha 19/03/2007).

No obstante asumir esa postura de notificación expresa, y teniendo en cuenta la innecesaria invocación de la ley para que la misma se cumpla, y aplicando los principios protectorios al caso – sobre todo el de irrenunciabilidad -, creo salvada la posición del trabajador que aun sabiendo que podría hacerlo no notifica de modo fehaciente porque el empleador deberá recurrir siempre al emplazamiento a retomar las tareas antes de dar por extinta la relación. Habrá pues que examinar cada caso concreto.

En consonancia con el art. 75 de la L.C.T., considero innecesaria su invocación previa cuando estamos frente a una actitud que implica un riesgo para la salud del trabajador. En este sentido, y en el marco de discutir la negativa del empleado de someterse a horas extras, la Sala Laboral de la Cámara de Apelaciones de Concordia, Entre Ríos, en autos “Malvasio, Sergio Rafael vs. Aizcar Expreso S.C. s. Cobro de australes”, de fecha 07/12/1993, sostuvo lo siguiente:

“El trabajador asumió una actitud legítima al negarse al cumplimiento de un horario que violentaba su derecho a la jornada laboral garantizada por normas de orden público -artículos 196 y 199 de la Ley de Contrato de Trabajo, 1 de la Ley 11.544 y 1 y 13 del Decreto 16.115/33, modificado por Decreto 2.882/79-; en tales condiciones, la retención de su prestación, artículo 1201 del Código Civil, no pudo traer aparejada la resolución contractual que, invocando aquella actitud, dispusiera la empleadora, debiendo ésta en consecuencia tomar a su cargo las indemnizaciones legales”¹⁰⁴.

6. Expresión de motivos

Es fundamental y carga procesal del trabajador indicar expresamente las injurias que se le adjudiquen al empleador a fin de que éste pueda repararlas y así conservar el contrato.

El principio de buena fe manda que el obrero precise detalladamente en su telegrama las razones para rehusarse a sus tareas, no siendo suficiente frases genéricas, confusas y/o imprecisas.

La jurisprudencia ha sancionado la deficiencia emplazatoria del empleado cuando no procede de esa forma. Así, la Primera Cámara de la Primera Circunscripción de Mendoza, en autos n° 33.932, caratulados “Marolla, Agustín y ots. c/ Ingenio Marketing y ots. p/ despido”, de fecha 30/07/2007, sentenció:

“Integra el derecho de proceder de buena fe, el requerimiento al empleador por parte del trabajador, previo a resolver el vínculo, puesto que se impone el deber de tender a la conservación del empleo. Así la naturaleza de la relación laboral impone a ambas partes que hagan lo posible para que esta se mantenga, siendo la

¹⁰⁴ Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 15613/09.

resolución contractual solo una situación excepcional para casos de suma gravedad. No puede el trabajador considerarse injuriado sin formular intimación previa tendiente a lograr que el empleador repare los incumplimientos que adujo lesionaban sus derechos, y no puede atribuirse al carácter de intimación previa a la comunicación en la cual se denuncia el contrato de trabajo sin contener un mensaje intimatorio, por lo que el despido dispuesto en tal contexto deviene apresurado y resulta improcedente la pretensión indemnizatoria con base en éste, máxime cuando no se denuncian claramente las causales que injurian a la parte actora, limitándose a enunciar vagamente ‘graves irregularidades detectadas en la administración de la empresa’¹⁰⁵.

Además, el hecho de intimar de manera previa al empleador va a permitirle rever, pelear y sanear su actitud, como así también explicarse y defenderse. Así, por ejemplo, a veces puede ocurrir un simple error de depósito bancario y no que haya existido un incumplimiento de mala fe del patrón, lo cual puede morigerar los efectos de su actitud (más allá de que la ley no requiere que exista efectivamente mala fe, siendo suficiente el mero incumplimiento).

Obviamente lo que sí se descarta es la exigencia de fórmulas sacramentales y citas expresas de artículos. Lo que importa es que se desprenda del caso una intención clara de no trabajar hasta tanto no se mitigue la situación.

7. Fecha de comienzo y cese

Considero innecesario que en la comunicación de la suspensión se establezca el día preciso del inicio de la retención como así también el de su cese y eventual fecha de regreso. Esas son reglas propias de la suspensión del contrato por licencias de salud y de las sanciones disciplinarias que no resultan aplicables al caso. Además, reparar el agravio depende de empleador y no del obrero.

No obstante lo expuesto, si resulta útil fijar un plazo de intimación, bajo un apercibimiento expreso de darse por despedido o de iniciar acciones legales, porque de lo contrario no sería sancionable el incumplimiento, perdiendo operatividad el emplazamiento.

¹⁰⁵ Sumario extraído de la Oficina de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

Al respecto de lo dicho anteriormente, interpreto que se da por sobre entendido que la retención comienza desde que se ejerce de hecho y finaliza con la comunicación fehaciente al trabajador del cumplimiento de las obligaciones del empleador; y/o con el despido indirecto.

Eventualmente la suspensión indirecta puede interrumpirse de manera temporal en el hipotético caso de que el empleador prometa la pronta reparación del agravio o cuente con garantías suficiente que permiten suponer su cumplimiento; más se reactivará en caso de su reiterado incumplimiento, sin perjuicio de desembocar finalmente en un despido indirecto.

Comienza pues desde su ejercicio de hecho cuando el trabajador remite al empleador un telegrama en el Correo o lo notifica a través del medio que elija (corriendo con los riesgos de notificación del medio que utilice) y recién se perfecciona con la recepción por parte del destinatario de la notificación por escrito (o aunque sea que ingrese en su órbita de conocimiento).

La recepción del telegrama, del acta notarial, del *email*, del *whatsapp*, etc., le permite al empleador tomar conocimiento fehaciente del incumplimiento y de manera posterior ejercer su legítimo derecho de defensa.

8. Modo de hecho en que se práctica la retención

Como ya anticipé al inicio de esta tesis, la ley no nos indica el modo de hecho en que se va a materializar la retención.

No obstante, desde la praxis y experiencia personal, puedo sostener que ante el incumplimiento del patrón, el trabajador deja de concurrir al establecimiento donde presta servicios o se retira del mismo, con un abstención total de sus tareas y abandono del puesto de trabajo, y acude en búsqueda de su asesor letrado de confianza. Juntos redactan el telegrama, indicando los motivos, el plazo perentorio para su cumplimiento, y bajo los apercibimientos de ley que correspondan según el caso. Por último, el obrero concurre al Correo a fin de remitir el susodicho telegrama (lo cual no impide que se utilice otro medio de notificación, como he señalado en los subtítulos anteriores). Ese sería el modo normal y más frecuente.

No obstante, y como ya adelantara en otros títulos, ante la falta de regulación expresa del instituto en nuestra materia, podrían darse situaciones anómalas, análogas a las que se producen en las huelgas, con ocupación parcial o total del establecimiento.

Analizando y comparando ambos institutos, huelga y retención, concluyo que la retención implica obligatoriamente la abstención total de tareas, con abandono del puesto de trabajo, no siendo compatibles, por ineficaces, medidas mixtas como lo sería una retención parcial o con ocupación del lugar.

9. Situación del trabajador durante la suspensión de las prestaciones

Como corolario final en este punto, me parece oportuno mencionar que mientras se ejerce la facultad de retención el trabajador no está privado de su libertad ni tampoco tiene que rendir cuentas al empleador de sus actos durante esos días, y bien puede disponer de su tiempo libre. Lo importante es estar a su disposición apenas aquél le comunique que ha cumplido con sus obligaciones.

Asimismo, es fundamental remarcar que durante ese lapso, en general, subsiste el deber de buena fe, de colaboración, de guardar secreto, etc., como así también el resto de los derechos y obligaciones que rigen a las partes. Similar a lo que sucede al contrato de temporada cuando se termina el periodo laboral.

En el hipotético caso de que el empleador plantee que el trabajador ha obtenido otro trabajo durante este periodo de retención, o que estuvo procurándose, ello no puede ser usado en contra de él, porque lo cierto es que no le es causa imputable a él ni él está incurso en mora.

Sebastián Serrano Alou¹⁰⁶ refuerza esta idea sosteniendo, además de lo ya expuesto, que el contrato de trabajo no reviste condiciones de exclusividad. Analiza el fallo "Kain, Romina Gisela c/ Hexagon Bank Argentina SA y otro", de la Sala V, de la C.N.A.T, de fecha 12/12/2008, y asevera:

“La jurisprudencia ha llegado a reconocer que, aun cuando durante el tiempo que se extienda la retención de tareas el trabajador busque una fuente ingresos para afrontar la situación, esto no implica un hecho que demuestre la intención del

¹⁰⁶ Serrano Alou, Sebastián, (2009). “*La retención de tareas y la intención de conservar el vínculo laboral*”, doctrina de Microjuris, Novedades Laborjuris, Boletín Diario, entrega n° 162, cita: MJ-DOC-4369-AR / MJD4369.

trabajador de hacer abandono de trabajo o renunciar a su trabajo, ni modifica el hecho de que, durante la retención del trabajador, los salarios se siguen devengando. Para esta jurisprudencia, no resulta censurable que el trabajador que comunica su legítima voluntad de retener tareas busque una fuente de ingresos mientras corre el plazo que otorga al empleador para cumplir con sus obligaciones, entre otras cosas, porque la exclusividad no es nota característica del contrato de trabajo”.

“El trabajador que no percibe de su empleador sus salarios, por causa imputable a este último, y/o que no presta tareas, también por causas imputables a su empleador, puede buscar otra fuente de ingresos, ya que le es indispensable para su subsistencia y la de su núcleo familiar tener un ingreso, que en caso de que el empleador no se lo esté dando deberá conseguir en otro lado. Sería injusto ver en esta actitud una manifestación de la intención del trabajador de dar por terminada la relación de trabajo en los términos del art. 241 2º párrafo L.C.T., del art. 244 L.C.T., ni ninguna otra norma, dado que el trabajador no tiene más opción que buscar una fuente de subsistencia hasta tanto su empleador dé cumplimiento a las obligaciones a su cargo. Lo contrario sería imponerle al trabajador que pase por un período de necesidades y penurias causadas por la falta del ingreso que le es tan necesario”.

La antigüedad del trabajador no se suspende, y tampoco el presentismo, porque no es causa imputable a él.

En el caso de los accidentes, se entienden que no se habrían dado en un contexto de trabajo, de modo que no estarían cubiertos en principio por la A.R.T., pero sí por el empleador en virtud del régimen de enfermedades y accidentes inculpables.

En relación con la cotización de aportes y cuota sindical, entiendo que deberían continuar, ya que el contrato no se encuentra extinto.

El periodo de vacaciones tampoco se altera por el ejercicio de la *exceptio*, de modo que pueden acumularse.

Una cuestión dudosa se plantearía en el supuesto de que, durante la suspensión, se produzca una urgencia en la producción del empresario, con posible riesgo para la

población o las maquinarias de la fábrica, y el empleador lo convoque a retomar sus tareas de manera temporaria y excepcional.

En esa marco, se enfrentarían el deber de obediencia y buena fe que lo obliga al trabajador a colaborar con aquél, frente a la dignidad e intangibilidad del trabajador; y colateralmente se verían afectados los usuarios y consumidores comprometidos por la privación de ese servicio.

Entiendo que estando en juego todos esos valores, es preciso acudir dos pautas orientadoras.

Por un lado, el art. 89 de la L.C.T., titulado “Auxilios o ayudas extraordinarias”, nos dice: “El trabajador estará obligado a prestar los auxilios que se requieran, en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa”.

Y por el otro lado, el art. 203 de la L.C.T., referido a la obligación de prestar servicios en horas suplementarias, el cual reza:

“El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma”.

Baso mi respuesta en asimilar la negativa del trabajador individual a esa convocatoria urgente, a la situación del trabajador huelguista que se niega al deber de garantizar la prestación de servicios mínimos que eviten la interrupción en los servicios esenciales.

En efecto, la última parte del art. 9º de la ley 14.786 establece la hipótesis de sanción económica para el trabajador que no respete la orden conciliatoria:

“... La huelga o la disminución voluntaria y premeditada de la producción por debajo de los límites normales, traerá aparejado para los trabajadores la pérdida del derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al período de cesación o reducción del trabajo si no cesaren después de la intimación de la autoridad de aplicación”.

10. Cese del incumplimiento patronal

En esta línea de pensamiento es dable mencionar que recién cuando el empleador acredita haber cumplido con su obligación, debe comunicárselo de algún modo fehaciente al trabajador.

Si el empleado no concurre a su puesto de trabajo, además de poder recurrirse a la sanción de la pérdida del salario, debe necesariamente ser emplazado a restituirse a su puesto de trabajo bajo apercibimiento de abandono.

Ya analizamos en títulos anteriores el supuesto de promesa de cumplimiento, con garantías suficientes, reiterando que me inclino por el deber del operario de retomar tareas por un cierto plazo, vencido el cual queda en condiciones de plantear el despido indirecto.

11. La carga de la prueba de la injuria

A todo evento, es muy importante que cuando se ejerza el derecho de retención, luego en la etapa probatoria del juicio el actor sea consciente de que deberá demostrar los extremos en que se basó su abstención.

Así, por ejemplo, en el caso de la falta de aportes previsionales o a la obra social, es fundamental acreditar después en juicio con la pertinente prueba informativa los períodos adeudados y/o retenidos.

En el caso de peligro para la salud, serán fundamentales las pericias en seguridad e higiene, las constataciones previas, las medidas de prueba asegurativas, como así también las testimoniales.

Todo lo antedicho sobre la carga de la prueba en juicio es sin perjuicio de la aplicación de los principios protectorios, de las presunciones procesales y de fondo, y de las inversiones de carga de prueba que se puedan aplicar al caso concreto.

Así, es el caso de la falta de pago de salarios y demás rubros remunerativos no retenibles, algunos códigos procesales laborales, como el de Mendoza¹⁰⁷, por ejemplo,

¹⁰⁷ Art. 55, C.P.L. “Incumbirá al empleador la prueba contraria a las afirmaciones del trabajador: a) cuando el obrero reclame el cumplimiento de prestaciones impuestas por la ley; b) cuando exista obligación de llevar libros, registros o planillas especiales, y a requerimiento judicial no se los exhiba, o cuando no reúna las condiciones legales o reglamentarias; c) cuando se cuestione el monto de

invierten la carga de la prueba ante la mera invocación del actor. A esto hay que sumarle al carácter alimentario que tiene el salario.

En última instancia, en el caso de que el incumplimiento no sea modificado, y que el trabajador opte por darse por despedido de manera indirecta (que es la *última ratio*), es él quien carga con la prueba de que la relación no podía continuarse. Ello en virtud del principio de buena fe y de continuidad del contrato de trabajo, ya que el cese de la relación laboral solo es una solución excepcional para los casos de máxima gravedad.

Título XI. Opciones del trabajador posteriores al ejercicio del derecho

Tal cual ensayé en títulos anteriores, el ejercicio no puede ser eterno, o sea, *sine die*. En cierto punto, llegará un momento en el que el operario tendrá dos opciones básicas: suspender su ejercicio y retomar tareas, o dar por finalizada la relación laboral.

En el caso de la primera opción, el hecho de que suspenda el ejercicio de su derecho no implica ninguna concesión al empleador en virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos (art. 12, L.C.T.). Es decir, bien puede el obrero reiniciar su ejercicio, sin que aquél pueda alegar purga tácita de la injuria.

En el otro extremo, la otra opción que tiene el empleado es darse por despedido de forma indirecta, *ultima ratio*, con las consecuencias indemnizatorias pertinentes.

En caso de querer conservar el vínculo laboral, algunas de sus opciones son:

- 1) En caso de *ius variandi* abusivo, puede recurrir a la acción sumarísima a fin de obtener el restablecimiento de las condiciones modificadas, junto con la prohibición de innovar las condiciones laborales a su respecto hasta que recaiga sentencia definitiva (art. 66 de la L.C.T.);
- 2) Acciones sumarísimas de cobro de rubros remunerativos como la prevista por el art. 88 del Código Procesal Laboral de Mendoza.
- 3) Solicitar la intervención del sindicato o de las autoridades administrativas de aplicación, como la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza, a fin de que se impongan al empleador sanciones económicas como las multas que prevé la ley n° 25.212.

retribuciones. Acreditada la relación laboral se presume la existencia del contrato de trabajo, salvo prueba en contrario”.

4) Se puede recurrir a instancias de mediación, ya sea que las mismas revistan carácter obligatorio, como es la Oficina de Conciliación Laboral de Mendoza, o voluntarias, como lo es el S.E.C.L.O. en Buenos Aires.

5) Si el empleador está incumpliendo sus deberes de prevención, puede el obrero denunciarlos ante la Aseguradora de Riesgos de Trabajo contratada, o ante la Superintendencia de Riego del Trabajo, en cuyo caso y de acreditarse que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produjo como consecuencia del incumplimiento de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo por parte del empleador, éste deberá pagar una multa a favor del fondo de garantía.

6) Interponer ante los Tribunales laborales la acción autónoma laboral común que se desprende del art. 75 de la L.C.T. a fin de obtener la indemnización plena de los daños sufridos, o incluso antes de producirse el daño, si existe un peligro grave, puede demandar judicialmente el cumplimiento por parte del empleador del deber de seguridad. En ese sentido, si se advierte que existe un riesgo que puede continuar produciendo daños, o agravarlos, también se puede recurrir a la Justicia a fin de que decreten medidas de no hacer o de hacer según el caso; cautelares como medidas de no innovar las condiciones laborales; o incluso inclinarse por la aplicación del instituto de las astreintes (art. 666 bis, Cód. Civil, y 37, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), como remedio judicial para asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria.

7) Demandar ante los estrados civiles la acción de tutela preventiva del art. 1032 del C.C.C.N., con el auxilio de medidas cautelares.

Por último, el ejercicio de la potestad de retención no obsta al derecho de reparación que prevé el art. 84 de la L.C.T. para el hipotético caso de que se retengan labores en función de la negativa del empleador a reintegrar o reparar los daños causados en bienes del trabajador¹⁰⁸.

