



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA  
LA CONCILIACION LABORAL EN MENDOZA

Tesista: Juan Félix Bonilla

Director: Roberto José Domínguez

Mendoza 2020

UNIDAD ACADÉMICA

TESIS DE MAESTRÍA

LA CONCILIACION LABORAL EN MENDOZA

CARRERA DE POSGRADO

Tesista: Juan Félix Bonilla    Director: Roberto José Domínguez

Mendoza 2020

*Agradecimientos:*

*A mis padres por haberme inculcado desde niño el principio de paz y justicia.-*

*A mi esposa e hijo, quienes soportaron silenciosamente desplazamientos y prioridades para generar el tiempo invertido en la maestría.-*

*A mis compañeros de trabajo, que asumieron actividades para posibilitar el desarrollo personal.-*

*A mi director de tesis que aceptó la difícil tarea de guiar a un alumno que de antemano conocía, llevaba ideas distintas a las suyas, pero no fue obstáculo para mostrar humildad y respeto por las ideas contrarias.-*

*A los profesores de tesis, que siempre estuvieron a nuestro lado como uno más de nosotros, manteniéndose humildes y excediendo la función de docentes y con su ejemplo permanentemente apoyaron toda idea, por descabellada que fuese, para encontrar un sentido en su esencia, y demostrar que todos los días aprendemos algo de los demás.*

*Este trabajo apenas lo escribí yo pero se los debo a ustedes.*

*Muchas Gracias.-*

## INDICE.

I- Introducción	7
II- Antecedentes	9
III- Causas del nacimiento de conciliación obligatoria	12
IV- Relevancia del tema	14
V- Formulación del problema	19
VI- Objetivos generales	21
VII- Objetivos específicos	21
VIII- Marco teórico	21
IX- Metodología	22

### CAPITULO I

#### El orden público Laboral

1.1- Orden público Laboral: delimitación conceptual	24
1.2- Efectos de las normas de orden público	28
1.3- EL orden público y la realidad	29
1.4- Irrenunciabilidad de derechos	31
1.5- Limitaciones legales al orden público	34
1.6- Simulación y fraude	36
1.7- Conclusión	37

### CAPÍTULO II:

#### La justa composición de intereses

2.1- Parámetros de justa composición de intereses	42
---	----

### CAPÍTULO III: Oficina de conciliación laboral obligatoria

3.1- Antecedente directo	47
3.2- Competencia de OCL	48
3.3- Consignación de dinero	49
3.4- Consignación de documentación	53
3.5- Consignación de Inmuebles o herramientas	54
3.6- Incertidumbre en la persona del acreedor	56
3.7- Incompetencia de OCL	57
3.7.1- Luego de las medidas preliminares y cautelares	58
3.7.2- Trámite de amparo	60
3.7.3- Reclamos contra el estado	61
3.8- Incompatibilidad de conciliadores	63
3.9- Retribución del conciliador	67
3.10- Trámite de conciliación: denuncia:	70
3.10.1-Efectos de la denuncia: prescripción	70
3.10.2- Comparecencia personal de las partes	72
3.10.3 Acta circunstanciada	74
3.10.4- Asistencia letrada obligatoria	76
3.10.5- Acuerdos conciliatorios	78
3.10.6- Incumplimiento de acuerdo homologado	81

### CAPÍTULO IV

#### Valoración del sistema :

4.1- Valoración del sistema	83
-----------------------------	----

## CAPÍTULO V

Propuestas de modificaciones legislativas ley 8990	87
Art 3	87
Art 4	87
Art 8	87
Art 9	88
Art 15	88
Art 19	88
Art 24	89
Conclusión Final	90
Referencia bibliográfica	94

## **Introducción**

*“Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”*

*Séneca*

La justicia alcanza a todos los hombres en todas las relaciones sociales, sin embargo, dependiendo del tipo de actividad a juzgar, los parámetros utilizados generan consecuencias disímiles. Así, en materia penal, se advierte la posibilidad de sometimiento a penas con efecto punitivo y con la pretensión de reeducación del infractor de la ley; en materia civil, podemos advertir el norte orientador en el principio de dar a cada uno lo suyo; mientras que, en el derecho laboral es dar a cada uno lo que necesita como mínimo indispensable, dentro de límites preestablecidos por cada sociedad o grupos de personas sometidos a una determinada actividad.

El derecho del trabajo se nutre esencialmente del principio de justicia social, en virtud del cual la persona que trabaja, alienada de su libertad individual, requiere necesariamente poner a disposición de otro su tiempo, su fuerza física, su espíritu y cuando no su integridad física. Ello como forma imprescindible de obtener los recursos mínimos y necesarios para lograr el sustento de sí mismo y de los seres que forman la célula esencial de su vida, normalmente desprotegidos por la propia naturaleza y en algunas oportunidades – las menos de las veces- como forma de realización personal.

Resulta difícil concebir al derecho laboral en protección de una persona que no requiere enajenar su propia libertad y en algunos casos arriesgar su salud en pos de la obtención del dinero que le permita satisfacer las necesidades básicas de subsistencia. Quien se encuentra favorecido por la diosa fortuna, habitualmente no se condiciona sometiendo a otro su suerte y su actividad, prefiere conservar su libertad para y diseñar su vida realizando lo que le resulte provechoso, o bien aquello que le satisfaga ( sea económica o espiritualmente) ya que no depende de la urgencia de sus necesidades básicas

para sustentarse como ser humano; o bien prefiere diseñar su futuro conforme su voluntad, y en caso en que no pueda satisfacer las necesidades básicas será producto de las consecuencias de sus propias decisiones.

La diferencia esencial entre la persona que trabaja en relación de dependencia y quien lo hace por su cuenta, es justamente, que en el primero su decisión se encuentra limitada a trasladar las consecuencias jurídicas de su fuerza de trabajo, y con ello enajena también su riesgo y desde ya sus beneficios, mientras que quien lo hace por su propia cuenta y voluntad, es responsable de sus decisiones a punto tal que no tiene a quién reclamar, frente a sus errores ni la opción de obra social, ni jubilación, ni en caso de sufrir un infortunio, o al menos las consecuencias propias del transcurso de su propia vida (Canales, 2012).<sup>1</sup>

Podemos decir que a las personas que delegan las facultades de decisión sobre la libertad, el derecho organiza un sistema protectorio, teniendo en consideración que dicho universo de personas ( en su gran mayoría), no han sido afortunados, y se encuentran obligados a perder su libertad con todo lo que ello implica ( tiempo, salud, privaciones, etc.) como moneda de cambio a disposición de otro, en contraprestación de una retribución económica ya sea totalmente en moneda , o a veces también de manera complementaria en prestaciones en especie ( alimentos, ropas, vivienda, etc.).

Dicha deficiencia intenta, a veces sin éxito, ser suplida por el derecho en un sistema protectorio que coloca límites mínimos de intercambio, por los que su violación resulta contraria a derecho y protegida conforme el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ahora bien, existe una tensión entre la consagración legislativa y el cumplimiento del principio protectorio; que por un lado, en su faz teórica y propositiva dispone que toda reducción o renuncia de los derechos reconocidos por la ley a la persona que trabaja, resulta nula, sin embargo, a veces, especialmente en la actualidad, frente a la

vigencia de medidas de distanciamiento obligatorio previstas para la lucha contra la pandemia generada por el Covid 19, han provocado una crisis económica que ha llevado a la desaparición de muchos pequeños establecimientos, algunos han vendido inclusive hasta su capital para cumplir con sus obligaciones y otros simplemente han desaparecido, lo que genera la disyuntiva entre aceptar una propuesta indemnizatoria inferior a la determinada por la ley, y una opción de un reclamo judicial que seguramente logrará el reconocimiento en el acto sentencial del derecho conculcado, pero en la práctica de cumplimiento imposible frente a la desaparición del capital con el que hacer frente a dicha orden judicial; en estas circunstancias, frente a la imposibilidad de concretar el cumplimiento del derecho, la urgencia cede frente a la imposibilidad del cumplimiento del derecho.

En el presente trabajo se propone efectuar un análisis de legislación y de situaciones comparativas de casos y circunstancias globales que, buscan enaltecer el principio protectorio de consagración legal, con reglas flexibles para adecuar dicho principio a realidades y situaciones concretas, en las cuales muchas veces la letra de la ley deberá ceder en virtud de la protección de la esencia y dignidad de la persona humana.

## **II-Antecedentes**

Los sistemas alternativos de solución de conflictos resultan una opción no judicial con la finalidad de que los intereses contradictorios de dos o más partes logren algún grado aceptable de compatibilización de forma tal de que todas las partes en oposición logren una solución adecuada y que satisfaga sus necesidades en determinadas condiciones de tiempo modo y lugar.

La distinción más relevante respecto del sistema de solución judicial de conflicto, es que en éste la decisión parte de un tercero imparcial del conflicto, quien da una solución técnica con apego al ordenamiento jurídico y a las pruebas que los litigantes arrimaron al proceso judicial. Las partes dentro del conflicto judicial, generalmente resultan opuestas y cada una empeñadas en demostrar que la razón le asiste, en una suerte de contienda en donde a la parte contraria nada le corresponde.

En un sistema de solución alternativa, la decisión y la solución del conflicto se genera en base a la opinión e intervención activa de ambas partes, (con el asesoramiento jurídico técnico obligatorio). Ya no en procura de la contienda per sé, sino sobre la base de la búsqueda del origen de la controversia, las distintas afectaciones y consecuencias que el mismo posee, y las distintas posibilidades que ambas partes, atacando el conflicto en sí, encuentran como opciones de soluciones alternativas que se adecuan más a sus propios intereses. El principio protectorio se convierte en un límite objetivo respecto de la cuantificación del problema originado en la puja de las partes, conjuntamente con la inmediatez de la solución, con la opción cierta de cobro de parte del trabajador y en relación directa con el riesgo de acreditación del derecho del trabajador en un abanico de posibilidades de admisión judicial.

En suma, el sistema alternativo no busca vencedores ni vencidos, ni determinar quién de las partes tiene razón, sino en ver cuál es el problema y cómo se soluciona el mismo de manera tal, que en caso de arribar a un acuerdo, ambas partes han intervenido activamente en la solución generando los beneficios de a) sentirse satisfechos con la solución b) cumplir voluntariamente el acuerdo arribado consecuencia del sentimiento de que la solución fue la mejor opción encontrada con su participación y que es la mejor salida posible al problema c) normalmente generan la pacificación de la relación sobre la base de que durante el desarrollo de la etapa de solución el centro es el conflicto y no las partes, al lograr la solución, no existe vencedor ni vencido.

Los orígenes de tal solución se remontan al origen del hombre y la necesidad de sociabilización, a punto tal que muchas veces cede a peticiones o intereses de otras personas, por interés en mantener contacto, o bien obtener un beneficio adicional que no se encuentra en discusión. Se puede observar en toda relación de personas, la existencia de roces, problemas de convivencia ya sea matrimonial, laboral, de vecindad, social, que llevan muchas veces a limitarse en las pretensiones de una de las partes por el propio interés de una de ellas de mantener incólume la relación, o bien la contrapartida de un beneficio que no se encuentra en juego. El normalmente llamado perder para ganar-

Se utilizan reglas de solución de conflicto cuyo origen se atribuye a la denominada escuela de HARVARD, que en la década del 70 en Estados Unidos tuvo el mérito de aglutinar y analizar experiencias de múltiples situaciones domésticas, sociales y de propios estados. Se examinaron las reacciones de las personas frente a distintas situaciones y el interés que muestran en la solución del conflicto por el que aparecen, y se generan reglas genéricas de conducta como opciones de mayor factibilidad de soluciones que otras. Desde ya la psicología y la sociología intervienen activamente en el desarrollo de tales técnicas. El punto de partida de esta escuela, es que los hombres son esencialmente racionales, y toda decisión puede ser guiada racionalmente<sup>2</sup>FISHER R, URY.W (2017).

La reacción de la escuela anterior se dio por el FBI, que advirtió que la negociación con personas que no tienen nada que perder o peor aún que no les interesa negociar nada, no se guía por la razón sino por la emoción. A diferencia de la escuela de Harvard, que parte de la idea de que los hombres son racionales, la nueva corriente parte de considerarlos emocionales antes que racionales, consecuencia de ello la negociación se funda en la empatía táctica. Aborda la escucha como un arte marcial, equilibrando el sutil comportamiento de la inteligencia emocional con las habilidades asertivas de la capacidad de influenciar para obtener acceso a la mente de otra persona. La escucha no es un actividad pasiva, sino lo más activo que se puede hacer<sup>3</sup>.VOSS C. (2017) De esta forma da respuestas a la falta de acuerdos cuando los mínimos racionalmente son válidos, sin embargo no logran concretarse consecuencia de haber omitido, que muchas de las decisiones tienen un componente emocional antes que racional.

Una de las primeras institucionalizaciones de las formas alternativas de tratar el conflicto en Latinoamérica los constituye la carta política de Colombia de 1991<sup>4</sup> que reglamentó por primera vez, en su artículo 116; la posibilidad de que los particulares puedan administrar justicia como conciliadores o árbitros dando inicio a una política de fortalecimiento de la convivencia pacífica derivada de los postulados constitucionales.<sup>5</sup> ILLERA SANTOS (Mara del Jesús) 2018

En la República Argentina, la conciliación con utilización de técnicas de negociación fue creada por ley 24.635, que dentro del ámbito de Justicia Nacional fijó la conciliación laboral obligatoria, con la creación de un organismo específico denominado SECLO (Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio), que utilizan un grupo de conciliadores adiestrados en técnicas tanto de negociación, como de conciliación.

### **III- Causas del nacimiento de conciliación obligatoria**

El sistema judicial argentino, y en especial el mendocino, se encuentra sobre saturado y colapsado, con un ingreso de causas que, en proporción con la cantidad de Cámaras laborales hacen imposible efectuar la tramitación rápida y eficaz de las mismas, echando por tierra no sólo el sistema protectorio del derecho laboral, sino también la especialidad de la tramitación procesal en pos de mejorar la velocidad de la decisión judicial.

Dicha demora judicial acarrea varios inconvenientes: El primero es vaciar el principio protectorio que fija una indemnización para el supuesto de ruptura de la relación laboral cuando la misma, según dicho sistema, se encuentra injustificada. Dicha indemnización está destinada a ayudar al trabajador económicamente, hasta tanto consiga un nuevo trabajo, lo que implica que la indemnización se fija en virtud de la ruptura intempestiva de la relación laboral que ha impedido a quien trabaja prever dicha circunstancia y buscar un nuevo trabajo. La finalidad última es que el trabajador satisfaga las necesidades esenciales con la indemnización mientras busca trabajo, por ello la ley fija un plazo para el pago de dicha indemnización, frustrándose el objetivo de la ley cuando la misma no se cumple<sup>6</sup>

El atiborramiento de causas judiciales provoca no sólo la demora en la resolución del trámite procesal, sino también un perjuicio directo e indirecto respecto del mismo, ya que por un lado, se genera la pérdida de la inmediatez de la prueba (los testigos

no recordarán detalles necesarios para la resolución del conflicto, o se mudarán, o inclusive fallecerán por lo que su declaración se puede convertir en imposible). Por otro lado, la distancia existente entre el hecho generador de la indemnización ( despido) y la concreción de su consecuencia ( indemnización), genera muchas veces efectos adversos respecto de la posibilidad de cobro, como pueden ser la insolvencia del demandado, la desaparición de la empresa etc.-

La sentencia tardía, además se encuentra afectada indirectamente por circunstancias económicas que muchas veces se encuentran mal resueltas por el derecho, un reconocimiento económico desfasado, ya que las tasas de interés, muchas de las veces producto de índices inexactos, o de un mercado turbulento no reflejan el verdadero poder adquisitivo de la moneda por lo que la indemnización con más sus intereses y costas, diferidos en un largo transcurso del tiempo han provocado una licuación del poder adquisitivo del dinero, que es sufrida financieramente en forma directa por la persona que tiene derecho a la indemnización.