Título XII. Sanciones por el ejercicio abusivo del derecho de retención

Bastante he expuesto sobre el uso legítimo de esta alternativa de retención, más no sobre su ejercicio abusivo, malicioso, deshonesto, etc., o incluso el “erróneo”.

¹⁰⁸ Art. 84, L.C.T. Reintegro de gastos y resarcimiento de daños. “El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por este para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo”.

Borda¹⁰⁹ estudia el tema en cuestión y sostiene que:

“Los dependientes pueden, al retener tareas en los términos preceptuados por el art. 1.201 del Código Civil –hoy 1031 y 1032 C.C.C.N., actuar en forma legal – es decir, negar su prestación por causas objetivas- o abusivamente, esto es violando lo preceptuado por el art. 1071 del Código Civil –hoy art. 10 C.C.C.N.-, lo que sucede cuando el derecho de retención se ejercita en contra de los fines económicos y sociales que inspiran la ley en la cual se lo otorga”.

Desde una óptica empresarial, un detractor de la aplicación de esta figura al campo laboral podría sostener que la difusión de este instituto acarrearía conductas provocativas y abusivas de los trabajadores, y por lo tanto deformadoras del propósito constitucional de protección del obrero.

Podría llegar a afirmarse que se le estaría causando un daño injusto al empresario, con el único fin de perjudicarlo y desorganizar su estructura productiva.

Incluso se podría llegar a hipotetizar que el operario únicamente tiene en mira el rédito económico que le puede generar los salarios caídos y/o el despido indirecto.

En síntesis, desde esa mirada, podría llegar a sostenerse ligeramente que el uso de esta herramienta únicamente destruirá el interés primario de la L.C.T., que es la conservación del contrato de trabajo y atentará contra la buena fe que debe regir entre las partes.

Más allá de ser una lectura apocalíptica e impregnada de un evidente lobby empresarial, cabe desarrollar un par de hipótesis para desterrar sanciones totalmente inviables.

Lo primero que hay que aclarar es que el hecho de que la retención engendre un daño no implica tildar dicho derecho de abusivo. Resulta incorrecto sostener que una retención es abusiva porque causa un gran daño; solo podría ser considerada “abusiva”, si se demostrase que se promovió la medida de acción exclusivamente para perjudicar gravemente al empresario y no como manifestación de autotutela.

¹⁰⁹ Borda, Guillermo A., (1976). “*Tratado De Derecho Civil Argentino. Parte General*”, T. I, Ed. Perrot, Buenos Aires, p. 45.

En cuanto a las sanciones por el uso abusivo, una de las actitudes más frecuentes de la patronal es amedrentar vía carta documento al operario para que se abstenga de continuar con su actitud bajo apercibimiento de iniciar acciones penales.

Más allá de que no existe figura penal al respecto, lo cierto es que no se constituye ningún tipo penal alguno porque el ejercicio de esta figura está amparado por la propia ley. Es decir, tiene origen y causa legal. En consecuencia, es totalmente inviable cualquier planteo al respecto. En este caso, el actuar lesivo del obrero, en tanto excepción al principio *alterum non laedere*, cuenta con amparo legal.

Esto último, obviamente, dejando a salvo hipótesis paralelas extremas como sería el sabotaje, un incendio doloso, una retención indebida de cosas, etc., que son supuestos que en nada se condicen con el concepto legítimo de su uso.

Tampoco se le pueden aplicar multas pecuniarias¹¹⁰ al trabajador que retiene erróneamente tareas, ni reclamar daños y perjuicios por la pérdida de productividad que le genere esta facultad. Es decir, no le puede realizar descuentos ni retenciones sobre su sueldo. Esto se entiende tanto frente al empleador como ante cualquier otro tercero afectado por esa situación.

La acción de responsabilidad y la retención de parte del salario que avala el art. 135 de la L.C.T. como así también la acción de daños del art. 87 de la L.C.T. no son aplicables al caso porque no estamos frente a un actuar doloso o de culpa grave sino frente al ejercicio legítimo de un derecho, y en todo caso el daño provocado cuenta en esta situación con amparo legal.

Dejo a salvo el anormal supuesto de que el trabajador negligente y dolosamente ejerza un ejercicio incorrecto o infundado del derecho de abstención y con ese actuar además le genere un daño a los bienes del empleador¹¹¹, en cuyo caso la propia Ley de

¹¹⁰ Art. 131, L.C.T. Retenciones. Deducciones y compensaciones. “No podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones. Quedan comprendidos especialmente en esta prohibición los descuentos, retenciones o compensaciones por entrega de mercaderías, provisión de alimentos, vivienda o alojamiento, uso o empleo de herramientas, o cualquier otra prestación en dinero o en especie. No se podrá imponer multas al trabajador ni deducirse, retenerse o compensarse por vía de ellas el monto de las remuneraciones”.

¹¹¹ Art. 135, L.C.T. - Daños graves e intencionales. Caducidad. “Exceptuase de lo dispuesto en el artículo 131 de esta ley el caso en que el trabajador hubiera causado daños graves e intencionales en los talleres, instrumentos o materiales de trabajo. Producido el daño, el empleador deberá consignar judicialmente el

Contrato de Trabajo prevé la posibilidad de retención de parte de sueldo en el art. 135, consagrando la llamada “acción de responsabilidad”. Dicha acción le permite judicializar los daños, y retener y consignar hasta un veinte por ciento del salario, más no hacer justicia a mano propia en el sentido de retener y cobrarse por sí mismo (incluso cuando se tenga total convicción de estar actuando rectamente).

Traigo a colación un fallo donde se entremezcló suspensión individual y acción de responsabilidad. A saber, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en autos “Castaño Guzmán, Felisa del Carmen y otros vs. Sindicato Luz y Fuerza Tucumán s. Cobros”, de fecha 23/06/2003, analizó lo siguiente:

“En el caso, cabe inferir que mientras la acción de responsabilidad reconocida por el art. 87, L.C.T., autoriza a reclamar el resarcimiento de los daños a los intereses de la empresa (en forma genérica y amplia), causados por dolo o culpa grave, la facultad de retener el porcentaje de la remuneración, del art. 135, L.C.T. se restringe a los casos de daños en bienes de la empresa (talleres, instrumentos o materiales de trabajo), que sean graves e intencionales (dolo). Igualmente, dentro de la acción de responsabilidad no se deben incluir los daños derivados del ejercicio de un derecho por parte del trabajador, como el de participar en una huelga lícita o no la prestación de su servicio dispuesta en ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 510 y 1201, Cód. Civil)”.

“A mayor abundamiento, el art. 131 de la L.C.T. apunta al caso de vigencia del contrato de trabajo y a retenciones, deducciones y compensaciones que efectuara el principal *per se* o con el acuerdo del trabajador, mas siempre fuera del ámbito jurisdiccional, quitando al empleador la posibilidad de hacerse justicia por sí mismo.”¹¹².

Se observa pues que la empresa no puede efectuar de manera unilateral retenciones no autorizadas por la ley (art. 131 de la L.C.T.), ni siquiera con el consentimiento expreso o tácito del trabajador, ya que se trata de una norma de orden público y los derechos del obrero son irrenunciables. Menos aún puede intentar multarlo.

porcentaje de la remuneración prevista en el artículo 133 de esta ley, a las resultas de las acciones que sean pertinentes. La acción de responsabilidad caducará a los noventa (90) días”.

¹¹² Dirección de Informática Jurídica del Poder Judicial de Tucumán; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 24172/09.

Lo que sí puede hacer el empleador es consignar el porcentual como lo he explicado más arriba; o eventualmente lograr una condena judicial contra el obrero y en faceta del juicio de ejecución de sentencia lograr que el juez embargue la parte proporcional que corresponda.

Todo lo expuesto no significa que el trabajador pueda resultar impune de un ejercicio absurdo, desproporcional, irracional, abusivo, o inclusive erróneo o incorrecto. Entonces surge el planteo de: ¿cómo se sanciona esa abstención injustificada y sin justa causa del débito laboral?

La primera respuesta es mediante la pérdida diaria del salario, previa impugnación de la medida, para lo cual no es ineludible acudir a la Justicia, pudiéndosele descontársele de la liquidación mensual como día sin justificar.

En segundo término, gradualmente puede ser sancionado disciplinariamente, de acuerdo a las circunstancias y la insistencia injustificada, reiterada, dolosa o maliciosa del trabajador y otros factores como su antigüedad en la empresa, sus antecedentes disciplinarios, el perjuicio real que le ocasiona a la empresa, entre otros, puede llegar a aplicársele la sanción máxima, que sería el despido.

Cabe pues concluir que la sanción es el descuento salarial pero no la aplicación de sanciones disciplinarias si el trabajador ha actuado de buena fe. La misma solución cabe para el hipotético caso de que haya actuado bajo un error de hecho y se haya considerado que obraba acorde a derecho; o que haya creído que se encontraba en riesgo su salud o seguridad, y que luego no se acredite efectivamente el peligro.

Título XIII. La retención frente a las suspensiones disciplinarias y económicas impuestas por el empleador

Entre la multiplicidad de supuestos que disparan el recurso a la retención de tareas, surge el planteo de si es viable que el trabajador recurra a la misma frente a la imposición de suspensiones disciplinarias o económicas, y con más razón ante aquellas que responden a casos de fuerza mayor. Es decir, se cuestiona que si el trabajador suspendido por causas disciplinarias o económicas, puede recurrir a la retención como un modo de manifestar su disconformidad y lograr así la revisión de la medida.

Al respecto, me pronuncio por la negativa de su uso porque específicamente la L.C.T. prevé la vía recursiva y abre el camino de la judicialización ante el rechazo. Incluso establece un auténtico plazo de caducidad de treinta días para el trabajador. En caso de silencio se tendrá por consentida la medida (art. 67 *in fine*, L.C.T.). No tiene pues derecho al cobro de los salarios caídos el trabajador que no impugnó en tiempo la suspensión aplicada por el empleador.

En todo caso, el uso indebido de las suspensiones generará las consecuencias resarcitorias que correspondan, pero no se condice con el uso paralelo del instituto de la retención. Son axiológica y cronológicamente contradictorios. El Tribunal, en caso de cuestionarse la causa o extensión de la medida, evaluará luego si la suspensión era acorde a derecho.

Lo mismo sucede con las suspensiones económicas y/o por fuerza mayor. Así, por ejemplo, el trabajador podrá cuestionarles y el Tribunal deberá corroborar si se respetó o no el procedimiento preventivo de crisis, la procedencia de la suspensión, y de no darse ello, habilitará el pago de los salarios caídos, con intereses y costas.

En síntesis, entiendo que responder con una retención de tareas propia no tendría ningún sentido lógico y menos aún persuasivo porque se trataría de una suspensión totalmente abstracta porque el débito laboral ya estaría suspendido. La vía correcta es impugnar la medida y eventualmente recurrir a la justicia.

Título XIV. La suspensión individual ante servicios esenciales

El tema adquiere relevancia en esta tesis a razón de la posibilidad de extenderle al trabajador individual las limitaciones que rigen para ejercer el derecho de huelga en ciertas actividades a las cuales la ley o el órgano administrativo pertinente califican de “servicios esenciales”.

Dicho de otro modo, la ley ha previsto ciertas exclusiones que rigen para la huelga, y que generan el planteo de si por asimetría y/o analogía esas restricciones podrían serles extensibles al trabajador individual que presta servicios en esa clase de servicios a los cuales se los califica de “esenciales”.

Como ya expuse al tratar la huelga, no todos los trabajadores gozan plenamente de ese derecho, puesto que en ciertos casos su titularidad y/o ejercicio pleno ha sido

restringido vía reglamentación legislativa. La razón de ello estriba en que los efectos de la huelga repercuten en la producción y también en la salud y seguridad del resto de las personas, y de ahí que la sociedad puede verse seriamente comprometida.

Ante esa situación, a través de la sanción de la Ley de Asociaciones Sindicales, el Estado ha regulado pautas mínimas a fin de garantizar una cierta paz social y ha dispuesto que servicios deben ser considerados esenciales.

Así, el art. 24 de la Ley 25.877 de Asociaciones Sindicales, reglamentada por el decreto n° 272/2006, establece que se debe garantizar la prestación de los servicios mínimos, calificando como servicios esenciales a los siguientes: sanitarios, hospitalarios, distribución de agua, energía y gas, y el servicio de tráfico aéreo; y aquellas actividades que, a criterio de una comisión de garantías, por su extensión o duración puedan poner en peligro la vida, salud o seguridad de la población.

Esa calificación genérica, a su vez, ha sido ampliada con posterioridad por otras leyes (por ejemplo, las referidas al servicio policial¹¹³), como así también por la interpretación de la jurisprudencia, más ello excede esta tesis.

1. Premisa general sobre extensión de la limitación de ejercicio

Como primera premisa genérica, podríamos sostener que la calificación de “esencial” junto con la pauta de “peligrosidad” en tanto sirven para limitar la huelga serían también aplicables al trabajador individual que pretenda ejercer la retención en servicios de tipo esenciales, ya que en ambos casos se persigue la misma finalidad de garantizar el orden social; en consecuencia, resulta viable por analogía la limitación temporal a los fines de resguarda una prestación mínima.

No obstante lo dicho, lo cierto es que no se puede subsumir raudamente esas hipótesis al caso de la suspensión individual, sin antes hacer un juicio de compatibilidad entre las normas de la huelga y la excepción de incumplimiento contractual, y menos aún sin analizar el contexto y las circunstancias del caso concreto.

¹¹³ Los órganos de control de normas de la O.I.T. admiten que la legislación de cada país impida el ejercicio de la huelga a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, conforme lo autoriza el art. 9.1 del Convenio de la O.I.T. n° 87. En función de esa norma es que se ha regulado en nuestro país la actividad de las fuerzas armadas y policiales. En efecto, la ley n° 25.877 dispuso no gozan de este derecho los miembros de las fuerzas armadas ni los agentes de las fuerzas policiales y de seguridad ni del servicio penitenciario, con excepción del personal civil de dichos entes que sí gozan de ese derecho.

Entonces, por aplicación analógica de pautas de esencialidad y peligrosidad, sumados al deber de buena fe y al deber de colaboración que el empleado debe guardar para con el empleador, cuando está en riesgo la seguridad de las personas o de los bienes de la empresa, el trabajador no debería ejercer su derecho de retención.

Siguiendo esa línea de interpretación, existirían pues circunstancias excepcionales en las cuales por razones de peligro para la seguridad o salud del resto de la población, el ejercicio de la *exceptio* podría ser potencialmente dañino y debería arbitrarse o recurrirse a otras medidas de tutela, que no impliquen el abandono del puesto de trabajo.

A modo de conclusión, la normativa vigente no brinda ninguna solución, pero considero que el test de compatibilidad es viable, y cabría aplicarle las mismas limitaciones. Obviamente, esa limitación es temporal y no obsta a recurrir a que la persona recurra a otras vías de resolución porque de lo contrario, por el solo hecho de ser un servicio esencial, se lo estaría condenando a una cuasi esclavitud. Recordemos además que es que es el empresario, quien siempre se encontrará en mejores condiciones de solucionar el conflicto, o de reestructurar la ausencia de ese obrero, de modo que todo dependerá del caso concreto.

2. Jurisprudencia

A continuación cito una serie de sentencias en las cuales se ha analizado la retención de tareas individual ante situaciones de peligro para los bienes de la empresa o la seguridad de las personas, como así también similares supuestos en donde el ejercicio de la huelga ha sido repudiado por idénticos motivos.

En un sentido muy similar a lo expuesto, Livellara¹¹⁴ ejemplifica lo antedicho citando el caso del trabajador marítimo que no puede negarse a cumplir con sus obligaciones, ni desobedecer órdenes del capitán, exista o no incumplimiento por parte del armador, mientras el buque se encuentra en curso de navegación; siendo el trabajador, en tal caso, pasible de despido en los términos del art. 991, inciso 1º del Código de Comercio tal como dispuso la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo el 22/02/2010 en autos “Piñero, Javier Omar c/Agua Marina S.A. s/Despido”.

¹¹⁴ Livellara, Carlos A., (2005). “Derechos y deberes de las partes”, en Ackerman, Mario, (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 82.

En otro fallo contemporáneo al citado por el Dr. Livellara, la Sala X de la C.N.A.T, en autos “Da Silva Sousa Samir Santiago c/Argenova S.A. s/despido”, de fecha 28/6/11, analizó una situación similar en donde el actor se encontraba embarcado en el buque pesquero “*Argenova VIII*”, y que al momento en que la empresa contaba con el permiso y despacho de salida de Prefectura, aquél -juntamente con otros tripulantes- se negó a zarpar. El demandante fundó su defensa en las prerrogativas del art. 1201 del Código Civil, aduciendo que a raíz de determinados incumplimientos de índole salarial -y conjuntamente con otros tripulantes- se vio en la obligación de colocarse en situación de ejercer su legítimo derecho a retener servicios en virtud de lo dispuesto en la norma citada.

En ese fallo la C.N.A.T. rechazó la pretensión del actor, concluyendo que:

“Dada la modalidad del trabajo marítimo, una vez a bordo del buque no es procedente la negativa a prestar servicios del tripulante, y que por ello se ajustó a derecho la decisión del capitán de desembarcarlo de oficio con fecha 10/7/07, tornándose justificado el despido directo decidido por la demandada con sustento en dicho incumplimiento... Se trató de un uso intempestivo de las previsiones emergentes de la norma en cuestión, en tanto se encontraba a órdenes embarcado y no intimó ni puso en conocimiento de la empresa armadora de su supuesto reclamo salarial, desoyendo las órdenes de sus superiores y del capitán, sin invocar la razón de su negativa a prestar servicios cuando se efectuó la constatación del requerimiento, y por ende, desobedeciendo el cumplimiento efectivo de sus funciones, lo cual transgrede lo normado por el art. 138 de la Ley 20.094 de navegación”.

Cabe también resaltar la postura del fallo en relación con la figura, en tanto sostiene que prima el principio de continuidad del vínculo (cfr. art. 10 de la L.C.T.), y el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo (cfr. arts. 84 y sig de dicho cuerpo legal), e impone analizar con un criterio restrictivo la justificación de una conducta de retención de tareas, la cual, si bien puede encontrar respaldo jurídico en el régimen contractual del derecho común (art. 1201 del Código Civil), en principio resulta ajena a la especificidad del régimen laboral. En ese sentido, el fallo continúa:

“En efecto, el ordenamiento laboral –en principio– no reconoce al trabajador un derecho potestativo directo e individual para suspender la relación de trabajo, y

si bien por vía del art. 1201 del Código Civil, éste puede negarse a cumplir su prestación, ello es factible siempre y cuando exista un incumplimiento grave y previo del empleador a las obligaciones que la ley le impone”.

“...dicho incumplimiento contractual demuestra un accionar grave del trabajador en el desarrollo de sus labores que legitimó la decisión de la demandada de disolver con justa causa el contrato de trabajo (cfr. arts. 242 de la L.C.T., 991 del Código de Comercio, y 138 de la Ley 20.094)... una vez a bordo no es admisible que se resistiese las órdenes del capitán, cuya autoridad hace a la esencia de la actividad marítima. Dicha autoridad no es la común y corriente del empleador respecto del trabajador en el contrato laboral terrestre, sino una autoridad especial en la que aparecen entremezcladas la autoridad del patrono con la autoridad pública a quien el capitán representa (en igual sentido ver S.D. 91.743 de fecha 22/2/10, recaída en autos “Piñero Javier Omar c/Agua Marina S.A. s/despido”, del registro de la Sala III de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo)”.

Otro antecedente jurisprudencial en donde se analiza una situación que linda con la tesitura expuesta, pero esta vez referido a la huelga, es el fallo de la Sala IX de la C.N.A.T., en autos n° 7.380, caratulados “Alexsander, Fabián c. Gas Natural Ban S.A. s/despido”, de fecha 22/03/00, en el cual se afirmó lo siguiente:

“La jerarquía constitucional del derecho de huelga no obsta la sanción de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho. Tal el caso del trabajador que se retiró de su lugar de trabajo un día de paro, no obstante haber sido notificado que tenía que permanecer en su puesto pues estaba afectado de un diagrama de emergencia concertado entre la empleadora y la entidad sindical que lo representaba, poniendo en peligro con su actitud, la seguridad de la vida y la salud de la comunidad”.

Similar al caso del marinero que cité al principio del capítulo, la Sala II de la C.N.A.T., en autos n° 54.134 caratulados “Asociación de Trabajadores del Estado c. Estado Nacional – Presidencia de la Nación s/Sumarísimo”, de fecha 30/03/06, juzgó que:

“La comunicación al personal que cumple actividades en la Casa de Gobierno que ‘debido a cuestiones de seguridad no están autorizadas las manifestaciones en el interior de la misma’ no constituye una práctica antisindical que lesione garantías constitucionales, ya que los trabajadores no se encontraban impedidos de ejercer medidas de acción directa que consistieran en una abstención colectiva de prestar tareas, con sustento en el art. 14 bis de la C.N., pese a que debían prescindir de llevar a cabo manifestaciones en un ámbito rodeado de exigentes recaudos de seguridad”.

Por último, me parece propicio finalizar el tópico, mencionando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual en oportunidad de expedirse por la prohibición de sindicalización de los policías, trató colateralmente el tema de la huelga de dichos efectivos. Para nuestro interés, resalta el voto en disidencia y minoría del Supremo Maqueda en el fallo “Bacigalupo”¹¹⁵, quien sostuvo que: “el régimen jerárquico y disciplinario especial de las fuerzas de seguridad bonaerenses comporta una restricción legal explícita al ejercicio de ciertos derechos derivados de la libertad sindical, ya que es manifiestamente incompatible con la participación del personal policial en medidas de acción directa”.

Título XV. La suspensión individual en tiempos de aislamiento social obligatorio

Un hecho inédito a nivel mundial, que es la pandemia del COVID-19, me obliga a reflexionar sobre la importancia del derecho de retención frente al contexto de aislamiento social obligatorio, en donde quedó seriamente afectado de manera temporal el servicio del Poder Judicial, que tiene un rol preponderante en cuanto a la defensa de los derechos de los trabajadores.

En este marco circunstancial de la pandemia del coronavirus, cierto grupo de trabajadores se vieron obligados a concurrir a sus puestos de trabajo, mientras que otros fueron efectivamente dispensados de su deber, en razón del aislamiento social,

¹¹⁵ CSJN, “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”, 11/04/2017.

preventivo y obligatorio impuesto por el D.N.U. n° 260/2020 sobre emergencia sanitaria. En efecto, los artículos 5 y 6 del D.N.U. n° 297/2020 sobre aislamiento obligatorio y los artículos 1 a 3 de la Decisión Administrativa N° 429 /202 del Jefe de Gabinete de Ministros, impusieron un listado de profesionales que deben cumplir tareas obligatoriamente, en razón de haber sido declarados esenciales en la emergencia.

Ya sea porque no fueron inicialmente considerados un servicio esencial o porque varios de sus efectivos fueron dispensados del deber de concurrir en razón de su edad, factor de riesgo o por otras circunstancias como tener menores a cargo, lo cierto es que colateralmente por un tiempo considerable se vieron paralizadas las distintas instituciones que conforman el Poder Judicial. En consecuencia, cualquier ciudadano que tenía un conflicto laboral y pretendía recurrir a esas entidades, se encontraba con la sorpresa de encontrar las puertas cerradas o con el personal de atención reducido o directamente inhabilitada ciertas materias, con lo cual en definitiva terminaban bloqueadas sus posibilidades de acudir a esas vías.

Ante este panorama, con el acceso a la Justicia denegado y/o paralizado, el derecho de retención, caracterizado por su agilidad y por ser extrajudicial, alcanzó un rol sobresaliente, facilitándole al trabajador la posibilidad de resguardar sus derechos y conservar el vínculo, evitando las demoras que podría llegar a tener una respuesta de los jueces.

Capítulo 5: SUPUESTOS DE RETENCIÓN DE TAREAS

Título I. Supuestos más frecuentes de uso de la retención

A continuación, y al solo efecto ilustrativo puesto que la gravedad de la injuria no es un concepto estático sino dinámico, analizo los supuestos más frecuentes y graves que habilitan la suspensión individual, acompañando aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional.

1. Ausencia o defectuosa registración laboral (art. 52 de la L.C.T., en concordancia con la ley 24.013)

Es quizás la causa más habitual de la retención. Lo cierto es que si bien el trabajador puede recurrir a los emplazamientos de la ley 24.013, paralelamente también puede ejercer la retención.

Mientras esté pendiente la registración del contrato no existe una indisciplina del empleado o un ilícito sino el ejercicio regular de una facultad especial de protección que le concede la ley.

Existe uniforme y perenne jurisprudencia que la avala. A modo de ejemplo, me limito a citar un fallo de la C.N.A.T., Sala VII, caratulado “Martinelli, María Laura vs. Chacras de Buenos Aires Comercializadora de Tierras S.A. y otros s/ despido”, de fecha 26/03/2012, donde se expuso:

“La abstención de trabajar mientras dure el acto de incumplimiento patronal, no constituye una indisciplina del trabajador sino el ejercicio de una potestad especial de autotutela que le reconoce el ordenamiento jurídico -art. 1201, Código Civil-. Así, la omisión de prestar servicios por parte de la actora, habiendo probado la irregularidad registral en que se encontraba, no habiendo el empleador puesto de manifiesto su intención de cumplir con sus obligaciones, configura un supuesto de hecho que no puede erigirse en ilícito alguno en tanto no es más que el ejercicio regular de un derecho que le es propio y que justifica la retención de tareas (cfm. Arg. arts. 1201 y 1071, Código Civil)”¹¹⁶.

¹¹⁶ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T., Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 4391/12.

A modo excepcional, se ha rechazado la retención cuando el emplazamiento no ha sido notificado de manera fehaciente o cuando es incorrecto. En este sentido, se cita el siguiente fallo, caratulado “Viale, Norma B. y otra vs. Segura, Magdalena G. s. Rubros adeudados e indemnización por despido”, de la Sala Laboral de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos, de fecha 19/07/1996, el cual dispuso lo siguiente:

“Para que se configure el presupuesto que habilita a una parte a no cumplir con su obligación contractual, en el caso de las actoras, la prestación de servicios, debe haberse configurado el incumplimiento de la propia por parte de la contraria tal como lo es la situación contemplada por el artículo 1201 del Código Civil. Habiendo pretendido las actoras aplicar una especie de retención de servicios, se ha configurado la situación contemplada en el artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto han incurrido en un abandono-incumplimiento, que permite al empleador considerar extinguido el vínculo laboral por culpa de las mismas, no generándose derecho a percibir las indemnizaciones reclamadas y la indemnización del artículo 15 de la ley de empleo. Si en la intimación cursada en la forma prescripta por la primera parte del artículo 11 de la Ley 24.013 no se incluyó la fecha de ingreso, resulta inadmisibles las indemnizaciones establecidas en el artículo 9 de la misma”¹¹⁷.

2. Falta de pago del salario (arts. 74, 84, 103 y concordantes de la L.C.T.)

Para analizar este supuesto hay que partir de la base de reconocer que el salario es un crédito de naturaleza alimentaria. El trabajador necesita de él para sus gastos más básicos y de primera necesidad, y de ahí importante.

Reconocer el carácter alimentario del crédito laboral es lo que nos va a permitir comprender la importancia del derecho de retención para el obrero y es lo que termina por justificar su actitud defensiva. Sin esta herramienta legítima el obrero se vería siempre temeroso de las posibles represalias del empleador y sometido a una especie de esclavitud.

¹¹⁷ Sumarios Oficiales de la Cámara de Apelaciones, Sala Laboral, de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 1192/10.

Sobre este caso en particular, existe jurisprudencia uniforme en el sentido de su admisión sin mayores miramientos, pero lamentablemente también existen sentencias aisladas totalmente disidentes con este criterio mayoritario.

Sin argumento doctrinario ni antecedente obligatorio, algunos jueces hacen hincapié en agotar la vía recursiva para ejercer la retención, apelando a la judicialización ejecutiva de los créditos remunerativos. Otros, en cambio, minimizan la falta de un solo salario mensual, y exigiendo que al menos sean dos los meses adeudados. Esto como consecuencia propia de la evaluación subjetiva de la injuria que la propia L.C.T. permite.

A continuación citaré distintos fallos que ponen de resalto estas discordancias jurisprudenciales.

Por la afirmativa, la C.N.A.T., la Sala II, en autos caratulados “Quiroga, Natalia vs. Lorenzo, Jorge s. Despido”, de fecha 06/03/2008, sentenció:

“El empleador no puede exigir que su dependiente ocupe su puesto de trabajo cuando mantiene una deuda salarial y cuando ni siquiera ha puesto de manifiesto su intención de cumplir con sus obligaciones. En la medida que, en este caso, la actora probó que su fecha de ingreso y su salario no estaban correctamente registrados por el demandado y que además se le adeudaban haberes, se verifican razones suficientes que justifican la retención de tareas (art. 1201 CC). Por ello, ante la intimación de la trabajadora, en el sentido de hacer uso del derecho que la confiere el artículo citado, el empleador no debió contestar rescindiendo la relación imputándole abandono de trabajo, pues dicha decisión resolutoria carece de todo fundamento de derecho”¹¹⁸.

Por la negativa, en autos caratulados “Bustos, Nilda Estela vs. Verde e Hijos S.C.A. y otros s. Cobro de pesos laboral”, de la Sala II de la Cámara Laboral de Santa Fe, en fecha 30/05/2007, se resolvió lo siguiente:

“El ejercicio de la llamada ‘suspensión indirecta’ o ‘retención de tareas’ por parte del trabajador que no percibe su remuneración en tiempo y forma se encuentra actualmente aceptado de modo pacífico por la doctrina de los fallos y de los autores, quienes la fundan, a falta de disposición expresa en la L.C.T., en

¹¹⁸ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.Trab.; 21425/2005; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 1806/14.

la teoría general de las obligaciones y más específicamente en el art. 1201, Código Civil. Se entiende también que durante el período no trabajado, el trabajador mantiene su derecho a la remuneración con fundamento en lo dispuesto por el art. 510, Código Civil. En el caso, si bien en un principio la retención de tareas por deuda salarial fue legítima, luego la misma perdió tal carácter y devino excesiva dado que el empleador había abonado casi la totalidad de lo adeudado al trabajador. Así, la negativa a reincorporarse invocando sumas muy superiores resultó evidentemente antijurídica”¹¹⁹.

3. Modificaciones arbitrarias en la forma y modalidades de la prestación del trabajo (art. 66, L.C.T.)

3.1. El art. 66 de la L.C.T. en su redacción original y su reforma con la ley 26.088

En relación con la facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo, el artículo 66 en su redacción vigente (texto según ley 26.088, publicada en el Boletín Oficial el 24/04/2006) indica:

“El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al obrero le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.

En el Derecho del Trabajo se admite sin discusión que el empleador dispone de un poder de dirección que le permite introducir ciertas variaciones en el contenido de la prestación laboral. Esto es así porque las necesidades de la empresa no pueden quedar

¹¹⁹ Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 2185/09.

supeditadas a una inmovilidad que le impida al empresario realizar los cambios que requieran las necesidades del mercado o de su empresa.

La legislación argentina reconoce dicho derecho como limitado, al señalar de manera expresa tres condiciones: que esos cambios no deben importar un ejercicio irracional de esa facultad, ni alterar modalidades esenciales del contrato, ni causar perjuicio material ni moral al trabajador.

Esta facultad del empleador en los hechos se traduce en la posibilidad de modificar por sí la forma, modo o lugar de la prestación laboral de sus dependientes.

Frente al ejercicio del *ius variandi* que exceda ese marco, y se torne abusivo o ilícito, el operario puede tomar diferentes respuestas:

La primera opción consiste en consentir las modificaciones de manera expresa, aceptando por escrito esos cambios, sin perjuicio de la posibilidad de atacarlos posteriormente en virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos.

La segunda actitud puede ser optar por una conducta pasiva, guardando silencio y consentir las modificaciones de modo tácito, más allá de no estar de acuerdo con la medida adoptada.

Al respecto, es importante destacar que el silencio del trabajador no implica una presunción en contra suya porque rige con todo su vigor el principio de irrenunciabilidad del art. 12 de la L.C.T. y el art. 256¹²⁰ que fija la prescripción bianual. No obstante, cuando se trata de situaciones consentidas y soportadas en el tiempo por el trabajador sin que este exteriorice un firme rechazo, la jurisprudencia se ha pronunciado de manera divergente rechazando reclamos al considerarlos extemporáneo¹²¹.

En tercer lugar, puede ejercitar el derecho de suspensión individual previsto por la normativa de fondo (arts. 510, 1204 y 1201 del Código Civil C.C.C.N. y art. 75, L.C.T.), y eventualmente, si persiste el incumplimiento del empleador, darse por

¹²⁰ Art. 256, L.C.T. Plazo común. “Prescriben a los dos (2) años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo. Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones individuales o colectivas”.

¹²¹ El análisis de la jurisprudencia sobre el silencio del trabajador excede el estudio de esta tesis, pudiendo remitirse a Pose, Carlos, (1998). “*El silencio del trabajador frente a la modificación de las condiciones de trabajo*”, en *Revista del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

despedido de manera indirecta, en la medida en que la decisión objetada fuera de suyo gravemente injuriosa, grosera e intolerable, de manera que impida continuar con el vínculo de trabajo. Así lo ha entendido ampliamente la jurisprudencia nacional. Cito a continuación un fallo que ejemplifica lo expuesto:

“La figura de la ‘*exceptio non adimpleti contractus*’ (arts. 510, 1204 y 1201 del C. Civil) es aplicable al caso de un trabajador a quien se pretende imponer un *ius variandi* que considera abusivo y en tanto discute razonablemente con su empleador las condiciones del cambio, porque tal actitud debe considerarse legítima, conforme al art. 1071 del C. Civil, toda vez que no causa injuria al empleador en los términos del art. 242 de la LCT, debiéndose fundar esa conclusión en los principios contenidos en los arts. 10, 11 y 63 del citado cuerpo legal, así como también en el art. 917 del C. Civil...”. (C.N.A.T., Sala II, 28/06/01, autos n° 9.463/99, “Núñez, Juan c/ Calvo, Ceferino s/ despido”)¹²².

Guisado¹²³ asevera que por cuestiones de buena fe (art. 12, L.C.T.) y del principio de continuidad (art. 10, L.C.T.), antes de ejercer la antedicha opción el dependiente debe emplazar por escrito por un plazo razonable solicitando el restablecimiento, bajo apercibimiento expreso de darse por despedido.

La antedicha es incluso la postura que asume el Código Procesal Laboral de Mendoza, pero siempre deja a salvo el supuesto excepcional en donde la injuria sea grosera e intolerable, en cuyo puede considerarse suspendido¹²⁴.

Personalmente considero que, amparándose en la normativa de fondo¹²⁵, directamente puede extinguir el vínculo laboral sin necesidad de judicializar el restablecimiento, cuando la injuria es tan grave que no permite continuar con el vínculo.

¹²² Boletín temático de jurisprudencia n° 49 sobre *ius variandi* de las Cámaras Nacionales de Apelación del Trabajo, Agosto de 2011, p. 31, cita ISSN 1850-4159, disponible en: <https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/145/BT%20N%C2%BA%2049%20Ius%20variandi%20-%20ACTUALIZACION.pdf>

¹²³ Guisado, Héctor C., (2006). "La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo", en *Revista del Derecho del Trabajo*, T. A, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 673.

¹²⁴ Art. 93, C.P.L. – “En el supuesto del art. 91, El trabajador deberá continuar en el desempeño de sus tareas, aceptando provisionalmente las modificaciones dispuestas por el empleador, salvo que esta sean manifestación inaceptables, en cuyo caso, podrá considerarse como suspendido”.

¹²⁵ Art. 242, L.C.T. - Justa causa. “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”.