Este conjunto de situaciones ha provocado en el derecho argentino la búsqueda de una solución para la concreción del principio protectorio, creándose en 1996 n el ámbito de la Justicia laboral federal un organismo denominado SECLO (Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio, que comenzó a funcionar en 1.997. Su éxito, ( reflejado porcentualmente en la cantidad de acuerdos, y en la satisfacción de las partes involucradas en el conflicto) produjo que, 20 años después, las provincias comenzaran a imitar la experiencia, así, en Mendoza se efectuó por imperio de la ley 8990 la creación de un órgano muy similar al bonaerense, denominado ( Oficina de Conciliación Laboral Obligatoria) que comenzó a funcionar en Noviembre de 2017 que tiene similitud no sólo en la ley y reglamento de la misma en su creación, sino que inclusive en la generación de un órgano de iguales características y prestaciones, también con conciliadores previamente capacitados no sólo en derecho, sino también en “tanto de conciliación como de negociación”.-

Este sistema de conciliación tiene como fundamental característica la obligatoriedad de la instancia de conciliación; por cuanto las partes involucradas en el conflicto deben someter el mismo al procedimiento de conciliación. Cabe aclarar que la insoslayabilidad sólo es de tramitar la instancia administrativa y no de arribar en forma imperativa a un acuerdo de partes, ya que esto último resultaría un gran obstáculo al momento de requerir una participación colaborativa de las partes en miras a la solución del problema.

Hay que recordar, que en la provincia de Mendoza, la posibilidad de realizar una instancia administrativa prejudicial fue intentada en varias oportunidades antes de la ley 8990, de entre ellos la modificación de la ley 4974 por medio de la ley 8729, que estableció un sistema de conciliación obligatoria para los conflictos individuales cuyo monto no sea superior a 5 veces el Salario Mínimo Vital y Móvil, y los que se refieran a suspensiones disciplinarias. Los demás casos tenían un sistema de conciliación voluntaria, además de crearse un sistema de acuerdos espontáneos.

La gran distinción entre el sistema de conciliación previsto en la ley 8729 y la posterior 8990 data de que en la primera el sistema era dentro de la Subsecretaría de Trabajo y el sistema era voluntario salvando las excepciones establecidas en mérito a la cuantía, y también al objeto cuando se trataba de suspensiones disciplinarias. En el segundo sistema, prima la obligatoriedad para todos los trámites, con algunas excepciones y a realizarse las audiencias fuera de la estructura edilicia de la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza, por conciliadores que se encuentren registrados y designados, ocupando los conciliadores una naturaleza jurídica sui generis.

#### **IV- Relevancia del tema:**

La creación del sistema de conciliación obligatoria en Mendoza, en un marco de circunstancias políticas, económicas y sociales particulares, ha causado un

importante revuelo en la provincia: Desde el punto de vista de los usuarios se han levantado opiniones en diversos sentidos dada la novedad del tema, ( ya que en muy pocos lugares de la Argentina se encuentra instaurado, siendo el pionero Ciudad de Buenos Aires, luego le siguió Mendoza, y en año 2019 lo siguió Provincia de Buenos Aires) los intereses en juego, las posiciones sociales, políticas, las experiencias de todos los intervinientes dentro del trámite de conciliación; y además, desde sus resultados, los que cuantitativamente han provocado una sensible disminución de ingreso de causas en los Tribunales, y ello ha motivado que otras provincias se encuentren en vías de implementación del sistema, tomando como base la legislación del SECLLO, y también la implementación en la provincia.

Las empresas, por un lado critican el sistema, como consecuencia de ver muchas veces anticipados los resultados de los trámites, y provocar con ello un desembolso patrimonial imprevisto y anticipado (comparado con la opción del resultado lejano de un proceso judicial); aunque esto desde ya se contrarresta, con el hecho de que el desembolso es voluntario y se realiza en base a la convicción de que el resultado aleatorio del proceso judicial tiene menos atracción que un acuerdo que la empresa de antemano conoce, maneja y acepta con sus consecuencias.

A veces la crítica, resulta en virtud de la desconfianza del sistema judicial, ya que el sistema legal protectorio deja librado a control judicial las decisiones de la patronal ( el juez, muchas veces no coincide con el criterio patronal, y considerar injustificado el distracto y con ello generar las indemnizaciones legales por despido injustificado), máxime frente a un sistema abiertamente protectorio en favor de quien el derecho considera la parte más débil de la relación; esto lleva a las empresas a evitar recaer en dichas decisiones judiciales, con sus mayores y más graves consecuencias en caso en que la decisión sea perjudicial para su pretensión.

Asimismo, para la empresa, muchas veces, frente a la opción de tener que abonar una suma determinada, el procedimiento le permite flexibilidad la modalidad de

pago, y posiblemente disminuir el monto, sumado a que al momento de tomarse la decisión, la empresa cuenta con determinadas condiciones económicas; siendo incierta dicha situación al momento en que podría recaer la sentencia.

Por el lado de los trabajadores, el procedimiento en caso de arribarse a un acuerdo asegura un resultado eliminando la incertidumbre, y se consigue una solución satisfactoria muy rápida adecuada a las necesidades.

Ambas partes colaboran aportando opiniones de solución del conflicto, dando lugar a que se sientan involucrados en la resolución del mismo, y por ello la decisión no le es impuesta (como en el caso de la sentencia). Las partes tienen la oportunidad de escucharse (fundamentalmente porque sobre todo en relaciones de tipo personal, el conflicto fue escalando por falta de escucha y de empatía) y ello no sólo colabora en la opción de resolver satisfactoriamente las diferencias, sino que ambas se desprenden de una idea equivocada que tenían de la otra; y que el trámite judicial dada su formalidad les impide expresar. Ambas cotejan y valoran posiciones y riesgos, situación que la más de las veces sólo es valorada, cuando ocurre, en la instancia previa a la Audiencia final.

La crítica de parte de los profesionales es que en muchos casos la solución no resulta adecuada a derecho, ya sea porque la parte empleadora abona sumas en exceso propias de la inseguridad del sistema judicial y del sistema protectorio y en sentido contrario, muchas veces el trabajador acepta sumas inferiores a la posibilidad de la sentencia judicial, controvirtiéndose inclusive el mismo principio protectorio en pilar del derecho laboral.

Los profesionales así mismo, toman posturas encontradas, ya que muchas veces deben adecuar sus honorarios a sumas inferiores que se encuentran en juego (independientemente de la parte en que se encuentren), mientras están quienes aceptan el procedimiento convencidos en que la disminución del monto de los honorarios se ve

recompensada con una mayor velocidad en el trámite, la utilización de menor tiempo y la prontitud en la percepción.

También se ha escuchado críticas fundadas que sostienen que el sistema atenta contra el libre acceso a la justicia, afectando con ello no sólo disposiciones constitucionales, sino también tratados internacionales, conforme lo dice CASCO AMIONE

En primer lugar, y tal como anteriormente señaláramos, nos enfrentaríamos a la violación constitucional y normas internacionales, como asimismo de nuestra constitución provincial, al afectar el acceso irrestricto a la justicia del trabajo especializada. Al mismo tiempo, ello no solo sería a costa de los derechos laborales del sujeto trabajador que no dispone de la posibilidad económica y temporal de esperar los tiempos de un servicio de justicia deficitario producto de políticas públicas que deciden no invertir en aquel y que se traduce en una evidente violación del derecho fundamental del acceso a la justicia, sino también de una evidente inseguridad jurídica que afectará a todos los actores, tanto trabajadores como empleadores, al concretar acuerdos de dudosa legalidad y pasibles de revisión judicial”

Es necesario considerar que están como parte forzosa las cámaras laborales que por un lugar ponen énfasis en la necesidad de garantizar el principio protectorio en favor de la parte más débil del contrato de trabajo, que supuestamente muchas veces debe aceptar sumas inferiores a las que legalmente le corresponde, sólo fundadas en su necesidad y apremio, y además alejada de la posibilidad de tener conocimiento cierto de la decisión judicial imparcial e independiente. Por otra parte existen tribunales que ven con agrado el sistema refiriendo que el trabajador percibe el monto indemnizatorio que el mismo toma en cuenta con su asesoramiento profesional idóneo y en quien confía en tiempo oportuno; se evita la conflictividad social, y la decisión a la que se arriba satisface sus intereses, los que tampoco son garantizados en términos categóricos en un tribunal dado el tiempo de demora de la decisión judicial y de la demora. Además, se acepta la posibilidad de que la decisión administrativa, en limitadas circunstancias, pueda tener opción de revisión judicial.

Desde los actores sociales y políticos, también se levantan opiniones encontradas, ya que están quienes aceptan y proponen el sistema por ser los autores de él o los gestores de su puesta en funcionamiento, y los que detraen dicho trámite ya sea por un sentido de estricta justicia, o bien como consecuencia de no haber sido ellos los creadores. Critican las imperfecciones del sistema y sus fallas, poniendo quejas de todo tipo, y también los hay en posiciones intermedias que generan críticas razonables al sistema, sin embargo también resaltan las virtudes del mismo.

También hay actores sociales que impugnan el sistema en base a que los conflictos solucionados de tal forma provocan una limitación de trabajo que tenían cuando el sistema no estaba implementado ( peritos judiciales), que ven limitada su intervención a los procesos judiciales que no contaron con el éxito en el sistema alternativo de solución de conflictos .-

Desde ya todas las opiniones y posiciones resultan válidas, y la inexistencia de jurisprudencia, provincial específica, sumada a la inexperiencia en el sistema y la costumbre arraigada con un sistema anterior, la resistencia al cambio etc., generan un conjunto de opiniones contradictorias y muchas veces fundadas en falsas creencias o en intereses espurios.

Todo esto lleva necesariamente al análisis en el presente trabajo de las distintas posiciones de las partes, a la luz de la legislación, y también fundada en la experiencia personal del autor en el desempeño del rol de conciliador del sistema de Conciliación Laboral Obligatoria.-

Durante la redacción del trabajo se ha sumado un hecho imprevisto que influye directamente en forma decisiva en los conflictos laborales, a punto tal que ha puesto en foco el análisis de formas de contratación laboral<sup>7</sup>, genera una tensión más que importante entre el derecho entendido como cumplimiento del principio protectorio y la satisfacción de necesidades básicas, frente a un escenario de cierre de empresas, disminución de la actividad económica, pérdida de puestos de trabajo, incremento de la

desocupación, limitaciones para concurrir a lugares de trabajo<sup>8</sup>, dificultad de funcionamiento de los poderes públicos, imposibilidad de tomar las audiencias de Vista de Causa en forma presencial, dificultad de comunicación para los testigos y para la realización de las audiencias etc..-

No obstante ello la OCL, provocó una rápida adaptación, manejando las audiencias en forma remota, utilizando el medio que las partes tuvieran con mayor disposición. Se han realizado las notificaciones de las partes denunciadas en forma electrónica, ya sea a correos electrónicos, teléfonos celulares, e inclusive en muchos casos, averiguando (respecto de las empresas con mayor asiduidad en el organismo), quienes son sus profesionales para contactarse con ellos e invitar a la audiencia, provocando un altísimo grado de participación y celebración de audiencias.

## **V- Formulación del problema**

Este trabajo pretende ser el disparador de críticas al sistema de Conciliación laboral Obligatoria en Mendoza, y generar a su vez propuestas de soluciones a dichos inconvenientes, aunque no tiene la finalidad de agotar el tema ni mucho menos brindar la única solución posible a los inconvenientes que se planteen. Así, como inconvenientes podemos encontrar:

A) La existencia de una verdadera tensión entre la urgencia del trabajador en percibir su crédito alimentario y la demora en hacer efectivo su crédito; o bien es un argumento utilizado como forma de negociación por alguna de las partes<sup>1</sup>. (Dicha tensión parece haberse agravado consecuencia de la crisis económica generada por el aislamiento obligatorio, y a raíz de ellos las consecuencias económicas traducidas en el

---

cierre de actividades, desaparición de empresas, imposibilidad de pago de las indemnizaciones, mayor dificultad para conseguir un empleo de calidad)

B) La urgencia en la solución del conflicto es sólo del trabajador o en la más de las veces la premura es compartida por todos los intervinientes en el conflicto; ya que la urgencia del trabajador es percibir su crédito, mientras que la prontitud de la empresa es evitar las consecuencias negativas de no arribar a un acuerdo negociado en instancia extrajudicial. Es necesario tener en cuenta que las multas, en especial la del art 1 y 2 de la ley 25.323, al igual que las fijadas en ley 24.013, normalmente no tienen tratamiento en el reclamo administrativo, ya que ellas dependen de acreditación fáctica y decisión judicial, careciendo el órgano de de solución de conflictos la posibilidad de decidir respecto de los hechos, que sólo son expuestos en base a la confidencialidad, y mucho menos en base a la imposibilidad de tomar una decisión autoritaria por parte del conciliador quien no tiene las facultades para ello.

C) El principio protectorio protege íntegramente al trabajador o en algunas oportunidades la aplicación del mismo fuera de límites razonablemente prácticos generan un efecto absolutamente opuesto.

D) ¿Existen supuestos o condiciones de aplicación de dicho principio protectorio?, hasta donde la realidad o la necesidad del trabajador pueden llevarlo a la aceptación de un acuerdo perjudicial a sus intereses. Cómo funciona el principio protectorio cuando existen hechos controvertidos.

E) Cuándo un acuerdo que verse sobre los derechos del trabajador se convierte en írrito, y en dichas circunstancias es posible rechazar el acuerdo contra la voluntad del trabajador debidamente asesorado.

## **VI- Objetivos generales**

En el presente trabajo tiene como objetivos generales a) describir el funcionamiento del sistema alternativo de solución de conflictos en los términos de la ley 8990 y su decreto reglamentario 2269/17, como instrumento de solución de conflictos laborales, b) identificar distintas opiniones que quienes participan en el sistema tienen respecto de las ventajas y desventajas del mismo y c) valorar la conveniencia o no del sistema, su perfectibilidad o ineficacia.

## **VII- Objetivos específicos:**

Los objetivos específicos de esta investigación son: a) verificar la existencia de inconvenientes de funcionamiento del sistema, b) valorar las críticas tanto positivas del sistema como forma de contribuir al perfeccionamiento del mismo, c) Efectuar un análisis de los puntos de vista de los actores internos y externos al trámite d) detectar la posibilidad de mejorar dicho funcionamiento, e) valorar el sistema en su conjunto no sólo como forma de evitar el litigio judicial en sede laboral, sino también como elemento de pacificación social aplicable a otros ámbitos.