En cuarto lugar, puede accionar en sede judicial, persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas a través de un procedimiento sumarísimo. Además puede comunicar que hará uso de la retención del débito laboral.

Con respecto a la posibilidad de llevar a juicio las modificaciones unilateralmente dispuestas por el empleador, Livellara nos comenta que ha existido un antes y un después en la legislación, un tanto confuso para la doctrina y jurisprudencia. Esto es así en razón de que la reforma de 1976 de la ley 21.297 eliminó el párrafo referido a la alternativa de la judicialización, con lo cual algunos autores¹²⁶ y jueces consideraron que dicha opción quedó vedada; en cambio, otros la consideran viable a partir de la circunstancia que la ley no lo prohibía de modo expreso. Abogaba esta postura además el hecho de que tal solución era la que más se ajustaba al principio que contempla la continuidad o subsistencia del contrato (art. 10, L.C.T.).

La discusión quedó zanjada a partir del dictado de la ley 26.088 del 2006 que restableció esa opción, modificando el art. 66 de la L.C.T.

En relación a la posibilidad de requerir la medida cautelar de no innovar, en ese caso la empresa, acorde a los términos de la norma de fondo, debería aceptar suspender la medida hasta el fin del trámite (dictado de la sentencia). Si, en cambio, insiste en su imposición unilateral, resulta claro que el obrero podrá acudir tanto a la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1201, Cód. Civil) hasta lograr la medida judicial de no innovar, como también darse por despedido de manera indirecta si la injuria le resulta intolerable o gravosa¹²⁷.

Todo lo expuesto hasta acá hace referencia a los derechos del operario. Desde otra óptica, es interesante analizar cuáles son las facultades del empleador ante la negativa de sus dependientes. En caso de que el empleador se incline por suspender el cambio de las condiciones laborales a las resultas de la decisión judicial aparecen una serie de planteos, cuya respuesta no surge de la ley. A saber: ¿hasta cuándo debe esperar, frente a la posibilidad de que el trabajador demore la iniciación del trámite o no la realice?

¹²⁶ Livellara, Carlos Alberto (2011). “Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza. Comentado, Anotado y Concordado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 559.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 566.

Si el empleador decidiese continuar con las modificaciones impuestas, y el trabajador se negase a cumplirlas sin impugnarlas o controvertirlas, puede ser sancionado disciplinalmente hasta llegar a la *última ratio* consistente en el despido con causa; y si se ausentase de su puesto, deberá además ser emplazado a retomar funciones bajo apercibimiento de abandono de trabajo.

Livellara¹²⁸ plantea un vacío legal consistente en la situación del obrero que se niega a cumplir los cambios, pero no inicia las acciones legales pertinentes. A falta de pauta legal, propone esperar un término prudente y mínimo de treinta días. Sostiene que: “incluso podrá emplazar al operario a acreditar el inicio del trámite judicial y, si no lo acredita, el empleador podrá insistir en la medida”.

Por último, comparto su opinión en el sentido de que: “Ni el inicio de la acción, ni la prohibición de innovar, ni aun una eventual sentencia favorable al dependiente, afectan la facultad de disolución del contrato que la L.C.T. reconoce al empleador”¹²⁹. Es decir, el patrón conserva el poder de dirección de su empresa, lo cual incluye de manera específica la posibilidad de disolver el vínculo, más allá de que luego tenga que abonar la pertinente indemnización.

3.2. El antecedente normativo de Mendoza

El Código Procesal Laboral de Mendoza, en su capítulo denominado “De la modificación en las condiciones del trabajo”, regula un procedimiento especial, opcional para el trabajador, para el caso de rebajas salariales o modificaciones unilaterales injuriosas. A continuación cito los artículos cuyo análisis se relaciona con el instituto en estudio:

“Art. 91.- En los casos de rebajas de salarios o modificación de las condiciones de trabajo por el empleador, el trabajador afectado podrá dentro del plazo de treinta (30) días, posteriores a la notificación o al acto de la modificación del salario o de las condiciones del trabajo, solicitar la decisión del tribunal...”.

“Art. 93.- En el supuesto del art. 91, el trabajador deberá continuar en el desempeño de sus tareas, aceptando provisionalmente las modificaciones dispuestas por

¹²⁸ Livellara, Carlos Alberto (2011). “*Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza. Comentado, Anotado y Concordado*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 558.

¹²⁹ *Ibíd*, p. 564.

el empleador, salvo que esta sean manifiestamente inaceptables, en cuyo caso, podrá considerarse como suspendido”.

“Art. 94 - La Cámara ordenará la comparencia de las partes a una audiencia que fijara dentro de un plazo no mayor de diez (10) días, para oír y contestar demanda”.

“Art. 95 - Para los casos de rebajas de remuneraciones la Cámara se constituirá en tribunal arbitrador y será integrada por un representante de los empleadores y otro de los trabajadores...”.

“Art. 97- En la audiencia, las partes producirán las pruebas pertinentes, y en el caso de no ser posible la conciliación, la Cámara pronunciará su decisión, determinando si la rebaja o modificación impugnada es o no justificada. Si la rebaja o modificación se declara injustificada, el empleador deberá dejar sin efecto la misma a partir de la notificación de la decisión, reintegrando al trabajador el importe de los salarios dejados de percibir, incluidos los correspondientes al período de suspensión establecido en el artículo 93”.

“Art. 98 - El mismo procedimiento se seguirá en el caso de suspensión dispuesta por el empleador y que el trabajador considere injustificada o excesiva. En este caso, si se acepta la reclamación del trabajador, el empleador tendrá que abonar los sueldos correspondientes a la suspensión o la parte de suspensión que fuere declarada injustificada. Si se trata de medidas disciplinarias, esta deberá considerarse total o parcialmente anulada”.

Considero que no se trata de un proceso obligatorio, sino facultativo del trabajador porque si se impone de manera obligatoria el mismo, la normativa procesal del C.P.L. estaría vedando una opción que faculta la ley de fondo, consistente en la opción de ejercer la suspensión de manera paralela a las acciones judiciales.

No obstante que esa sea mi postura, existen antecedentes jurisprudenciales donde lo han considerado como medida previa obligatoria previa a disolver el vínculo. Tal es el caso de autos n° 22.915, caratulados “Sandoval, Patricia Estela C/ A.M.P.A.R.A. (Asociación Mendocina de Protección, Ayuda y ots.) p/ sumario”, de la Sala Unipersonal n° 3 de la Excma. Primera Cámara del Trabajo de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo de su titular Dra. Carmen Coronel Pfister, de fecha 06/03/2014, en la cual se concluyó lo siguiente:

“Si la actora no compartía la causa de la suspensión o la misma le resultaba poco clara, debió acudir al trámite que para tales eventos prevé el art. 98 del CPL, siguiendo el procedimiento que para ello se regula a partir del art. 91 del CPL. Dispone la norma procesal que en los casos de suspensión dispuesta por el empleador y que el trabajador considere injustificada o excesiva, debe dentro del plazo de 30 días posteriores a la notificación de la suspensión solicitar la decisión del Tribunal; quien debe expedirse sobre su justificación o sobre la falta de ella. Este instituto procesal tiene por objeto evitar la ruptura de la relación laboral. La conducta puesta de manifiesto por la actora, que se limita a rechazar la justificación de la suspensión aplicada y no requiere la intervención judicial para que dirima la misma, evidencia una total falta de vocación de continuidad del contrato. Es ella quien debía demostrar por medio del trámite de los arts. 91/98 CPL que le asistía razón en el cuestionamiento de la suspensión, de modo de avalar la denuncia del contrato al que apresuradamente acudió. Sin embargo se limitó a intimar y ante la ratificación de la suspensión por causas económicas, denunció sin más el contrato. No hay prueba en el expediente, instada por la accionante, que permita demostrar que la causa de suspensión invocada por la demandada para suspenderla y ratificar su postura, no tengan andamio. No debe olvidarse que en caso de despido indirecto pesa sobre el dependiente la carga de probar la legitimidad de su proceder. Ello evidencia una violación del art. 10 LCT que persigue la conservación del contrato, cuando no se demuestran hechos que lo impidan. Todo ello le quita legitimidad a la denuncia del contrato a que acudió la actora y determina sin más el rechazo de las reparaciones por despido reclamadas, esto es antigüedad, preaviso e integración del mes de despido (arts. 231/233, 246, 245 LCT)”.

Si bien el art. 93 del C.P.L. no explica por qué se restringe el derecho de suspensión, resulta lógico suponer que es para evitar un hipotético resultado adverso al trabajador y priorizar la continuidad del vínculo.

Livellara¹³⁰ cita al redactor del Código Procesal Laboral de Mendoza, Dr. Salvador Barbera Guzzo, quien sostiene que: “...la mayor parte de la legislación laboral se propone garantizar la estabilidad de los trabajadores resultando, pues, absurdo que,

¹³⁰ Livellara, Carlos Alberto (2011). “Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza. Comentado, Anotado y Concordado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 558.

en el caso de existir discrepancia, la parte que se propone reclamar tenga que abandonar previamente el trabajo, aun cuando el reclama tenga una modesta trascendencia”.

No obstante esa veda, destaco que el artículo deja un subterfugio consistente en habilitar la suspensión si los cambios son “intolerables”. Si bien no define que se considera como tal, lo cierto es que la norma procesal se acopla a la normativa de fondo en tanto no establece un *numerus clausus* de injurias, quedando pues su apreciación al dependiente. Es pues, otra noción que resulta sumamente subjetiva y quizás endeble, de modo que el uso de la suspensión en esos casos, quedará al prudente arbitrio del obrero.

En segundo lugar, el proceso pende de un plazo de caducidad de treinta días que no está previsto para el cómputo del inicio y cese de la *exceptio*, de modo que paragonándolos resulta más beneficiosa la segunda figura, la cual no depende de términos tan exiguos, más allá de que sí deba ser ejercida un plazo prudencial y contemporáneo a la injuria.

Sin perjuicio de lo expuesto, ese plazo procesal de caducidad, al ser contrario a la normativa de fondo¹³¹, y violar el orden de prelación de las leyes (art. 30, C.N.) quedó sin efecto y así lo entendió nuestra propia Suprema Corte de Justicia¹³².

En tercer lugar, si bien la norma procesal pareciera instruir un procedimiento ágil y sumarísimo, en la praxis judicial los plazos pueden extenderse considerablemente durante meses, y de ahí que la *exceptio*, por el hecho de ser extrajudicial, tenga mayor eficacia persuasiva a corto plazo y brinde una mejor protección al trabajador. En este mismo punto resalto que si se ejercita la suspensión indirecta no es necesario esperar el resultado del proceso laboral para recién entonces darse por despedido y ser acreedor de las indemnizaciones pertinentes. Es decir, salvaguarda de mejor modo la dignidad del trabajador sin tener que exponerlo a un proceso extenso.

Por último, es importante mencionar que el Código establece que si el resultado del juicio es adverso para el patrón, éste deberá abonar los salarios caídos, lo cual coincide con la postura adoptada por la mayoría de la doctrina nacional con respecto al cobro de los haberes durante el período de suspensión.

¹³¹ Art. 259, L.C.T. “No hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley”.

¹³² SCJM, 09/08/1960, “Escobar, J. c Roncato, M. y ot. s/ casación”, citado por Livellara, C., en “Código Procesal Laboral...”, p. 562, nº 945.

3.3. *Jurisprudencia*

Por su parte, la jurisprudencia a nivel nacional ha adoptado una postura progresiva y receptiva de la posibilidad de acudir a la retención en casos de *ius variandi* abusivo. A continuación cito cronológicamente una serie de fallos¹³³ que ejemplifican la adhesión:

“Los principios del Cód. Civil que hace a la figura llamada ‘*exceptio in adimpleti contractus*’ son aplicables al caso de un operario a quien se pretende imponer un ‘*ius variandi*’ que considera abusivo y en tanto razonablemente se discuten con su empleador las condiciones del cambio”. (C.N.A.T., Sala IV, 27/05/1991, “Stella, Dora I. c. Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina”, TySS, 1991-1007).

“Si los trabajadores comunicaron a la empleadora su determinación de hacer retención de sus débitos con fundamento en el art. 1201 del Cód. Civil frente al ejercicio de un ‘*ius variandi*’ que consideraron abusivo, la imputación de abandono formulada para despedir, no se corresponde con la realidad, por lo que resultan viables las reclamaciones indemnizatorias, con independencia de la eventual regularidad de las medidas modificatorias en debate” (C.N.A.T., Sala VIII, 18/08/1995, “Wheeler, Walter J. y otros c. Vandensfil SA”, DT, 1996-A. 278 - DJ, 1996-1-694).

“Aun en el supuesto del art. 66 de la L.C.T., la posibilidad del despido indirecto no impide al trabajador resistir el cambio mediante la *exceptio non adimpleti contractus*, ni tampoco le dificulta la acción para perseguir lo que se le esté adeudando... (Del voto del doctor Capón Filas)”. (C.N.A.T., Sala VI, 07/3/2000, “Sierra, Luis c. Trenes de Buenos Aires S.A. s/ diferencias de salarios”, DJ, 202-2000).

“Cuando el art. 66 de la L.C.T. se refiere a que: ‘al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa’, está indicando la voluntad del legislador de retener para aquél el arbitrio de valorar sobre la forma de proteger mejor sus derechos, cuestionando la medida adoptada por su empleador a través de otros instrumentos jurídicos, como por ejemplo la ‘*exceptio*’ del art. 1201 del

¹³³ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T., Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 3457/07.

Cód. Civil, o recurrir a la extrema solución del despido indirecto mediando la reparación agravada”. (SCBA, 29/09/2004, “Quiroga, José R. c. Consigna S.R.L.”, TySS, 2004-874).

“La excepción de incumplimiento que establece el art. 1201, Código Civil, resulta aplicable a todos los contratos bilaterales, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pues se trata de una disposición cuyo alcance- como ocurre con tantas otras previsiones del Código Civil- no se restringe a los contratos civiles y forma parte de la legislación común aplicable- como principio- en todas las ramas del derecho. Tal disposición, pues, solo resultará inaplicable respecto de aquellas relaciones o regímenes que contengan una norma específica al respecto (o que excluyan su aplicación explícitamente) o bien cuando su aplicación no resulte compatible con la naturaleza y modalidades de los contratos de que se trate, circunstancias éstas que no se presentan en las relaciones individuales del trabajo regidas por la L.C.T. Por ello, el hecho de haberles sido cambiados los días de trabajo y categorías a las trabajadoras y ante el solo reconocimiento de que prestaban trabajo autónomo por parte del empleador, fue legítima la retención de tareas por parte de aquéllas”. (C.N.A.T., Sala III, 10/05/2005, “Ochoa, Edith Nancy y otro vs. Thelen, Heike s. Despido”).

“Ante un grave incumplimiento en las obligaciones a cargo del empleador, el trabajador se encuentra, si lo considera pertinente, facultado a ejercer el derecho de retención de prestar las tareas a su cargo hasta tanto no se subsane la falta invocada. Ello encuentra fundamento en lo estipulado por el art. 1201 del Código Civil cuya aplicación en el ámbito del derecho de trabajo no se encuentra discutida. La aplicación de las normas de índole civil ha sido ratificada expresamente en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo desde el dictado del plenario "Ramírez" (Plenario C.N.A.T. n° 309 del 3 de febrero de 2006). Desde ya, la causa que invoca y justifica la retención deberá ser luego acreditada en el marco del reclamo judicial que se iniciare. Asimismo, es importante destacar que dicha retención de tareas debe ser invocada en forma fehaciente, la misma no se presume. Ello resulta importante al momento de analizar la configuración de un despido por abandono de trabajo de aquel empleado que habría retenido tareas. Si el ejercicio del derecho de retención no resulta invocado, mal puede el empleador dejar sin efecto una intimación a retomar

tareas (y no hacer efectivo el apercibimiento) que formulara bajo los términos y apercibimientos de lo regulado en el artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo. El actuar de buena fe es uno de los principios fundamentales de nuestra materia que, al momento de existir un conflicto en el que se encuentra en juego la continuidad y vigencia de un contrato de trabajo, cobra vital importancia. En consecuencia, si el trabajador manifiesta -en oportunidad del intercambio epistolar- y acredita posteriormente haber tenido razones suficientes para ejercer el derecho a retener sus tareas, el despido por abandono de trabajo que el empleador dispusiera no tiene validez atento que no existe en dicho caso una infundada falta de intención del trabajador a retomar sus tareas”. (C.N.A.T., Sala IX, 30/08/2012, “Kifer, Daiana Elizabeth c. Estudio P. de B. & A. y otros/despido”).

A modo de conclusión, y no obstante que uno lo considere justo, como ya he reiterado a lo largo de esta tesis, hay que analizar el caso concreto, ya que no siempre el *giudice* lo considerará ajustado a derecho. Cito un ejemplo de su rechazo donde la trabajadora agraviada por un cambio en el lugar de trabajo hizo retención indefinida de tareas y se la despidió, considerando la Cámara justificado el despido. Así, la C.N.A.T., Sala IX, en autos caratulados “Prudente, Silvia Karina vs. Obra Social del Personal de Farmacia s. Despido”, de fecha 28/11/2006, se expidió por su negativa, al establecer que:

“Por aplicación del principio de continuidad del vínculo que rige para ambas partes de la relación laboral (art. 10 L.C.T.) y en virtud del principal deber que se encuentra a cargo del trabajador, que es el de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo (art. 84 y ctes. de la L.C.T.), se impone analizar con un criterio restrictivo la justificación de una conducta de retención de tareas como la adoptada por la actora, la cual si bien puede encontrar respaldo jurídico en el régimen contractual del derecho común (art. 1201, Cód. Civil), en principio resulta ajena a la especificidad del régimen laboral”¹³⁴.

4. Incumplimientos al deber de seguridad del empleador en los términos de los arts.75 y 78 de la L.C.T., referidos a normas de higiene y seguridad

¹³⁴ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T., Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 11910/07.

El derecho a la integridad física y psicológica es uno de los derechos más básicos del texto constitucional, en la medida en que el desarrollo de los demás derechos solo es viable a partir del respeto pleno de aquél.