## **VIII- Marco teórico:**

Dentro del marco teórico se efectuará un análisis general de la ley 8990 y su decreto reglamentario, al igual que de los distintos sistemas que le precedieron; dentro de ellos y en el orden nacional, la instauración del SECCLO, (Servicio Conciliación Laboral Obligatoria) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se analizarán algunos casos jurisprudenciales a los fines de verificar la tendencia de los tribunales respecto del grado de aceptación o rechazo respecto del sistema extrajudicial de solución de conflicto, y sobre todo la credibilidad del sistema en

cuanto al grado de firmeza y del carácter definitivo o no de los acuerdos arribados fuera de los juzgados.

Se pretende efectuar un análisis estadístico respecto del atraso en la resolución de sentencias judiciales en los Tribunales del Trabajo, al igual que en el costo tanto económico como social respecto de dicha situación.

### **IX- Metodología**

En este trabajo se encuentran expuestos datos relevados tanto de organismos oficiales (subsecretaría de Trabajo, Ministerio de Gobierno, Justicia y Seguridad), al igual que el relevamiento de algunos integrantes del sistema de conciliación obligatoria, y en especial de las cámaras del trabajo que deberían resolver los planteos en caso de no existir la OCL.

Se brindarán opiniones obtenidas a través de entrevistas a personas relevantes dentro del sistema de solución judicial y también parte integrantes del sistema alternativo de solución de conflictos, y de personas que, dentro del ámbito académico universitario han sido entrevistados durante la realización del trabajo.

Se pretende lograr profundidad a) Descriptiva, ya que busca analizar el sistema, pero desde la óptica del funcionamiento interno; y también desde la visión que expresan quienes participan en los trámites de conciliación obligatoria (profesionales o propios interesados) en sus propios trámites; dejando traslucir claramente tanto los beneficios como las desventajas del sistema.

b) Comparativa, se ha buscado obtener el relevamiento de opiniones del nivel de satisfacción de los resultados de los procesos judiciales en cuanto a la conciliación laboral efectuada previa a la sentencia, pero ya iniciado el trámite judicial y rendida la prueba.-

d) Propositiva, Desde la base de la descripción y comparación, se pretende tomar un entendimiento cabal de las razones que argumentan tanto quienes están a favor como en contra del sistema, y verificar la existencia de puntos en común, y de ser posibles, también la propuesta de medidas de solución de los inconvenientes que genera el sistema.-

A los fines de organizar la exposición, el presente trabajo se dividirá en los capítulos en los que se incluyen los puntos más sobresalientes como respuestas a los interrogantes planteados: a) **Orden público laboral**, desarrollado al sólo efecto de generar una precisión de lo que en el presente trabajo se entenderá por tal b) **Justa composición de intereses**: capítulo destinado a hacer un balance entre el principio protectorio y los elementos que normalmente confluyen y que se encuentran fuera del derecho, para tomar una decisión de acuerdo, tales como factores sociales, culturales, económicos, urgencias, temores, etc., desarrollados en hipótesis que normalmente se desarrollan en un acuerdo conciliatorio previo c) **Funcionamiento de la OCL**: efectuándose un análisis del funcionamiento del sistema en su faz práctica, con el análisis de situaciones reales en un universo de casos. d) Valoración del sistema: se pretende, sin agotar el universo de opiniones, dar una descripción y fundamento a las críticas y a las opiniones en favor del sistema, pretendiendo descubrir hasta donde las mismas resultan ser fundadas y e) Conclusiones finales: Aquí se dará la conclusión de la investigación determinando los puntos de relevancia que merecen una consideración especial a los fines de lograr un mejoramiento del sistema, al igual que la propuesta de mejoramiento del mismo.

## CAPÍTULO I

### El orden público laboral:

*Las leyes demasiado benévolas rara vez son obedecidas.*

*Las leyes demasiado severas rara vez son ejecutadas.*

*Benjamín Franklin.-*

#### **1.1. Orden público laboral: delimitación conceptual**

El concepto de orden público, resulta de muy difícil conceptualización y tanto la doctrina, como la jurisprudencia, si bien hablan en forma constante del orden público, no manifiestan coincidencia sobre una definición unívoca, lo que genera una imprecisión de lenguaje que resulta esencial al momento de establecer límites en la aplicación normativa.

Algunos autores, definen al orden público como “el conjunto de principios eminentemente religiosos, morales, políticos y económicos, a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.” LLAMBIAS, J.J<sup>9</sup>

El autor de la ley 17.711 opina que el orden público está dado por todas las leyes imperativas que dictadas por el legislador dan un carácter obligatorio y prohíbe a los interesados apartarse de sus disposiciones, como consecuencia del interés social comprometido. BORDA G.A (1996).

Para Fernández Gianotti es el “conjunto de principios de orden fundamentalmente político, económico y social, que se consideran esenciales para la existencia, seguridad y desenvolvimiento de una sociedad en una determinada época”. FERNANDEZ MADRID J.C. (2007)<sup>10</sup>

Lo que sí surge con claridad para toda la doctrina, y también para la

jurisprudencia, son los siguientes elementos comunes:

- a) El orden público no se encuentra limitado a una rama del derecho en particular, sino que resulta ser propio de todo el ordenamiento jurídico, inclusive en el derecho internacional.
- b) El orden público no se agota en normas jurídicas formales (leyes), sino que también está integrado: en el derecho internacional por tratados, convenios, laudos y en el derecho interno por principios esenciales rectores del derecho.
- c) El orden público se encuentra expresado en algunas normas en forma textual, calificándose como disposiciones de orden público, pero otras veces, en forma implícita en el entendimiento que resulta ser la esencia del derecho, la forma única del cumplimiento de principios, valores tendientes a realizar efectivamente la paz social, la armonía, la convivencia; y en definitiva con un principio rector de justicia en que esté interesada la sociedad y no un individuo particular.
- d) Las disposiciones de orden público, en cualquier rama del derecho, provocan el desplazamiento o limitación de la autonomía de voluntad, cada vez que esta se oponga a las disposiciones que tienen en miras un interés superior al de las partes individuales.
- e) Desplazan o limitan al principio de autonomía de voluntad, fulminando instantáneamente toda decisión de los particulares que se contraponga a dichas disposiciones.-

Ahora bien, teniendo en consideración que el orden público nutre todo el derecho, surge la necesidad de averiguar si existe un único orden público; o bien si dentro del derecho laboral el orden público tiene características especiales.

La respuesta es positiva, ya que si bien el orden público general, tiene muchos puntos de contacto con el orden público laboral; dentro de éste último, adopta un contenido propio esencial, que lleva a la regulación de prestaciones por una actividad en la que una de las partes pone a disposición de la otra la libertad, y compromete muchas veces su esencia y su existencia, y en algunos casos también su dignidad, recibiendo como

contraprestación un determinado precio en dinero.

Las personas que desarrollan su actividad profesional, o económica por cuenta propia, tienen la libertad de decisión, y se sujetan, en gran medida, a las reglas de la voluntad en la contratación. Mientras que, quien se somete a una relación laboral, en gran cantidad de casos, lo hace por un estado de necesidad, ya que no hace lo que quiere, le gusta y a veces ni siquiera lo que puede; sólo lo que encuentra dentro del mercado laboral para obtener a cambio una suma económica que en muchas de las veces apenas le alcanza para subsistir. Basta pensar, por ejemplo, en los profesionales que se dedican a realizar cualquier actividad para obtener ingreso diario (licenciados, diseñadores, especialistas, que realizan actividades de auxiliares de comercio, conductores de vehículos de renta etc.), o inclusive, quienes desarrollan actividades sin registración, o deficientemente registradas, o insalubres.

Es posible, en consecuencia, hablar de un orden público laboral, fundándonos en los diferentes principios comprometidos en cada una de las ramas del derecho, en donde los intereses en juego son diferentes, y desde ya, las consecuencias son distintas. Mientras que en el orden público general la violación genera la nulidad del acto, en el derecho laboral las normas figuran como mínimo indisponible por las partes, bajo el cual los contratos son nulos, pero por encima de ellas el trabajador sí puede negociar, siempre y cuando lo haga en su beneficio. Por lo que en el orden público laboral la nulidad no se plantea por el acto en sí, sino cuando éste perjudica exclusivamente al trabajador. VAZQUEZ VIALARD A. (2005) <sup>11</sup>

En algunos fallos judiciales, se ha definido al orden público laboral de la siguiente manera: “el orden público laboral puede definirse como mínimo jurídico inderogable y aunque se consideren incluidas condiciones derivadas de la voluntad bilateral o unilateral del empleador, no hay dudas de que al obligarse unilateralmente el empleador puede válidamente condicionar su obligación por ejemplo, imputándola a cuenta de futuros aumentos”.<sup>12</sup> JUAREZ JULIO A (1996)

“El principio de irrenunciabilidad en materia laboral, representa una limitación a la autonomía de las partes, entendida en los términos del art. 1197 del Código Civil, que se traduce en la posibilidad de establecer una regulación menos favorable al trabajador que la que fija la ley o el convenio colectivo y, esa limitación de la autonomía individual por normas de otras fuentes es lo que se llama orden público laboral.” ROMERO C.A. c/ SEEFELD (1998)<sup>13</sup>

En un intento de efectuar una definición de orden público laboral que nos sirva como punto de partida para el presente trabajo, podemos decir que se entiende por orden público laboral, al conjunto de limitaciones de la voluntad de las partes, plasmadas en el ordenamiento jurídico; que tienden a desactivar condiciones de desigualdad negocial originadas en condiciones económicas, sociales, culturales, políticas, etc.; cuyo único norte es la búsqueda de la dignidad de las personas.

Obviamente, el orden público laboral es la columna vertebral del derecho laboral y tiene como eje esencial el principio protectorio, entendiendo que todas las normas que pretenden hacer efectivo dicho principio, constituyen en distinta medida una limitación de la voluntad de las partes, y en muchos casos la exclusión de la misma.

Como un primer esbozo del desplazamiento de la voluntad de las partes, se puede advertir, que la relación laboral es el medio que tiene la persona que trabaja para obtener a cambio de la fuerza de trabajo, los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, luego de lo cual la voluntad del trabajador podrá tener algún protagonismo. Hasta tanto no se satisfagan las necesidades básicas mínimas fijadas en el ordenamiento jurídico ( ley - convenio colectivo), la voluntad es innecesaria en la formación , desenvolvimiento y conclusión del contrato de trabajo, presumiéndose que el trabajador que contrata en condiciones de trabajo inferiores a las fijadas en el ordenamiento jurídico tiene un vicio de voluntad consistente en un estado de necesidad, que lo lleva a aceptar actos en contra de su propia naturaleza, renunciando en muchos casos a su dignidad humana como vía para conseguir un insuficiente sustento.

El orden público laboral pretende equilibrar las prestaciones que por el lado de la empresa implican erogaciones de costo económico, previsibles dentro de la organización de los factores de producción, con las otorgadas por el trabajador que entrega nada menos que su libertad, ya que se somete a la organización de la empresa que le dice qué hacer, cuándo y cómo, y muchas veces también a qué precio, llevando al trabajador para mantenerse físicamente con vida, a cumplir un contrato de trabajo firmado con su propia esencia y lacrado con su dignidad.-

### **1.2. Efectos de las normas de orden público:**

Todas las normas de orden público laboral tienen los siguientes efectos jurídicos:

- a) son imperativas, es decir se imponen a la voluntad de sus destinatarios.
- b) son irrenunciables o indisponibles para los sujetos protegidos por ellas.
- c) son inderogables por las partes. ETALA C.A.<sup>14</sup>

A diferencia del orden público general, el orden público laboral provoca el desplazamiento de la voluntad del dependiente cuando la misma va contra del principio protectorio del trabajador. Todo acto que la persona que trabaja decida dentro de la relación de trabajo si mejora los mínimos fijados por la ley, queda excluido del orden público, ocurriendo lo contrario cuando afecta dichos mínimos, y para algunos doctrinarios inclusive, cuando provocan una modificación de derechos ya concedidos al trabajador aún por encima de los mínimos fijados en la ley.

Dentro del derecho laboral, podríamos diferenciar normas de orden público cualitativas, como son: condiciones de trabajo (leyes de seguridad e higiene), imposibilidad de discriminación, afectación de su personalidad y dignidad, etc., de normas de carácter cuantitativas, en donde los límites están dados por límites numéricos como por ejemplo, salario, jornada de trabajo, etc. Dentro de los primeros, el orden público es

absoluto, ya que no existe posibilidad de consentimiento en trabajar en condiciones indignas o que pongan en riesgo la integridad, que resulten más o menos aceptables. Dentro de las segundas, existen parámetros fijados por los Convenios Colectivos y la Ley a partir de los cuales la voluntad del trabajador comienza a tener relevancia.-

### **1.3. Orden público y realidad**

Resulta de vitalidad extrema, conjugar los aspectos teóricos de las normas contenidas en la LCT con la realidad económica y social en la cual se aplica. Ello por cuanto la aplicación irrestricta e irrevisable de toda disposición laboral de orden público conllevaría la hipótesis de generar el efecto inverso al pretendido por la norma.

Las normas protectorias de una relación laboral y de la persona que trabaja tienen un supuesto esencial que es la que garantiza su existencia y posibilidad de aplicación: debe previamente existir una relación laboral, y la posibilidad de encontrar trabajo, caso contrario todo el esfuerzo y empeño que procure la legislación para mejorar condiciones dignas de trabajo sólo quedarán en una intención sin base aplicable. (Nada protege la ley de higiene, de jornada y los convenios colectivos a las personas que no tienen ocupación alguna, y poco protegen respecto de aquellas que trabajan sin registración o deficientemente registradas).

En la realidad, el empresario o empleador, organizando los medios de producción, contempla al trabajador como un elemento más de la producción o del servicio, implicándole con ello un costo. Cuando la ecuación económico financiera no tiene resultado positivo, la relación laboral tiende a morir, y con ello los derechos del trabajador se esfuman, ya que pasó instantáneamente de ser un sujeto de preferente tutela constitucional, a ser un desocupado desprotegido; situación esta que resulta de mucha complejidad.

La opción de mantener mayor protección, podría hipotéticamente generar mayor crisis en las relaciones laborales, y la situación de disminución de

protección, implicaría ir en contra de los derechos laborales. El mantenimiento entre un equilibrio del orden público con la realidad resulta más que esencial.

El primero en optar por ajustar dicho equilibrio es el juez, quien en cada caso puntual, advierte este juego de fuerzas que deben convivir, y el avance desmedido de una sobre la otra genera desocupación, en el caso inverso genera explotación, ambos resultados inaceptables. De nada vale tener fijadas escalas salariales que le permitan al trabajador vivir dignamente, condiciones laborales de excepción, un sistema de protección en higiene y seguridad industrial que genere un costo tal, que excluyan del mercado laboral a gran cantidad de personas que trabajen, o bien, personas que desarrollen su fuente de trabajo en la informalidad y consecuencia de ello un sistema protectorio que resulte absolutamente ineficaz e inclusive contrario a la finalidad esencial del mismo.