El presente supuesto ya cuenta con protección autónoma en el caso de la tutela preventiva. La norma es totalmente lógica ya que sin el presupuesto básico de la seguridad, difícilmente se puedan tutelar los demás derechos de los trabajadores.

Exponer al obrero a una situación riesgosa, sin las medidas de precaución que correspondan al caso concreto, se da de bruceos con los principios preventivos de la propia Ley de Riesgos del Trabajo.

Un ejemplo de su correcto uso es el siguiente. En los autos n° 25.238/01 caratulados “Báez Elizabeth Etel c/ Orígenes AFJP SA s/accidente acción civil”, de la Sala IV de la Cámara Nacional de Trabajo, de fecha 30/09/2004, se señaló que:

“El presente caso ha de analizarse desde el principio de indemnidad, que impide que el trabajador sufra daños a raíz de las labores que realiza. Este principio captado normativamente en RCT art. 75 y en la ley 19.587, obliga a la prevención eficaz de los riesgos del trabajo; cuando ella no es eficaz, o bien cuando el empleador, como en el caso, no solo no ha prevenido sino por la manera de organizar y dirigir el trabajo, ha contribuido a causar el daño, la reparación del mismo es la respuesta. Ubicado en el terreno de las obligaciones, el deber de seguridad es contractual. Si el empleador lo incumple, los trabajadores pueden retener tareas, sin pérdida salarial, utilizando la *exceptio non adimpleti contractus* (Código Civil, art. 1201)”.

5. Acoso, discriminación y mobbing

La protección contra actos discriminatorios no solo cuenta con protección en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos, sino también en normas más inmediatas como es la suspensión de tareas hasta que cese el acto lesivo y/o se consolide el despido indirecto.

Puede adquirir múltiples y variadas formas: aislamiento; humillaciones; burlas; ataques; críticas; ridiculizaciones; diferencias salariales entre hombres y mujeres respecto de una misma tarea; etc.

En principio, al igual que el resto de las causales, es viable la retención en estos casos. Sin embargo, no se trata de causales de mora automática o cuya prueba sea tan cierta y notoria como el resto. En consecuencia, si se opta por su uso, se deben extremar los recaudos probatorios y ser cautos a la hora del intercambio epistolar.

Es importante recalcar que en estos casos la retención puede ir acompañada de otras medidas como la solicitud de que cese del acoso o medidas similares.

Al respecto de la prueba, cito un fallo ejemplar de la Dra. Ana María Salas, en el cual una trabajadora aseveró ser víctima de *mobbing* como medio de forzar su renuncia y que en virtud de ese acoso es que remite telegrama reteniendo tareas hasta que se le otorgue un cambio de funciones. La Séptima Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en autos n° 155.229 caratulados “Lastra Parisotto, Florencia S. E. c/ ADT Security Services S.A. p/ despido”, de fecha 21/09/2017, sentenció:

“El informe psicológico presentado como medio de prueba por el trabajador que reclama judicialmente ser víctima de *mobbing*, y que se basa en sus apreciaciones subjetivas, sin respaldo en estudios complementarios, sin acreditación de las condiciones de inseguridad laboral ni la situación de vulnerabilidad que motivan su reclamo, no puede justificar su resistencia a prestar el débito laboral; máxime si ha sido emplazada a presentarse a prestar funciones; y torna legal el despido dispuesto por su empleador”.

6. Violaciones a la intimidad del trabajador

El tópico incluye la intimidad, abarcando numerosos de sus aspectos: el derecho a su propia imagen; el respeto a su identidad de género autopercibida; su libertad ideológica y religiosa; etc.

Como expuse en el capítulo relativo a la comparación de la retención con otras figuras, también es posible que ejercer el derecho de objeción de conciencia conlleve al uso paralelo de la retención de tareas como instituto complementario. En ese caso, el objetor deberá comunicarle al empleador que retendrá tareas hasta tanto cese en su actitud inquisitoria o discriminatoria.

En lo que se refiere a la imagen, pensemos que el uso de la barba o rastas, por ejemplo, puede incidir en empleos referidos a la imagen y atención al cliente, gastronómicos, servicios de salud; etc.

Del mismo modo, el uso obligatorio de uniformes influye en varios ámbitos laborales, impidiendo que el trabajador pueda utilizar indumentaria más cómoda o más liberal; en particular, por citar un ejemplo, en el de las fuerzas de seguridad o el sector gastronómico, etc.

En lo respectivo a la ideología, los ejemplos son sumamente variados: profesores ateos que se ven obligados a seguir una determinada línea de enseñanza en colegios religiosos; médicos que se ven obligados a realizar prácticas no consentidas al momento de asumir, como sería una interrupción voluntaria del embarazo o una eutanasia; etc.

Curiosamente, algunas legislaciones, como la española, previeron la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia, sin recurrir a la retención, y reemplazando esa prestación debida por un “servicio social sustitutorio”.

En el caso del respeto a la identidad de género, si el empleador no respeta la nueva identidad del trabajador, y le negase determinadas tareas y/o lo reubicase arbitrariamente en otro puesto, bien podría éste negarse con sustento en la Ley de Género, con aplicación paralela del derecho de retención.

A modo de colofón, podría concluir que las facultades del empleador de control y dirección si bien son discrecionales, deben ejercerse siempre en un marco de razonabilidad. Cuando no se aplique de ese modo, se puede recurrir a la ley N° 23.592 contra actos discriminatorios, la cual en su art. 1° prevé la posibilidad de requerir judicialmente el cese del acto discriminatorio (lo cual puede ir acompañado de la retención de tareas), y la reparación de los perjuicios morales y materiales causados.

Título II. Otros incumplimientos

En relación con la gravedad que debe adquirir la injuria, ciertos incumplimientos menores no justificarían su uso. Por ejemplo:

- 1) El pago de horas extras o premios, comisiones y adicionales de ley o convencionales, cuando su monto no es significativo;
- 2) El pago de diferencias salariales cuando su monto no es significativo;

- 3) La falta de entrega de ropa;
- 4) La falta de entrega de las herramientas y útiles para trabajar cuando no sean indispensables;
- 5) La falta de pago de aportes jubilatorios, a la obra social y contribuciones sindicales (art. 80, L.C.T.);
- 6) Incumplimiento en el reintegro de gastos y resarcimiento de daños cuando sean montos pequeños o insignificantes (art. 76, L.C.T.);
- 7) El no pago a través de medios bancarizados;
- 8) El incumplimiento del deber de información;
- 9) La entrega de una vivienda no adecuada, accesoria al contrato de trabajo, lo cual es muy típico del trabajador rural en Mendoza.
- 10) Etc.

Si bien constituyen injurias y prima la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, su reclamo es válido pero al no haber un criterio jurisprudencial uniforme encontramos jueces que sostienen que debe hacerse por otras vías judiciales – como la vía de la ejecución sumaria -, o a través de denuncias ante los organismos competentes: A.F.I.P., A.N.S.E.S., el sindicato, la obra social, la A.R.T., etc.; sin recurrir al ejercicio de la *exceptio*, y menos aún al despido indirecto.

La Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos n° 66.605 caratulados “Millán S.A. en J. 15.436 D’Angelo José c/ Millán S.A. p/ ord. s/ casación”, de fecha 28/08/2000, descartó que la falta de pago de horas extras justificara la *exceptio* y el posterior despido indirecto. En dicho fallo sostuvo:

“La doctrina ha sido concordante al aseverar que el trabajo realizado fuera de la jornada legal debe ser interpretado restrictivamente, que no rige la presunción prevista para la jornada legal, que su no pago no constituye injuria suficiente para justificar el despido, que no puede obligarse al trabajador su cumplimiento, y que su existencia y habitualidad debe ser probada por el demandante, de estos principios se puede deducir que los horarios extraordinarios, no obstante ser habituales y normales, no pueden considerarse como una modalidad esencial del contrato de trabajo”.

En idéntico sentido se expidió la Tercera Cámara del Trabajo de Mendoza en los autos n° 46.736 caratulados “Díaz Liliana Patricia c/ Antawara s/ ordinario”, de fecha 09/06/15, al decir:

“No habiéndose cumplido con los extremos que justifican la retención de tareas invocada por el trabajador, resulta injustificada la ausencia del mismo a sus labores y, ante la intimación en tiempo y forma que el empresario realizara en los términos del art. 244 de L.C.T., cabe concluir que se ha declarado extinguido legítimamente el contrato de trabajo por su abandono de tarea... Por aplicación del principio de continuidad del vínculo que rige para ambas partes de la relación laboral y en virtud del principal deber que se encuentra a cargo del trabajador, que es el de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, se impone analizar con un criterio restrictivo la justificación de una conducta de retención de tareas como la adoptada por la actora, la cual si bien puede encontrar respaldo jurídico en el régimen contractual del derecho común, en principio resulta ajena a la especificidad del régimen laboral”.

No obstante lo expuesto, otros Tribunales tienen otra perspectiva. Así, la primera Cámara Laboral de la Primera Circunscripción de Mendoza, en autos n° 37.828 caratulados “Alcoba, José Guillermo c/ EÂ LARTE SERVICIOS S.A. p/ despido”, de fecha 25/03/2008, falló:

“Siendo el actor el que da por finiquitada la relación laboral, cae en cabeza de esta última la prueba de que hubo injuria suficientemente gravosa que amerite el distracto. La negativa de la empleadora ante el requerimiento del pago de las horas extras efectivamente trabajadas y a la registración de las mismas, resulta agravio suficiente que amerita el distracto, quedando plenamente justificada la retención de tareas que efectúe el trabajador, no pidiendo imputársele el abandono de trabajo”.

Como se observa, una misma injuria consistente en la negativa de abono de las horas extras, puede ser interpretada en ambos sentidos. De ahí que hay que examinar rigurosamente el uso justificado de la figura.

En el caso de las comisiones impagas, también hay antecedentes favorables. Así, la C.N.A.T., Sala V, en fecha 11/09/2012, en autos “Aliberti, Elsa Natalia vs. NTB S.A. y otro s. Despido”, sostuvo que:

“La *exceptio inadimpleti contractus* evita la ruptura de la relación contractual suspendiendo las prestaciones hasta que la otra parte cumpla. El art. 1201 del Código Civil no se contrapone a la norma del art. 10 de la L.C.T. sino que se encamina a su realización. El contratante injuriado en lugar de disolver el vínculo opta por retener la cooperación hasta que la otra parte abandone su actitud injuriosa. En este orden de ideas, si el actor retiene las tareas ante la clandestinidad parcial de la relación laboral, lo que pretende es conservar el contrato, el cual continúa vigente pero suspendido en sus efectos. En el caso, se revocó la sentencia de grado y se consideró que la decisión del actor de retener tareas fundada en el incumplimiento de la empleadora consistente en abonar parte de la remuneración (comisiones) fuera de los recibos de ley, resultó ajustada a derecho; razón por la cual el despido comunicado por la accionada alegando abandono de trabajo resultó injustificado”¹³⁵.

En el sentido anterior, de validar la retención, otros tribunales han admitido la suspensión individual en caso de diferencias salariales. Tal es el caso de la Sala I del Tribunal del Trabajo de San Salvador de Jujuy, el cual en autos “Valda, Víctor Hugo vs. Paíta, Omar Enrique y otros s. Indemnización por despido incausado”, de fecha 06/12/2013, ratificó lo siguiente:

“Del intercambio epistolar adjuntado a la causa se evidencia que el empleador ha violentado el principio de buena fe, al negar al actor su derecho más elemental, como es el de percibir sus salarios conforme a la categoría y funciones que efectivamente cumplía, además de negarle su real fecha de ingreso, o adeudar suma alguna en concepto de antigüedad y las licencias impagas reclamadas (las cuales con posterioridad abonó en sede administrativa). Mientras la obligación fundamental del trabajador es poner a disposición de su empleador su fuerza de trabajo, por parte del principal, no es otra que, abonar una retribución en la cantidad y con las modalidades fijadas por el contrato y por la ley; lo cuál en el caso el empleador no ha hecho. Ante esto, el principal no está en condición

¹³⁵ Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 9999/12.

alguna de intimar a su dependiente para que cumpla con poner su fuerza de trabajo a disposición de aquél; en cambio el trabajador si se encuentra amparado en la *exceptio non adimpleti contractus*, prevista por los arts. 510 y 1201, Código Civil. En virtud de lo expuesto, el empleador no solo no ha acreditado la causal de abandono de trabajo invocada, sino que además, no se encontraba en condiciones de exigirle a su dependiente que se presente a trabajar; en consecuencia, en el caso se ha configurado un despido indirecto por exclusiva culpa del empleador, ya que los incumplimientos en que éste ha incurrido son de una gravedad tal que no permitieron la prosecución del vínculo laboral”¹³⁶.

¹³⁶ Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 174281/0, 3450/14.

Capítulo 6: ABANDONO DE TRABAJO

Título I. Introducción

El instituto adquiere relevancia en la tesis a raíz de la estrecha vinculación que se genera a partir del uso de la figura de la retención, absteniéndose de presentarse a prestar servicios, frente a la interpretación que realiza el empleador de esas ausencias.

Reviste pues importancia fundamental reconocer cuando se está frente a un legítimo uso de la suspensión individual a los efectos de neutralizar cualquier intento de emplazamiento del empleador como así también invalidar la comunicación del despido directo por abandono de trabajo.

Esta situación comentada *ut supra* es frecuente, y el empleador en la mayoría de las veces se esfuerza más por continuar adelante con el despido antes que reflexionar sobre la injuria comunicada e intentar reparar la situación.

En consecuencia, adquiere interés exponer el concepto y los presupuestos del abandono; y en segundo lugar, brindar pautas para delinear un correcto uso del derecho de retener tareas frente a los emplazamientos y/o el despido ordenado por el empleador.

Título II. Concepto de abandono de trabajo

El abandono del trabajo como justa causa de extinción del contrato de trabajo es la situación en la que se coloca al trabajador que no concurre a cumplir sus tareas y que, intimado fehacientemente por el empleador a reincorporarse, no lo hace ni alega una justa causa para ello, justificando de tal modo la decisión del empleador de extinguir el contrato de trabajo por tal causa.

Esta figura está prevista en el Título XII, Capítulo IV de la Ley de Contrato de Trabajo, como un tipo extintivo del contrato de trabajo por justa causa, en tanto constituye una injuria que por su gravedad no permite la prosecución de la relación, en consonancia con lo prescripto por el art. 242 de la L.C.T.

El empleador que se vale de esta figura queda exento de las consecuencias indemnizatorias de la L.C.T.

Es fundamental distinguir esta figura de otras similares. Así, el Dr. Grisolia¹³⁷ ilustra el tema, sosteniendo que:

“El llamado ‘abandono-incumplimiento’, contemplado en el art. 244, se diferencia de lo que doctrinariamente se ha denominado ‘abandono-renuncia’, y del cual se ocupa el art. 241 *in fine*, que se presenta cuando el abandono de la relación surge de la actitud asumida en tal sentido por ambas partes; se trata de un caso de cese por mutuo acuerdo en el que el trabajador deja de concurrir al trabajo por un lapso prolongado y el empleador deja de pagar salario sin adoptar otra conducta”.

El citado autor nos explica asimismo que:

“Tampoco debe confundirse el abandono de trabajo prescrito en el art. 244 de la L.C.T. con las faltas o inasistencias en que incurre el trabajador durante la relación de trabajo. En este caso, la reiteración de inasistencias sin dar aviso puede constituir injuria y justificar un despido con justa causa sin necesidad de intimación previa”.

Otra eminencia del Derecho Laboral, Vázquez Vialard¹³⁸, aporta lo siguiente: “La doctrina distingue entre el ‘abandono-incumplimiento’ y el ‘abandono-renuncia’. El primero consiste en una violación a los deberes que le impone el contrato, que constituye injuria grave. En cambio, el “abandono-renuncia”, aunque se manifiesta también en inasistencia al empleo, exterioriza una decisión de no reintegrarse a él (dándolo por disuelto). Se produce por la no concurrencia al empleo por un tiempo prolongado, haber aceptado otro con el mismo horario que el anterior, haberse mudado a una localidad muy distante, etcétera. El comportamiento del trabajador revela inequívocamente su decisión de disolver la relación jurídica”.

Título III: Presupuestos

¹³⁷ Grisolia, Julio A., (1999). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, T. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 543.

¹³⁸ Vázquez Vialard, Antonio, (1981). “*Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social*”, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 599.

En relación con los presupuestos, Grisolia¹³⁹ afirma que: “Para considerar configurado el abandono de trabajo, el art. 244 de la L.C.T. exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) constitución en mora; 2) intimación a reanudar tareas, y 3) plazo adecuado a las modalidades del caso”.

De la lectura de aportes doctrinarios de los Dres. Grisolia y Vázquez Vialard, junto con otros, a los efectos meramente dogmáticos emito un listado de los requisitos ineludibles para que quede configurado el despido por abandono. A saber:

a) la inejecución por el trabajador, sin aviso, de la prestación laboral;

b) el silencio del dependiente porque debe quedar evidenciado su propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna:

c) la inexistencia de una causa justificativa de las ausencias.

d) la persistencia del trabajador en su conducta omisiva, durante el plazo fijado sin presentarse en el establecimiento, ni comunicación explicativa de sus ausencias.

e) constitución en mora;

f) Intimación a reanudar tareas;

g) Plazo adecuado a las modalidades del caso.

En los subtítulos siguientes me ocuparé de cada uno de los presupuestos indicados con mayor amplitud, adelantando que los criterios jurisprudenciales y doctrinarios no son pacíficos respecto de ellos, y aclarando que el estudio de cada una de las posturas excede el objetivo de esta tesis.

1. Inasistencia del trabajador

El deber de asistencia es uno de los más importantes a cargo del trabajador porque posibilita la prestación esencial de éste, que es la de trabajar. El incumplimiento del deber de asistencia se configura con la inasistencia injustificada. Las inasistencias pueden habilitar, según el caso, dos vías extintivas del contrato de trabajo: el despido

¹³⁹ Grisolia, J., “*Derecho del Trabajo...*”, p. 558.

por justa causa y el abandono del trabajo. Ambos institutos se diferencian, más allá de que pueda vincularse los.

Para que no proceda el abandono del trabajo, el trabajador debe acreditar la existencia de causa justificable de la inasistencia para impedir que el empleador extinga válidamente el contrato de trabajo con fundamento en el art. 244 de la L.C.T.

No obstante lo anterior, y más allá de que hayan existido inasistencias, si no media silencio del trabajador ante la intimación patronal y aquél brinda una concreta respuesta explicativa de los motivos que impiden su reintegro, no se configura el abandono del trabajo.

Por ejemplo, en caso que la respuesta fue avalada inclusive con un certificado médico que se ponía a disposición del empleador; o en caso que existía discrepancia respecto de la fecha en que el trabajador debía reintegrarse de sus vacaciones; o cuando existen dictámenes médicos contradictorios y el trabajador contestó oportunamente la intimación que se le remitiera; o el dependiente tenía motivos a su parecer justificados para no hacerlo y el principal estaba anoticiado de ello.

En esa misma línea, también se ha decidido que ante la alegación de causal de justificación para dejar de prestar servicios, aunque no fuera acreditada, el trabajador incurre solo en un incumplimiento susceptible de originar el descuento de los salarios relativos a los días de ausencia y el ejercicio del poder disciplinario gradual con la falta cometida, pero no en abandono del trabajo porque falta el elemento subjetivo.

2. Intimación al trabajador a reintegrarse

La L.C.T. no estableció un lapso mínimo de ausencia del trabajador para que resulte procedente la intimación a éste a reintegrarse al trabajo.

De manera muy simplista, y considerando que es el deber más elemental del obrero cumplir con su débito, mal se puede estimar que una sola inasistencia suya habilita al empleador a concretar la citada intimación.

La realidad es que la conducta del empleado debe evaluarse de acuerdo con el contexto y a las circunstancias particulares de cada caso. No basta entonces una única ausencia sino que además se requiere de un elemento volitivo básico que es la existencia

de un comportamiento concluyente abdicatorio, con una cierta duración y continuidad en el tiempo y una ausencia culpable.

El art. 244 de la L.C.T. dispuso que el abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador “solo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso”.

Conforme surge del texto legal, la intimación al trabajador a reintegrarse es indispensable. Tal emplazamiento tiene como objeto evitar la ruptura unilateral de la relación laboral, por el mero hecho de que el trabajador no concurra a realizar tareas, cuando pudieran existir razones impeditivas justificantes, como así también que por medio de ella se tiende a alertar al trabajador sobre las posibles consecuencias de su incumplimiento. En virtud de ello, no le resulta posible al empleador invocar el abandono del trabajo como causa de extinción del contrato de trabajo, si no medió la intimación mencionada.

Del texto del art. 244 de la L.C.T. no surge con claridad cuál debe ser el contenido de la intimación que se le debe cursar al trabajador. Al respecto, cabe referirse a algunas cuestiones claves del instituto.

2.1. Emplazamiento

No parece haber dudas respecto a que la intimación que envíe el empleador debe contener un claro y categórico emplazamiento al trabajador a reintegrarse a sus tareas. Dicha intimación no debe generar duda alguna en el trabajador. El empleador deberá evitar expresiones que puedan suscitar equívocos o malas interpretaciones (por ejemplo, “le invitamos”, etc.). La expresión utilizada debe traducir claramente la voluntad del empleador de exigir el reintegro del dependiente a su trabajo.

2.2. Plazo

En este aspecto no existen coincidencias. El éxito de la postura de quien invoca la existencia de abandono del trabajo resulta inexorablemente ligado a la prueba de la existencia de un intervalo sensato entre la recepción de la intimación y la de la comunicación rescisoria.

Las dificultades comienzan cuando se debe precisar en qué consiste la cierta duración y continuidad en el tiempo, o cuál es el “intervalo razonable”.

La norma no fija un plazo mínimo y remite a criterios eminentemente circunstanciales, que deben ser juzgados con ajuste a las “modalidades” –se entiende: las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar– que permitan considerar como racional o no el plazo otorgado.

Tampoco resulta claro si el plazo a reintegrarse es el horario corrido del Código Civil y Comercial de la Nación, o si se debe respetar la jornada del trabajador.

Por último, también se cuestiona si debe ser en días o en horas.

Más allá de todas las disquisiciones que el tema puede proyectar, lo cierto es que el mismo excede esta ponencia, y de ahí que me remito a las conclusiones de la doctrina autorizada al respecto: “La intimación para que el trabajador se reintegre al trabajo — que constituye un requisito de validez— debe ser fehaciente, debiendo, necesariamente, efectuarse por escrito —mediante telegrama o carta documento— y por su carácter recepticio debe llegar a la esfera de conocimiento del trabajador y contarse el plazo a partir de ese momento; un plazo racional para efectuar el emplazamiento es el de 48 horas, aunque, en algunos casos aislados, se ha admitido jurisprudencialmente el de 24 horas”¹⁴⁰.

También se ha expedido al respecto, Juan Carlos Fernández Madrid¹⁴¹, quien considera exiguo el plazo de 24 horas y considera convenientes no fijar plazos menores de 48 horas para permitir el reintegro del trabajador.

2.3. Apercibimiento

El art. 244 de la L.C.T. no exige que la intimación al trabajador contenga el apercibimiento expreso de que el trabajador será considerado incurso en abandono del trabajo en caso de no reintegrarse a sus tareas.

No obstante ello, en la actualidad la jurisprudencia es casi unánime al respecto y exige incluir en la intimación el apercibimiento resolutorio. Por ello, si bien el art. 244

¹⁴⁰ Grisolia, Julio A., (1999). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, T. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 544.

¹⁴¹ Fernández Madrid, Juan Carlos, (2001). “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 1881-1882.

de la L.C.T. no mencionó la exigencia del apercibimiento y ello podría autorizar a sostener que no parece indispensable, de acuerdo con el art. 19 C.N., teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales actuales, será más prudente para el empleador que lo incluya en su intimación.

Habiéndose incluido el mencionado apercibimiento en la intimación a reintegrarse, cabe preguntarse si la extinción del contrato de trabajo se produce en forma automática en caso que el dependiente no se presente a trabajar o si es necesaria una declaración expresa del empleador en tal sentido. En este aspecto, por un lado no parece sensato dejar abierto la relación y de ahí que también se considere esencial la comunicación rescisoria.

2.4. Medios

En cuanto a los medios para concretar la intimación a reintegrarse, el citado art. 244 de la L.C.T. solo estableció que la intimación al trabajador debe ser concretada en “forma fehaciente”, pero no mencionó medio alguno para concretarlo. No obstante ello, lo adecuado es que esa intimación se realice mediante telegrama, carta documento, instrumento notarial u otro medio escrito.

No obstante lo anterior, el acento recae en que la intimación se considera concretada cuando llega a la esfera jurídica del destinatario.

En relación con el domicilio al que debe ser dirigida, debe ser al último domicilio que el trabajador denunció como real ante el empleador. Obra precipitadamente e incluso con mala fe, el empleador que considera a un trabajador incurso en abandono del trabajo si la intimación previa fue enviada al domicilio real del trabajador pero sabiendo que éste se había trasladado temporariamente a otro lugar o domicilio. Eventualmente será un tema ríspido de prueba, pero lo cierto es que se castiga severamente la actitud del empleador que prosigue así.

Esa buena fe que se le exige al empleador, también pesa sobre el trabajador, quien no podrá valerse de estrategias maliciosas para fraguar su domicilio o perniciosamente obstaculizar la diligencia notificadora de los agentes del correo. Tal como he mencionado sobre el empleador, el tema podrá ser objeto de prueba en el eventual juicio. Esto es así porque si bien es cierto que una comunicación no se estima perfeccionada por su mera remisión, sino que es necesaria su recepción por el

destinatario, ese principio no resulta aplicable cuando la empleadora ha actuado de buena fe y de manera diligente.

Recibida por el trabajador la intimación a reintegrarse a sus tareas, éste se halla obligado a expedirse sobre las posibles causas o razones que pudiera tener para no concurrir a prestar sus tareas o incluso negar —en su caso— las inasistencias que se le endilgan.

Si el trabajador guarda silencio ante la intimación del empleador y no se reintegra al trabajo, ello lleva inexorablemente a que éste quede autorizado a declarar extinguido el contrato de trabajo en los términos del art. 244 de la L.C.T. porque, como se ha dicho, la nota que caracteriza el propósito expreso o presunto del trabajador de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios es en principio y generalmente el silencio del dependiente.

Inclusive si el trabajador considera que se encuentra exento e impedido de retomar tareas por encontrarse con licencia médica, debe al menos comunicar al empleador tal circunstancia, y no observar un hermético silencio que no hace más que conferir legitimidad a la medida rescisoria que de manera ulterior adoptará el patrón. No existe norma que imponga ese deber expreso, pero lo cierto es que ello se desprende del deber de actuar de buena fe, más allá de que se halle en todo su derecho de tomarse la pertinente licencia.

Las situaciones de ausencia y de silencio pueden ser de lo más variadas y porque no hasta bizarras. Así, se puede sugerir silencios basados, por ejemplo, en el rapto del trabajador; una intimación militar; ser víctima de un atentado; etc. Hete ahí quizás el mérito de la ley de no fijar una norma taxativa sino circunstancial.

El silencio del trabajador también va de la mano del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, consagrado en el art. 12 de la L.C.T.; de modo que habrá de ser muy cuidadoso y prolijo el empleador que quiera valerse del abandono. Cualquier error o apresuramiento podrá llevar a descalificar su acto jurídico y a tener que responder por las consecuencias indemnizatorias previstas.

Lo mismo sucede con la protección del art. 58 de la Ley de Contrato de Trabajo que establece que:

“No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido”.

Por último, a modo de compensar las cargas probatorias, se entiende que si el trabajador alega haberse presentado a trabajar queda a su cargo la prueba de su efectiva presencia en el lugar de trabajo.

Título III. Retención versus abandono

Una consecuencia del ejercicio del derecho de retención es de cierto modo desvirtuar los efectos del emplazamiento a prestar tareas en virtud de un incumplimiento imputable al empleador que inhibe la exigibilidad del débito laboral; es decir, no se configura la situación de abandono de trabajo prevista por el art. 244 de la L.C.T.

No se configura el abandono porque, por un lado, existe un incumplimiento del empleador, que justifica la herramienta, y por el otro, aparece una manifestación positiva del trabajador que bloquea la convicción de que su voluntad haya estado dirigida a abandonar la relación, presupuesto insoslayable que condiciona la legitimidad de la causa extintiva.

Esto es así porque no existe incumplimiento u omisión alguna por parte del obrero, quien obra legítimamente amparado en una facultad legal; lo contrario implicaría una cuasi extorsión por parte del empleador que conllevaría a un enriquecimiento sin causa; o sea, a un aprovechamiento de su condición de parte débil.

En relación con el abandono, traigo a colación una postura quizás extrema para mi consideración. Álvarez¹⁴² asevera que podría alegarse retener tareas y aún de no poder probarse las mismas o que incluso resultaren falsos los argumentos, no procedería el despido con base en la causal del art. 244 de la L.C.T. por faltar el *animus* de parte del trabajador de dar por terminada la relación laboral. Así, ha afirmado lo siguiente:

¹⁴² Álvarez, Eduardo O., (2002). “*Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma de extinción de la relación laboral*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 75 y ss.

“El abandono de trabajo no puede configurarse de ninguna manera cuando existe una retención de tareas por parte del trabajador con la invocación de un incumplimiento de parte de su empleador, aun cuando el incumplimiento denunciado por el trabajador no sea cierto. Si bien estas circunstancias pueden configurar una situación pasible de ser sancionada, y que en algunos casos extremos se pueda hacer procedente un despido con justa causa en los términos del art. 242 de la L.C.T.; de ninguna manera pueden configurar la situación prevista en el art. 244 de la L.C.T. (abandono de trabajo), ya que está ausente el *animus* del trabajador de terminar con la relación laboral. Por este motivo ante la retención de tareas por el trabajador, un despido dispuesto por el empleador con base en la causa del art. 244 de la L.C.T. nunca puede considerarse como un despido con justa causa por la inexistencia de intencionalidad de abandono o ruptura del vínculo por parte del trabajador, por lo que a pesar de que el despido en los términos del art. 242 hubiese sido justificado en casos extremos ante falsedad de los incumplimientos denunciados por el trabajador y el incumplimiento grave del deber de asistencia, no existe posibilidad posterior de conversión de la causa de despido ya que el art. 243 de la L.C.T. es estricto en cuanto a la causa alegada por el empleador, sus requisitos y su invariabilidad”.

A continuación cito una serie de sentencias mendocinas y bonaerenses que reflejan la ausencia del elemento volitivo del abandono de trabajo cuando ha mediado de hecho retención de tareas notificada de forma fehaciente.

En autos n° 23.225, caratulados “Sentinelli, Emilio Marcelo c/ VILLAGE CINEMAS SA p/ despido”, la Sala Unipersonal de la Excma. Cámara Cuarta del Trabajo sostuvo: “No puede considerarse que incumpla con su débito laboral quien se encuentra ejerciendo la *exceptio non adimpleti contractus*, en todo caso, si persistía en sus motivos y denostaba los expuestos por el trabajador, el empleador debió recurrir a las previsiones de los arts. 67 o 242 de la L.C.T.”.

En autos “Palavecino, Analía Verónica vs. Blockbuster Argentina S.A. y otros s/ despido”, la Sala IX de la C.N.AT. en fecha 31/10/2011 falló:

“Si la demandante fundó su defensa en las prerrogativas del artículo 1201 del Código Civil, aduciendo que a raíz de determinados incumplimientos de índole salarial se vio en la obligación de colocarse en situación de ejercer su legítimo

derecho a retener servicios en virtud de lo dispuesto en la norma citada, es evidente que la actora intentó justificar sus inasistencias en incumplimientos que atribuyó a su empleadora, todo lo cual impide formar convicción en grado concluyente e inequívoco de que su intención haya estado direccionada a abandonar la relación, presupuesto insoslayable que condiciona la legitimidad de la causal extintiva”¹⁴³.

En idéntico sentido, la Sala II de la C.N.A.T., en autos “Madani Paco, Ana vs. Anatniug S.A. s. Despido”, de fecha 28/04/2009, sentenció:

“El empleador no puede exigir que su dependiente ocupe su puesto de trabajo cuando mantiene una deuda salarial y cuando ni siquiera ha puesto de manifiesto su intención de cumplir con sus obligaciones. En la medida que, en este caso, la actora probó que su fecha de ingreso y su salario no estaban correctamente registrados por el demandado y que además se le adeudaban haberes, se verifican razones suficientes que justifican la retención de tareas (art. 1201, Código Civil). Por ello, ante la intimación de la trabajadora, en el sentido de hacer uso del derecho que la confiere el artículo citado, el empleador no debió contestar rescindiendo la relación imputándole abandono de trabajo, pues dicha decisión resolutoria carece de todo fundamento de derecho”¹⁴⁴.

En un fallo reciente se insiste con la misma postura precedente. A saber: en autos “Ferrari, Luis Enrique vs. Obra Social del Personal de Dirección de Perfumería E. W. Hope s. Despido”, la Sala V de la C.N.A.T. en fecha 04/12/2018 expresó:

“No resulta procedente la situación de abandono de trabajo que alega el demandado, toda vez que en autos quedó probado debidamente desde el mismo momento del intercambio telegráfico, que la relación laboral se encontraba previamente impuesta en la situación del art. 1201, Código Civil, por incumplimientos de la empleadora que resultaron debidamente probados en autos, y constituidos en mora con motivo de falta de pago total de haberes e irregular registro de la relación laboral. No resulta frente a ello, posible subsumir su conducta en la norma del art. 244, L.C.T. No se advierte abandono de trabajo,

¹⁴³ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T., Ed. Rubinzal- Rulzoni Jurisprudencia 1809/14.

¹⁴⁴ Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T., Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 2491/09.

sino ejercido el legítimo derecho de la parte actora en términos de la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), llamada también excepción de incumplimiento, -facultad que tiene la parte en un contrato bilateral a negarse a cumplir sus obligaciones cuando su contraparte exige su cumplimiento sin a su vez haber cumplido con su propia obligación o demostrar por algún motivo no estarlo-. Ejercida esta facultad por una parte, los efectos del contrato de trabajo son suspendidos hasta su efectivo cumplimiento, y no es admisible un resultado extintivo porque justamente el objeto del instituto en análisis no es la extinción del contrato sino por contrario su prosecución y cumplimiento efectivo. Consecuentemente, deberá confirmarse lo decidido por el a quo en este aspecto”¹⁴⁵.

Otro fallo reciente que avala la inexistencia de abandono son los autos “Muñoz, Silvia Belén Carla vs. Cooperativa Andina de Transporte Automotor de Provisión de Servicios Internacional Limitada (CATA)”, de la Cuarta Cámara del Trabajo de Mendoza, de fecha 10/02/2016, en los cuales se sentenció:

“Ante los emplazamientos de la empleadora para que la trabajadora se presentara a prestar su débito laboral, bajo apercibimiento de considerarla incurso en abandono de trabajo, la actora respondió que se le aclarara si debía laborar en horario corrido o discontinuo, solicitándole trabajar en horario corrido, ya que por la distancia a su domicilio, el horario de retiro y retorno al empleo (de 12 hs. a las 14 hs.) le hacía imposible concurrir a su hogar, agravado por estar en periodo de lactancia. Ante tales emplazamientos para que la empleadora le aclarara su horario laboral, la accionada respondió en forma evasiva en violación a lo dispuesto en el art. 57, L.C.T. Si bien se configuró la condición objetiva, de no concurrencia al trabajo por parte de la actora, no surge el otro elemento de tipo subjetivo que es la voluntad de no reintegrarse al empleo, atento a que del intercambio epistolar surge evidenciado su voluntad de reintegrarse pero en un horario que le permitiese concurrir a su domicilio particular y cumplir con su derecho a la lactancia. Así, la falta de respuesta a sus emplazamientos para se le aclare su jornada laboral, agravado por estar en periodo de lactancia, constituyen inobservancias del empleador de los deberes a su cargo, quedando la actora

¹⁴⁵ Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 10925/18.

debidamente habilitada para hacer uso de la excepción de incumplimiento contractual dispuesta por el art. 1201, Código Civil, y por ende, no encontrándose cumplido el requisito subjetivo de la trabajadora de ausentarse sin ánimo ni justificación de reintegrarse al trabajo, el despido directo resultó intempestivo e injustificado”¹⁴⁶.