**“El órgano legislativo puede, sin violar ni suprimir garantías que protegen los derechos, sancionar la legislación indispensable para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales de manera de impedir un proceso de desarticulación de la economía estatal, el que, además frente a la grave situación de perturbación social que genera, se manifiesta con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional toda. Aún en situaciones de esa naturaleza y frente a la invocación de derechos subjetivos o agravios concretos dignos de la tutela judicial, corresponde a los jueces controlar si los instrumentos jurídicos implementados por los otros poderes del estado no son contradictorios con la normativa constitucional” (COCHIA 1993,)<sup>15</sup>**

En nuestro país, en el año 2003, se produjeron muchos cambios trascendentes en materia política económica y social, provocándose la derogación de la ley 25.250, los contratos especiales para el fomento de empleo previstos en la ley 24.013, eliminación de tickets canasta, vales alimentarios, se modificó el principio de irrenunciabilidad del art 12 de la L.C.T., etc.. A su vez, los tribunales acompañaron dicho proceso de aumento de protección, invocando convenios internacionales, declarando que el trabajo del hombre no puede quedar liberado a las fuerzas del mercado (Aquino).

De esta forma, en el derecho laboral, el concepto válvula es el orden

público, mediante el cual, las conductas y las normas sociales se pliegan a altos destinos nacionales. Toda otra concreción normativa en la conducta, que no se pliegue a los objetivos del bien común, es rechazada por el ordenamiento en razón del orden público. “El orden público funciona como el principal concepto válvula en derecho laboral, Lleva el ordenamiento hacia los valores ideales de justicia social, solidaridad y cooperación, siendo abierto, permite recepcionar las inquietudes propias del bien común, siendo operativo, mantienen la vigencia del ordenamiento jurídico.”<sup>16</sup> CAPON FILAS R.

El orden público se encuentra positivizado dentro de la LCT, existiendo disposiciones estructurales, tales como el art 7 declarando la nulidad de las condiciones menos favorables. Art 12 LCT Principio de irrenunciabilidad y Art 13 sustitución de cláusulas nulas.

#### **1.4. Irrenunciabilidad de derechos**

La irrenunciabilidad es la célula esencial del sistema protectorio, y el instituto más evidente en el cual se encuentra entroncado el orden público laboral. Afecta tanto a la renuncia de derechos y beneficios en forma anticipada, como la renuncia de derechos ya obtenidos, sea provengan de la ley, del convenio colectivo o del contrato individual FERNANDEZ MADRID J.C. (2007)<sup>17</sup> como por ejemplo: renunciar a la percepción de salarios sobre un período trabajado), al igual que a los derechos futuros, verbigracia aceptación incondicionada de traslados o de cambios de turno que transgredan los límites del art 66 de la L.C.T. y también la renuncia a derechos ya obtenidos e incorporados al patrimonio del trabajador, como puede ser la indemnización por despido renuncia o reducción a indemnización para el caso de distracto futuro de la relación laboral.

Esta situación ha generado en la doctrina una distinción entre la renuncia de derechos del trabajador antes del nacimiento del derecho, o bien la renuncia a derechos que ya se encuentran consolidados. Según AKERMAN M. (2005):

“...la renuncia anticipada no es una auténtica renuncia, sino un pacto o disposición en virtud del cual se pretende excluir una situación de beneficio prevista en la norma como contenido de la relación,

precisión que sirve para distinguir el negocio derogatorio, en el cual se intenta impedir la aplicación de determinada norma del negocio dispositivo, en que se busca desprenderse de derechos ya obtenidos en virtud de la norma aplicable. En consecuencia los conceptos de inderogabilidad y de indisponibilidad son autónomos, el primero corresponde a la constitución y el contenido de ciertas relaciones, al devenir de la relación una vez constituida ciertas modalidades...” (Ackerman y Tosca, 2005, Pág. 101-102)”<sup>18</sup>

Bosco, distingue la renuncia de los derechos ya adquiridos, es decir exigibles, en donde el principio de irrenunciabilidad resulta absoluta, respecto de los derechos en expectativas, los mismos son irrenunciables dentro del mínimo legal (establecidos por ley o convención colectiva) o piso de derechos, y de allí en más podrían renunciarse los que fueron los resultantes de la capacidad de negociación de la autonomía del trabajador por encima del mínimo inderogable.

Para Dalla Villa, la voluntad del trabajador que ha negociado condiciones inferiores al mínimo legal no se encuentra viciada, lo que sucede es que el Trabajador tiene una incapacidad de derecho.

Se ha escrito mucho respecto de la naturaleza jurídica y el límite de la indisponibilidad generando al respecto diversas teorías las que dado el limitado trabajo no será posible analizar. Sin embargo, sí es necesario puntualizar, que en el año 2003 se modificó el art 12 de L.C.T., agregando “o de los contratos individuales de trabajo”, lo que generó la modificación de las teorías ya diseñadas.

Con dicha modificación podría decirse, siguiendo la opinión de AKERMAN M (2005).<sup>19</sup>

“La discusión se presenta en relación a la...indisponibilidad de los mismos alcanza solo a los que conforman el llamado orden público laboral, que siempre deben respetarse en el negocio constitutivo o si la ineficacia que emana de la regla de irrenunciabilidad abarca aquellos derechos que provienen exclusivamente de la voluntad individual de las partes que superan por lo tanto los parámetros del referido orden público laboral”.

La tesis que la jurisprudencia sostiene en la actualidad es de Goldín Adrián: parte de la estabilidad impropia, refiriendo que existe imposibilidad absoluta de modificar el contrato, ya que no contempla las modificaciones de las

circunstancias que demuestran técnicamente o económicamente inviables si no se las adecua, provocarán la aniquilación de la relación laboral.

Desde otro punto de vista, se acentúa el carácter alimentario de las prestaciones que se derivan del contrato de trabajo cada vez que el trabajador acepte una minoración en sus condiciones, habrá sucedido un evento negocial que se aparta del curso normal de los hechos. Entonces concluye, que ningún trabajador dependiente quiere el menoscabo de sus condiciones de trabajo (siempre por encima de los mínimos inderogables impuestos por el orden público laboral), cuando tal acuerdo se verifica, ha venido impuesto por el empleador en razón de la implícita y latente amenaza del despido, por lo que importa presumir que la libertad del trabajador se ha visto afectada por el vicio de la intimidación, que ha asumido la forma de injusta amenaza. Dicha presunción admite prueba en contrario, que consiste en la demostración que realice el empleador de haber hecho un uso funcional de sus prerrogativas, por lo que la amenaza de despedir no aparecería injusta, ya que la modificación de las condiciones resulta ser necesaria para la preservación de la vida de la empresa.

En la sentencia dictada en Perinetti Jorge c/ Bagley S.A. el trabajador había prestado su consentimiento para la celebración de diversos y sucesivos acuerdos que fueron disminuyendo su nivel remuneratorio. Para Guibourg el consentimiento para ser válidos debe ser prestado con discernimiento, intención y libertad, frente a la situación de deterioro socioeconómico que sufre el país con incidencia en la disminución de las posibilidades de obtención de empleo, la voluntad del trabajador expresada en tal contexto se presume viciada. Pero admite la posibilidad de que dicha presunción sea desvirtuada mediante prueba en contrario. En el caso de referencia, la demandada o acreditó que la disminución de las diferencias salariales obedeciere a un hecho sin el cual la empresa se encontraba en seria crisis de supervivencia. La cámara en su sentencia mandó a abonar las diferencias salariales por la disminución.