En sentido contrario, hay supuestos donde la retención infundada es analizada como causal de abandono (previo emplazamiento de ley para reintegrarse obviamente).

Así, en autos “Koffman, Héctor Alejandro vs. BML Collection Services S.A. s. Despido”, la Sala II de la C.N.A.T. en fecha 18/03/2019 sostuvo que:

“Atento a que las ausencias del actor a su lugar de trabajo durante casi dos semanas no pueden válidamente imputarse al ejercicio legítimo de la "*exceptio non adimpleti contractus*" en la medida que no probó que se encontrara incorrectamente registrada su fecha de inicio, que haya habido indebidos descuentos en sus haberes ni que la empleadora haya ejercido abusivamente la facultad de *ius variandi* que le confiere el art. 66, L.C.T., es claro que, en la especie, no se verifican razones que justifiquen la retención de tareas concretada por el accionante en los términos del art. 1201 del Código Civil, y art. 1031 del actual Código Civil y Comercial. Así, la decisión de la empleadora de dar por concluida la relación al imputar al trabajador la no reincorporación a su puesto de trabajo y desacato a órdenes impartidas, aparece ajustada a derecho (arts. 62, 63, 84, 86 y 242, L.C.T.). Corresponde confirmar el pronunciamiento de grado en cuanto no hizo lugar a las indemnizaciones contempladas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T., y a la sanción del art. 2 de la Ley 25323”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 1580/16.

¹⁴⁷ Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 1846/19.

Capítulo 7: SALARIOS CAÍDOS

Título I. Introducción al concepto de salario

Previo a ir de lleno al meollo de la cuestión en debate, haré unos breves comentarios sobre el instituto del salario para entender su naturaleza y cómo incide su percepción en la vida del trabajador.

La remuneración es la primordial contraprestación que debe recibir el obrero como consecuencia de su prestación de trabajo, incluso cuando no preste servicios, por la sola circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél (conforme reza expresamente el art. 103 de la L.C.T.).

Desde tal óptica, incluso cuando el trabajador no presta servicios, pueden ser considerados como remuneratorios las vacaciones, los feriados, las licencias por enfermedades y accidentes de trabajo, y algunas licencias determinadas, o por causas de fuerza o imputables al empleador (por ejemplo, que no funcione la maquinaria).

A *contrario sensu*, el operario solo pierde su sueldo cuando la ausencia de prestación se debe a su exclusiva culpa.

Como antecedente contemporáneo traigo a colación las licencias remuneradas por fuerza mayor a raíz de la pandemia del coronavirus que impuso el decreto de necesidad y urgencia n° 297/2020 de fecha 19 de Marzo de 2020. En efecto, el art. 8 del citado decreto dispone: “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”. Lo expuesto es sin perjuicio de las recientes reformas legislativas posteriores a la fecha de redacción de la tesis.

Recapitulando, con respecto al cobro de los haberes durante el periodo de retención, la doctrina y jurisprudencia no son totalmente coincidentes, y hasta la fecha el instituto carece de una regulación específica en este punto.

A continuación expongo una serie de posturas, una propuesta alternativa propia y una conclusión.

Título II. Postura afirmativa

La mayoría de la doctrina acoge la postura positiva y hace hincapié en la predisposición del trabajador a prestar su fuerza de trabajo (Capón Filas¹⁴⁸; Justo López¹⁴⁹).

Siendo numerosos y de distinta índole los argumentos a favor de esta postura, procederé a enunciarlos numéricamente, en orden a su preponderancia.

1. El argumento principal radica en la interpretación armónica con “la puesta a disposición” que se extrae del art. 197 de la L.C.T., cuando habla de jornada y establece que “se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio”.
2. En segundo lugar, esta tesitura encuentra apoyo en el art. 103 de la L.C.T. (parte final) que establece que el empleador debe al dependiente la remuneración aunque este no preste efectivamente servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél. Es pues ante un periodo de inactividad por una causal completamente ajena a su voluntad.
3. Adhiriendo a esta postura, Vázquez Vialard¹⁵⁰ afirma que: “durante la retención del cumplimiento de la prestación, el trabajador devenga el salario, pues como la interrupción es provocada por el empleador, las consecuencias deben quedar a su cargo, entre ellas, el pago del salario devengado durante el tiempo de la interrupción”.
4. Por su parte, Etala¹⁵¹ pone de relieve el carácter alimentario que inviste el salario y que el trabajador no ha incurrido en ninguna conducta reprochable ni que se encuentra en mora alguna. El eximio doctrinario incluso propone una modificación legislativa consistente en la inclusión en la Ley de Contrato de Trabajo del siguiente texto: “Suspensión indirecta. La inobservancia por parte del empleador de alguna de las obligaciones que le corresponden, dará derecho al trabajador a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo sin disminución o pérdida de la

¹⁴⁸ Capón Filas, Rodolfo, (1980). “*Derecho Laboral II*”, Ed. Platense, Buenos Aires, p. 340.

¹⁴⁹ López, Justo, (1972). “*El Salario*”, en Deveali, Mario L. (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. II, 2a ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 545-546.

¹⁵⁰ Vázquez Vialard, Antonio, (1981). “*Derecho del trabajo y seguridad social*”, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 370.

¹⁵¹ Etala, Carlos Alberto, (2003). “*La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho Laboral n° 1*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

remuneración, por todo el tiempo que dure el incumplimiento. Esta facultad podrá ejercitarse previa notificación al empleador con indicación del momento a partir del cual se hará efectiva la medida y la expresión suficientemente clara de los motivos en que ella se funda. Esta facultad del trabajador no obstará al derecho, que podrá ejercer en cualquier momento, de considerarse en situación de despido si dieran las circunstancias del artículo 242 de la L.C.T.”

5. También se puede aducir a favor de esta postura que el empleador debe garantizar ocupación (art. 78, L.C.T.) y si esta última no se hace efectiva por su culpa debe cargar con las consecuencias de sus propios actos previos. Es menester recordar que el trabajador no es socio del empleador, y que el trabajo se presume oneroso (conforme manda el art. 115 de la L.C.T.).
6. En otros supuestos de suspensión no imputables al trabajador también se ha contemplado que le corresponde los haberes diarios, como es el caso de: la suspensión por quiebra del empleador (art. 267, L.C.T.); la suspensión preventiva por denuncia penal realizada por el empleador o por un tercero, sin que resulte condenado, o la realizada por un tercero sin que haya mediado la detención penal del trabajador (art. 224, L.C.T.); los salarios durante la enfermedad inculpable (art. 208, L.C.T.); suspensiones disciplinarias o económicas impugnadas y no probadas, o aquellas en exceso de los plazos legales (arts. 221, 223 y ss., L.C.T.). La doctrina¹⁵² también enumera el caso de las suspensiones cautelares por faltas laborales graves que luego no sean acreditadas en el sumario.
7. Otro de los argumentos a su favor es el antecedente normativo del antiguo art. 83 de la Ley de Contrato de Trabajo que preveía específicamente su otorgamiento, más allá de que en esa época estuviese limitado al supuesto de incumplimiento de las normas de higiene y seguridad.
8. Otro antecedente es el art. 45, párrafo 3º de la ley N° 26.727 de Contrato de Trabajo Agrario, que específicamente prevé que en caso de incumplimiento laboral que implique riesgo para el trabajador no habrá sanción para él y que consecuentemente conserva su salario.
9. En el mismo sentido que la norma citada *ut supra*, como expuse en el título comparativo de la retención con la objeción, en el caso de las prácticas contraceptivas, la ley n° 26.130 ha prescripto específicamente que no habrán

¹⁵² Carcavallo, Hugo R., (1983). “La suspensión preventiva o precautoria”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, p. 652.

sanciones laborales para su objeción, lo cual incluye obviamente el derecho a conservar el salario.

10. Por último, teniendo en cuenta la específica recepción legislativa que tiene la excepción de incumplimiento contractual en el art. 1031 del C.C.C.N., y siendo entonces un derecho legítimo de toda persona humana, también resulta aplicable al caso lo dispuesto por el art. 10 del C.C.C.N., en tanto prevé que: “El ejercicio regular de un derecho propio... no puede constituir como ilícito ningún acto”. En consecuencia, su ejercicio regular no acarrea sanción alguna para el trabajador.

Adelanto, desde mi punto de vista, que todos los antecedentes normativos precitados son aplicables por analogía a la retención porque axiológica y funcionalmente son institutos compatibles.

La jurisprudencia de Mendoza también se ha expedido en este sentido. A saber:

“Debe ser remunerado el trabajador por el periodo de tiempo en el que hizo uso justificado de la retención de tareas (art. 1201 C.C.), en cuanto la falta de disposición al trabajo se debe al incumplimiento por parte de su empleador al pago del salario, por lo que en definitiva, la conducta del trabajador le resulta imputable al empleador y no al trabajador”. (Primera Cámara Laboral de la Segunda Circunscripción de Mendoza, autos n° 24.639, caratulados “Morón, Néstor Gabriel C/ Rama Caída S.A. y ots. p/ despido”, de fecha 29/09/2017).

Título III. Postura intermedia

Existe una postura intermedia, sostenida por Etala, que dirime el cobro según cuál sea la causa de la suspensión: si aquella responde al incumplimiento de normas relativas a la higiene y seguridad, no cabría juicio de reproche; en cambio, si la obligación incumplida por el empleador es el pago de salarios, propone analizar el caso concreto a fin de determinar si el acto constituyó un acto voluntario de acuerdo con la condición social del trabajador y sus necesidades¹⁵³.

En mi opinión, discrepo de esta postura porque el salario es un crédito alimentario y ello es independiente del nivel salarial pues todo obrero merece protección ante la falta de pago.

¹⁵³ Etala, Carlos A., (2003). “*La excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo*”, Doctrina Laboral Errepar, T. VI, p. 201.

Título IV. Postura minoritaria

Una corriente minoritaria directamente niega ese derecho aduciendo que el obrero no presta de manera efectiva su trabajo y no se encuentra a disposición de la patronal (Krotoschin¹⁵⁴; Fernández Madrid¹⁵⁵).

Otro de los argumentos de esta tesis es que los trabajadores deberían acudir a otras alternativas, como sería el ejercicio de acciones judiciales y/o administrativas, de modo que no se afecte la regular actividad productiva del empleador.

Esta postura es propia de aquellos que defienden en la materia la aplicación lisa y llana del principio “*solvet et repete*”, en cuyo sentido el trabajador debería seguir trabajando e instar a través de la Justicia el abono de los créditos remuneratorios vencidos y adeudados.

Al respecto, considero que esta teoría es criticable porque implica un enriquecimiento sin causa a favor del empleador, ya que aquél ya ha adelantado temporalmente su prestación a favor del otro, y porque no toma en cuenta el carácter alimentario del crédito ni el hecho de la crisis que le genera al trabajador el cese de esa fuente de ingresos.

Existe jurisprudencia que adhiere al antedicho criterio. En efecto, la Primera Cámara Laboral de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en autos n° 150.665 caratulados “Osorio Jerónimo c/ Guerrero Gabriela Beatriz y otro p/ despido”, con fecha 11/09/2017, sentenció:

“Es reiterado criterio del Tribunal que respecto a los días en que el actor hace retención de tareas, no tiene derecho a la percepción de la retribución. En efecto, ‘El acto omisivo del dependiente no puede ser sancionado esto es, no hay injuria, pero tampoco hay derecho a salarios por servicios no prestados pues la pérdida de los salarios no deriva de la mora sino de la actitud del propio trabajador que, si bien está facultado para retener su prestación futura de trabajo, tiene otras alternativas entre ellas la de seguir trabajando y reclamar judicialmente el pago de las remuneraciones vencidas’ (Krotoschin Ernesto, ‘La excepción de

¹⁵⁴ Krotoschin, Ernesto, (1987). “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, T. I, 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, pp. 307-308.

¹⁵⁵ Fernández Madrid, Juan Carlos, (1995). “*Practica Laboral*”, Ed. Errepar, Buenos Aires, p. 209.

incumplimiento y el pago de la remuneración’, Legislación del Trabajo, T. XXI-A, págs. 360/362; en igual sentido López, Justo, ‘El salario’, Tratado de Derecho del Trabajo, T. II, 1972, págs. 545/546). En el caso, tengo asimismo en cuenta el prolongado e injustificado tiempo que el actor dejó transcurrir desde su emplazamiento (12/12/2013) en que hace retención del débito laboral, hasta que se considera despedido por falta de respuesta a sus reclamos”.

Título V. Una propuesta alternativa

Una alternativa para quienes no admiten el abono integral, la cual adelanto que no comparto, podría consistir en el abono de una suma mínima, similar a la del salario mínimo, vital y móvil, a tenor del carácter alimentario que reviste el salario. Lo expuesto es sin perjuicio de que, en caso de judicializarse, y de prosperar la retención, corresponderían también las diferencias remunerativas, junto con los respectivos intereses, multas y costas. Y para el hipotético de rechazarse el reclamo judicial, podrían ser descontadas mensualmente en proporción a lo que pacten las partes y/o imponga el Tribunal; y si la relación está extinta, serían plenamente compensables y ejecutables.

Como se observa, en principio, es una respuesta que resguarda parcialmente a ambas partes, en tanto ambas soportan las consecuencias del uso de la figura, y en caso de judicializarse se brinda una solución que resguarda la continuidad del contrato laboral.

El problema es que reduce sustancialmente el salario del trabajador, y lo expone al criterio unilateral del empleador, sujetándolo a la resultas de un juicio, cuyas vicisitudes y tiempos pueden lesionar seriamente su derecho de propiedad.

Título VI. Postura personal

Personalmente me inclino porque se legisle de manera expresa una regla favorable al cobro del salario por el dependiente durante la suspensión y que para el caso hipotético de que el empleador decida cuestionar el derecho de retención, éste deba de modo obligatorio someterse a una solución aportada por un tercero imparcial que juzgue el caso en concreto.

Es decir que durante la suspensión sí se devenga el salario; y si empleador decide cuestionar la medida, la solución la aportaría un tercero; sea el órgano

administrativo, el judicial o cualquier otra autoridad a la que de manera voluntaria se sometan las partes, sin perjuicio de la posibilidad del empleador de repetir las sumas abonadas.

Entiendo que ese tercero necesariamente debe ser el Poder Judicial, concorde ello con la división constitucional de poderes y el principio del juez natural; siendo potestativo del trabajador acceder o no al arbitrio de otros organismos.

Esta regla es concorde con el principio protectorio que reina en esta materia; responde a la urgencia que implica el crédito alimentario; tiende a la preservación del contrato de trabajo; y también respeta las garantías constitucionales del empleador al admitir la vía judicial.

Existiendo el resguardo salarial el trabajador pierde el miedo al posible castigo del empleador. Es decir, a sabiendas y concienzudamente podrá ejercer la retención sin temor a represalias, evitando mayores menoscabos a su dignidad e integridad psicofísica.

Es muy común que el asalariado desconozca plenamente como funciona este instituto; y teniendo en cuenta que su trabajo es su principal fuente de patrimonio, sea más que cauteloso a la hora de su ejercicio. Podrá así encontrarse en la libertad de desobedecer mandatos injustos del empresario, pudiendo incluso de manera posterior rescindir la relación de trabajo por su decisión unilateral y con derecho a indemnización.

Cabe mencionar que el trabajador no es socio del empleador y que no asume los riesgos de la empresa. Como contrapartida, no percibe de manera directa los frutos del trabajo y debe someterse a sus órdenes. Eso sí, tiene un derecho irrenunciable al pago de su remuneración, la cual persiste incluso durante la suspensión individual.

El mismo planteo cabe hacer en el sentido de que el asalariado no sucumbe ante las vicisitudes del mercado; no pueden imputársele culpas compartidas ante las dificultades salariales del empleador. Menos aun considerando que se trata de una prestación que se devenga por adelantado. Tampoco debe sufrir o soportar daño alguno en sus bienes o persona.

Por último, desde otra óptica, ante la pugna de intereses de ambas partes, donde una reclama su retribución y la otra insiste en el deber de obediencia, de manera

imperiosa la balanza se debe inclinar por el valor que nuestra Constitución Nacional le asigna al sueldo. Así, el art. 14 bis dispone: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea...”. Es evidente que el constituyente ha buscado primar al operario ante el desequilibrio contractual.

Capítulo 8: CONCLUSIONES

Como he expuesto a lo largo del presente trabajo, la retención de tareas carece de una regulación específica en el campo del Derecho Laboral, siendo fundamental que se legisle una norma autónoma en materia laboral, que contemple las distintas aristas especiales que hacen a la relación de trabajo, a fin de que el trabajador hiposuficiente obtenga una mejor protección, y de ese modo se evite la ruptura del contrato.

En el marco legislativo actual se aplica analógicamente la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*. No obstante, considero que es necesario modificar la normativa vigente y legislar en el régimen laboral una figura propia de manera expresa y autónoma, con reglas mínimas respecto de su aplicación general y aspectos básicos como su modo de ejecución, notificación, duración, y la percepción de salarios, entre otros. Ello a fin de resguardar las dudas interpretativas en las que se puede hallar confundido el trabajador, salvando así la relación laboral.

Por cierto, destaco que la sanción de una norma expresa que abarque todo tipo de injurias laborales resultaría la opción más tuitiva del trabajador, sujeto de preferente tutela, tal cual señala el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Es pues el objetivo de esta tesis remarcar esa laguna legislativa, y proponer su ampliación a todos los supuestos de incumplimientos graves, y no solo los referidos a la salud e integridad, como actualmente contempla el art. 75 de la L.C.T.

En adición a lo anterior, estimo que se deberían fijar reglas mínimas respecto de su aplicación general y regular aspectos básicos como su modo de ejecución, notificación, duración, y la percepción de salarios.

El ejercicio de este derecho debe tener una causa que lo justifique, con indicación expresa de los motivos que lo originaron. No obstante ello, tampoco se debe avanzar en una definición casuística por el dinamismo propio de las relaciones laborales, y la infinidad de situaciones que pueden generarse. Negar el derecho de retención en supuestos no previstos legalmente o reglamentarlo de manera excesiva puede conducir a que pierda operatividad. Para sortear ese inconveniente destaco que la sanción de una norma expresa que abarque todo tipo de injurias laborales resultaría la

opción más tuitiva del trabajador, sujeto de preferente tutela, tal cual señala el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Con una adecuada normativa genérica creo que la seguridad jurídica como valor axiológico se vería más resguardada, ya que el trabajador se sentiría menos desorientado y tendría menos miedos a las represalias sancionatorias.

Frente a los incumplimientos del empleador, aparece entonces la facultad de retener tareas como una herramienta legítima de auto-tutela y de resistencia que fortalece la dignidad del trabajador y que torna operativo el principio de irrenunciabilidad de los derechos (art. 11, L.C.T.).

Por otro lado, el propósito de esta tesis también ha sido destacar que el derecho de retener tareas es la mejor herramienta con la que cuenta el obrero, porque al tratarse de una vía extrajudicial es mucho más ágil, sin costos, y que resulta muy eficaz porque permite una interacción más inmediata y dinámica entre las partes, independientemente del hecho que el sujeto pueda recurrir a todas las demás acciones judiciales, sindicales y/o colectivas.

En este orden de ideas no puedo dejar de remarcar la utilidad actual que ha tenido el derecho de retención en tiempos de la pandemia del COVID-19 con los Tribunales cerrados.

No solo beneficia al trabajador sino también al empleador y a la sociedad en general. Así, esta facultad le brinda al patrón la posibilidad de tomar conocimiento fehaciente de la situación y remediarla, o en su caso, exponer sus defensas.

Constituye pues una herramienta esencial para equiparar las posiciones de negociación y acción entre trabajador y empleador, sin que el obrero tenga que soportar impotente los incumplimientos del empleador, sobre todo cuando la injuria no sea de tal entidad que justifique el despido indirecto.

Y por último, en cuanto a sus beneficios, hay que destacar que tiende favorablemente a la conservación del contrato, beneficiando en definitiva a la comunidad entera, con una perspectiva de paz social, restableciendo el debido equilibrio que debe reinar entre las partes.

Desde ese punto de vista, si bien siempre la doctrina y la jurisprudencia han sostenido axiológicamente que recurrir al despido indirecto debe ser considerado como la *última ratio*, consecuentemente, acudir a la retención de tareas resulta una opción lógica y sana, ya que si se acepta lo máximo (la ruptura), con más razón deben incluirse aquellas decisiones que impliquen consecuencias menores para el contrato y que tiendan, a su vez, a su preservación.

Habiéndome pronunciado por la regulación expresa y autónoma de la figura en el Derecho del Trabajo, paso a reflexionar sobre el otro gran interrogante que acusa el instituto en estudio: ¿corresponde el cobro del salario devengado durante la suspensión?

Al respecto, si bien la doctrina y jurisprudencia mayoritarias apoyan la teoría afirmativa, concluyo que sería prudente una modificación legislativa que extienda de manera específica y precisa la percepción del cobro de sueldo a todos los supuestos de injurias laborales, y no solo aquellos relacionados con incumplimientos en materia de seguridad e higiene.

Lo expuesto sobre el salario es sin perjuicio del amplio abanico de argumentos jurídicos que justifican su uso. A saber: la puesta a disposición de la que hablan los arts. 103 y 197 de la L.C.T.; el deber de ocupación del art. 78, L.C.T.; el principio de trabajo oneroso del art. 115, L.C.T.; la aplicación analógica de los artículos 75 de la L.C.T. junto con su antecedente, el derogado artículo 83; el art. 45, párrafo 3º de la ley N° 26.727 de Contrato de Trabajo Agrario; etc.

En conjunto, las citadas normas constituyen un universo de reglas asimétricas, en clara sintonía proteccionista, que tienden a darle una cierta entidad propia al derecho de retención, más allá de que ninguna lo consagra de manera autónoma e independiente, con contenido genérico y no únicamente limitado a cuestiones de seguridad e higiene laboral.

Creo que es menester que se preste especial atención a este instituto y que se recapacite en su función social. La importancia radical de esta figura es que tiende a preservar el contrato sin necesidad de recurrir a los estrados judiciales; de este modo, impacta de forma sensible en la economía global, evitando que se generen situaciones de despido y permitiéndole al empleador paliar las situaciones, sin que se judicialice todo tipo de conflicto; y por otro lado, beneficia al trabajador en cuanto custodia su

dignidad, integridad e irrenunciabilidad, evitando su pauperización ante la postura dominante del patrón.

En conclusión, la idea de esta tesis es rescatar y difundir este instrumento legal como un mecanismo protector del dependiente, que permita a ambas partes la conservación del contrato laboral, reivindicando al operario como persona humana, y haciendo realidad la plena vigencia de sus derechos. Reconocer el derecho de retener tareas implica empoderar al trabajador, y restaurar el equilibrio que el empleador ha quebrado.

Índice bibliográfico

Ackerman, Mario E., (2003). “*Las suspensiones en el contrato de trabajo*”, en *Revista del Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Ackerman, Mario E., (2004). “*Conflictos colectivos de trabajo. Ratificación y ampliación de la abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad*”, en VV. AA., *Reforma Laboral, Ley 25.877*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe.

Ackerman, Mario E., (2014). “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, T. III y V, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Ackerman, Mario E., (2016). “*Ley de Contrato de Trabajo*”, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Alferillo, Pascual A., (2015). “*Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*”, T. VIII, Alterini, Jorge H. (Dir.) y otros, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Alonzo, Claudia Mejías, (2013). “*La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil Chileno*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. nº 40, Santiago de Chile, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200002>.

Álvarez, Eduardo O., (2002). “*Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma de extinción de la relación laboral*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, (1992). “*La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización*”, en *Revista de Derecho de Daños (y otros estudios)*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Bidart Campos, Germán, (1981). “*Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14 bis*”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, suplemento extraordinario, Buenos Aires.

Borda, Guillermo A., (1976). “*Tratado De Derecho Civil Argentino. Parte General*”, T. I y II, Ed. Perrot, Buenos Aires.

Cabanellas, Guillermo, (1966). “*Derecho de los Conflictos Laborales*”, Ed. Omeba, Buenos Aires.

Carcavallo, Hugo R., (1983). “*La suspensión preventiva o precautoria*”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires.

Capón Filas, Rodolfo, (1980). “*Derecho Laboral II*”, Ed. Platense, Buenos Aires.

Crovi, Luis Daniel, (2014). “*Art. 1031. Suspensión del cumplimiento*”, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. III, Ed. La Ley, Buenos Aires.

De Diego, Julián A., (2008). “*Manual del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*”, 7a ed., Ed. La Ley, Buenos Aires.

De Diego, Julián A., (2006). “*La huelga y los procedimientos de solución de los conflictos colectivos*”, 1ª ed., Ed. Errepar, Buenos Aires.

Depetris, Eduardo A., (2019). “*La violación del deber de seguridad, conforme arts. 75, 62, 63, 64, 76 de la Ley de Contrato de Trabajo y la acción de compensación de los daños causados*”, en *Revista Jurídica* n° 5, San Luis.

Desantes Guanter, José María, (1977). “*La cláusula de conciencia desde la perspectiva profesional*”, en *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas*, Vol. IV, Universidad de Navarra, pp. 28-29, disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/12315>.

Deveali, Mario L., (1965). “*Huelga imputable al empleador*”, Manual de Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Dominoni, Juan F., “*Conclusiones de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros*”, Comisión I, pto. n° 3, Suplemento de Actualización, p. 2, disponible en: <https://fdocumento.com/document/proyecto-de-codigo-civil-unificado-con-el-codigo-de-proyecto-de-codigo-civil.html>

Etala, Carlos A., (2003). “*La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el Derecho del Trabajo*”, en *Revista de Derecho Laboral*, número 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Etala, Carlos A., (2003). “*La excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo*”, T. VI, Doctrina Laboral Errepar, Buenos Aires.

Etala, Carlos A., (2015). “*La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial*”, en Rodríguez Mancini, J. (Dir) y otros autores, *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Fernández Madrid, Juan Carlos, (1995). “*Practica Laboral*”, Ed. Errepar, Buenos Aires.

Fernández Madrid, Juan Carlos, (2001). “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Formaro, Juan J., (2015). “*Suspensión del cumplimiento de la prestación contractual en el Código Civil y Comercial. Su importancia en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Vol. n° 11, Ed. Infojus, disponible en: Id SAIJ: DACF160267.

Formaro, Juan J., (2015). “*Incidencias del Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo*”, en “*Incidencias del Código Civil y Comercial*”, dirigido por Bueres, Alberto J., Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Gastaldi, José María y Centanaro, Esteban, (1995). “*Excepción de incumplimiento contractual*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

García, Héctor, (2012). “*El derecho de huelga*”, en Simón, Julio C. (Dir.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

García Martínez, Roberto, (1990). “*La huelga y el contrato de trabajo*”, *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Grisolia, Julio Armando, (1999). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, T. I, Ed. Depalma, Buenos Aires.

Gordillo, Agustín, (2012). “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T. I, Buenos Aires.

Guisado, Héctor C., (2006). “*La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo*”, en *Revista del Derecho del Trabajo*, T. A, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Hernández, Carlos A., (2015). “*Comentario al art.1031 del Código Civil y Comercial de la Nación comentado*”, T. VI, Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Hernández, Carlos A. y Trivisonno, Julieta, (2012). “*Suspensión del contrato en el Proyecto de Código*”, Vol. E, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Kemelmajer de Carlucci, Aida Rosa, (1990). “*Daños y perjuicios por la huelga*”, *Anticipo de Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.

Krotoschin, Ernesto, (1974). “*El contrato de trabajo y el derecho común de las obligaciones*”, en *Revista de Legislación del Trabajo*, T. XX-B, Buenos Aires.

Krotoschin, Ernesto, (1987). “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, T. I, 4a ed., Ed. Depalma, Buenos Aires.

Livellara, Carlos Alberto, (1982). “*Derechos y deberes de las partes*”, en Vázquez Vialard (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Livellara, Carlos Alberto, (2005). “*Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo*”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, T. 2005-B-1174, Buenos Aires.

Livellara, Carlos Alberto, (2007). “*Ley de contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*”, Rodríguez Mancini, Jorge (Dir.), T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Livellara, Carlos Alberto (2011). “*Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza. Comentado, Anotado y Concordado*”, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Livellara, Carlos Alberto, (2012). “*Las facultades de dirección del empleador y sus límites*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Livellara, Carlos Alberto, (2015). “*Derechos fundamentales inespecíficos del trabajador: Su problemática y aplicación en Argentina*”, Vol. 21, Núm. 1, Ed. Gaceta Laboral, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33641802002.pdf>

Livellara, Silvina María, (2011). “*La huelga y sus daños*”, en *Revista Derecho del Trabajo* N° 11, Ed. La Ley, Buenos Aires.

López, Justo, (1964). “*El Salario*”, en Deveali, Mario L. (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. II, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Machado, José Daniel, (2013). “*La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773*”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Mansueti, Hugo R., (2007). “*Huelga en los servicios esenciales en Argentina*”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Messina, Giuseppe M., (2018). “*El trabajo forzoso en Argentina: avances y desafíos*”, Documento de Trabajo No. 25, Resumen Ejecutivo, Oficina de País de la Organización Internacional del Trabajo para la Argentina, Buenos Aires.

Mosset Iturraspe, Jorge, (1993). “*Medios para forzar el cumplimiento*”, Ed. Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires

Moisset de Espanés, Luis, (2012). “*Derecho de retención: legislación argentina y códigos modernos*”, en *Revista crítica de derecho privado*, cita: ISSN 1510-8090, N° 9, pp. 207-238.

Núñez, Ricardo C., (1973). *“Manual de Derecho Penal - Parte General”*, Ed. Lerner, Buenos Aires.

Organización Internacional del Trabajo, (2006). *“Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T.”*, 5a ed., Ginebra.

Orgaz, Arturo, (1961). *“Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”*, Ed. Assandri, Córdoba.

Portela, Jorge, (2015). *“La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”*, Ed. Educa, Buenos Aires.

Pose, Carlos, (1998). *“El silencio del trabajador frente a la modificación de las condiciones de trabajo”*, en *Revista del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Ramírez Bosco, Luis, (1991). *“Derecho de huelga”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.

Rodríguez Mancini, Jorge, (1998). *“Las instituciones del Derecho colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional”*, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Schick, Horacio, (2013). *“Acción autónoma laboral de la ley de contrato de trabajo luego del dictado de la ley 26.773”*, en *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires.

Shick, Horacio, (2015). *“Régimen de los Infortunios Laborales. Ley 26.773. Una interpretación protectoria frente a un viraje regresivo en materia de daños laborales”*, T. I y II, Ed. Daniel Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires

Seco, Ricardo Francisco, (2016). “*Algunas aproximaciones a las normas del Código Civil y Comercial y su relación con el instituto de la remuneración en el derecho del trabajo*”, en Ackerman, Mario E. (Dir.), “*El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Serrano Alou, Sebastián, (2008). “*La diferencia entre la huelga y la retención de tareas*”, documento N° 1291, n° 10.808, en *Revista N° 8*, T. 108, Ed. Zeus, Buenos Aires.

Serrano Alou, Sebastián, (2009). “*La retención de tareas y la intención de conservar el vínculo laboral*”, en Microjuris, Novedades Laborjuris, Boletín Diario, entrega n° 162, disponible en MicroJuris, cita: MJ-DOC-4369-AR / MJD4369.

Spota, Alberto G., (1940). “*La exceptio non adimpleti contractus*”, T. XVII, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Tula, Diego J., (2017). “*Reforma del art. 75, de la L.C.T.: Una visión plurinormativa de la obligación de seguridad en el contrato de trabajo*”, en *Revista del Foro Federal del Trabajo*, Buenos Aires.

Vázquez Vialard, Antonio, (1981). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Vázquez Vialard, Antonio, (1982). “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, T. III, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Vázquez Ferreyra, Roberto, (2016). “*La función preventiva función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material*”, en *Revista de Comunicación y Salud*, Vol. VIII, Buenos Aires.

Virginis, José, (2018). “*Fallo Faguada: conflicto negativo de competencia. El juez laboral es el competente para conocer en los accidentes con fundamento en el derecho civil*”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. n° 3, Buenos Aires.

Yuri, Jorge Andrés, (2018). “*La objeción de conciencia en la órbita de las relaciones laborales. Análisis del caso Armella, Miguel Ángel contra Aerolíneas Argentinas S.A.*”, en *Revista El Derecho*, Buenos Aires.

Publicaciones

“*La Corte y su intento de limitación o eliminación del derecho de huelga*”, 05/08/16. Análisis del fallo Orellano, por los doctores Pablo Kleiman y Hernán Luengo, integrantes del Departamento Jurídico de la Central de Trabajadores de Argentina, disponible en: [webhttps://www.ctacapital.org/la-corte-y-su-intento-de-limitacion-o-eliminacion-del-derecho-de-huelga/](https://www.ctacapital.org/la-corte-y-su-intento-de-limitacion-o-eliminacion-del-derecho-de-huelga/)

Jurisprudencia consultada

Boletín de Jurisprudencia de la C.N.A.T.; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia.

Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; Ed. Rubinzal-Culzoni Jurisprudencia 15613/09.

Sumarios extraídos de la Oficina de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, disponibles en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

Legislación consultada

Código Civil.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Constitución Nacional.

Código Penal Argentino.

Código Procesal Laboral de Mendoza.

Convenio n° 29 de la O.I.T. sobre trabajo forzoso.

Convenio n° 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical.

Convenio n° 98 de la O.I.T. sobre derecho de sindicalización y negociación colectiva.

Convenio n° 135 de la O.I.T. sobre protección de los representantes sindicales en la empresa.

Convenio n° 155 de la O. I. T. relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, junto con su Protocolo de 2002.

Convenio n° 184 de la O. I. T. sobre la seguridad y la salud en la agricultura.

Convención Americana de Derechos Humanos.

D.N.U. n° 260/2020 sobre emergencia sanitaria.

D.N.U. n° 297/2020 sobre aislamiento social preventivo y obligatorio y los artículos 1 a 3 de la Decisión Administrativa N° 429 /202 del Jefe de Gabinete de Ministros.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Ley n° 14.786 de Conciliación y Arbitraje.

Ley n° 20.744 de Contrato de Trabajo, y sus reformas.

Ley n° 23.551 de Asociaciones Sindicales y su decreto reglamentario n° 23.852/45.

Ley n° 23.592 contra actos discriminatorios.

Ley n° 24.013 de Empleo.

Ley n° 24.185 de negociación colectiva de la administración pública central.

Ley n° 24.522 de Concursos y Quiebras.

Ley n° 24.557 de Riesgos del Trabajo, y modificatorias.

Ley n° 26.130 de Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica.

Ley n° 26.727 de Régimen de Trabajo Agrario, y su dec. reg. n° 301/13.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Abreviaturas

Art.- Artículo

A.R.T. – Aseguradora de Riesgos del Trabajo

C.C.- Código Civil

C.C.C.N. - Código Civil y Comercial de la Nación

C.N. - Constitución Nacional

C.N.A.T.- Cámara Nacional de Apelación del Trabajo

C.P.L. – Código Procesal Laboral

C.S.J.N. - Corte Suprema de Justicia de la Nación

D.N.U. – Decreto de necesidad y urgencia

L.C.T. - Ley de Contrato de Trabajo

L.C.Q. - Ley de Concursos y Quiebras

L.R.T. – Ley de Riesgos del Trabajo

O.I.T. – Organización Internacional del Trabajo

S.C.J.M. – Suprema Corte de Justicia de Mendoza