### **1.5. Limitaciones legales al orden público**

La misma ley fija situaciones en las cuales se admite en determinadas circunstancias la renuncia de derechos del trabajador, siendo una limitación al orden público, fijada legalmente. Así, se ha dicho como excepción:

- A) Renuncia al empleo. De aplicarse dentro del derecho laboral, sin limitación el principio de irrenunciabilidad, se impediría la facultad del trabajador de concluir la relación laboral por renuncia, afectándose un derecho personalísimo del trabajador, o lo que resulta igual ser obligado a continuar con una relación laboral que no desea proseguir ( lo que equivale a esclavizarlo en una relación contra su propia voluntad). Implica necesariamente renunciar a un resarcimiento a favor del trabajador prevista para el caso de disolución contractual sin causa. A veces dicha renuncia es la utilización fraudulenta de la figura para evitar el pago de la reparación, por ello la renuncia se encuentra rodeada de determinadas formalidades.
- B) Prescripción y caducidad. La primera, es la pérdida de la acción para reclamar un derecho, consecuencia del transcurso del tiempo; la segunda, conlleva la pérdida del derecho. El fundamento de la prescripción también se funda en un interés público que se opone al derecho del trabajador en cuanto al reclamo de sus derechos, y frente a este conflicto parece acertado que tenga prioridad el interés público. Así, la prescripción para algunos no es consecuencia de la decisión del trabajador sino de la voluntad de la ley, no obstante ello cabe reparar, que fue el trabajador el que no ejerció el derecho y por ello puso en juego la voluntad de la ley. Se advierte un inconveniente y es que el trabajador muchas veces no efectúa reclamo de derechos mientras dura el vínculo por miedo a generar la ruptura del mismo, y con ello se pone en riesgo que en forma periódica se vayan perdiendo derechos, por ejemplo de mejoras o diferencias salariales. No hay objeción cuando el vínculo está roto.
- C) Acuerdos conciliatorios, transaccionales y liberatorios: dichos acuerdos en principio sólo podrán recaer sobre los créditos litigiosos o dudosos mientras que las renunciaciones se fundan en derechos incuestionables. Se renuncia lo que se tiene no aquello que se puede tener.

De no permitirse la conciliación laboral, ello conllevaría a una declaración prácticamente indirecta de la incapacidad del trabajador para decidir sobre sus derechos en base a la relación de trabajo, en especial despreciando un conjunto de variables que el juez no puede tener en su sentencia. Antes de la decisión judicial, (dentro de los procesos controvertidos), existen derechos del trabajador en expectativa ya que dependerán en gran medida de pruebas de las partes que no se encuentran producidas, con lo que la sentencia a dictarse ya no sólo depende de derecho, sino nada menos que de condiciones fácticas a acreditarse, y en caso en que no se logren demostrar el reclamo se rechazará total o parcialmente.

Además, también se deja de lado la oportunidad ( que no es tenida en cuenta jamás en la sentencia), pero que el trabajador debidamente asesorado sí tiene en cuenta y le permite evaluar la conveniencia económica de aceptar una suma en determinadas modalidades de pago frente a una hipotética sentencia futura de mayor cuantía.

No permitir la conciliación, implicaría que todo reclamo judicial debería terminar en sentencia, impidiendo al trabajador valorar el riesgo judicial, no sólo consecuencia de la dificultad probatoria, discrecionalidad del sentenciante, sino además la valoración del riesgo económico de cobrabilidad, depreciación monetaria, sus propias necesidades y posibilidades de inversión etc.

El problema más serio que se presenta en los acuerdos conciliatorios, se encuentra en validez de dicho acuerdo y su oponibilidad (cosa juzgada), respecto de los créditos que no formaron parte del acuerdo conciliatorio. Sobre este punto tenemos el plenario LAFALCE, ANGEL y OTS c/ ASA ENRIQUE SCHESTER S.A. plenario en el que se refirió que:

La manifestación de la parte actora en un acuerdo conciliatorio de que una vez percibida íntegramente la suma acordada en esta conciliación nada más tiene que reclamar de la demandada por ningún concepto emergente de la relación laboral que las uniera, hace cosa juzgada en juicio

posterior donde se reclama un crédito que no fue objeto del proceso conciliatorio.”<sup>21</sup>

Quienes discrepan refieren que mal puede darse cosa juzgada respecto del acuerdo de los rubros que fueron parte del reclamo y nunca aquellos que no integraron.

Cuestión aparte, merecen los acuerdos del art 241 LCT. Se discute si las homologaciones de los mismos bajo los términos del art. 15 resultan válidas, ello como consecuencia de que los acuerdos deben recaer sobre la existencia de derechos litigiosos o dudosos. Sin embargo, el plenarios LAFALSE tiene como presupuesto un acuerdo conciliatorio, que no es para nada semejante a la extinción del vínculo por mutuo acuerdo.

## **1.6. Simulación y fraude**

Tanto el fraude como la simulación resultan ser la contracara del orden público laboral, ya que resultan ser el medio habitual y normal de violación del principio protectorio. Ihering, sostenía que toda la habilidad desplegada por el legislador para proteger la ley puede ceder ante las artimañas que la vida emplea para violarla, minarla y hacerla sucumbir. FERNANDEZ MADRID J.C.<sup>22</sup>

El fraude consiste en colocar la realidad de la relación laboral bajo el imperio de una norma que no es la que específicamente corresponde a la misma, desde ya con una finalidad de eludir el cumplimiento de la norma apropiada y en forma genérica para incumplir la legislación laboral, bajando los costos, provocando insolvencia, o pretendiendo generar irresponsabilidad. Un claro ejemplo de fraude laboral lo constituyen relaciones de trabajo de viajantes, inscriptos como empleados de comercio, o bien personas que bajo una relación laboral se les exige facturación en calidad normalmente de monotributista para generar la apariencia de la existencia de una locación de servicios, aprovechándose de la inscripción impositiva, emisión de facturas etc.

La distinción más clara entre fraude y simulación, es que en el primero el acto es real, claro, ostensible, pero que, entendido en su conjunto busca generar el resultado de lo que la misma ley prohíbe; por ejemplo, formación de cooperativas de

trabajo destinadas a la tercerización de trabajadores generando con ello una omisión de aportes a los organismos de seguridad social, disminución salarial, falta de cobertura ante riesgos de trabajo, etc. En cambio, en la simulación existe un acto simulante que es aparente o irreal, por ejemplo, aparentar formas contractuales no laborales mediante la renuncia del trabajador, encubriendo un despido, la suscripción de convenios transaccionales bajo los términos del art. 241, cuando en realidad se trata de negociar indemnizaciones del art. 245; y desde ya un acto simulado, que es el acto oculto o el que se pretende encubrir.

El bloque normativo que contiene la L.C.T. a los fines de evitar acciones de simulación o fraudulentas, radica en su principio general contenido en el art. 14 L.C.T.; sin embargo, se disemina utilizando el art. 7 nulidad, art. 8 condiciones menos favorables; presunción más favorable del art. 9; principio de irrenunciabilidad art. 12 LCT; la presunción laboral del art. 23 de LCT, interposición de personas del art. 29 LCT.

## **1.7. Conclusión**

El estudio del orden público con mediana profundidad genera algunas reflexiones:

Dentro de la producción de bienes y servicios lleva que las personas se aglutinen en dos grupos bien diferenciados cuya esencia es idéntica (ambos son personas y tienen la misma existencia como tales), pero cuya finalidad transitoria, es contrapuesta; (trabajadores y empleadores).

**Uno de los sectores, llamado empleador, empresario, es quien se encarga de organizar medios de producción (capital, materias primas, tecnologías, sistemas de producción, financiación, distribución y sobre todo, como más importante, la ocupación de personas que trabajan), asumiendo desde ya, un riesgo empresario dado que con su forma de organización puede sucumbir en su empresa y terminar en peores condiciones económicas inclusive que en las que empezó.**

Por otro lado, está la persona que trabaja que entrega al empresario su libertad en la fuerza de trabajo, espera indicaciones a veces precisas y otras o no tanto (según el grado de capacitación y especialización de la persona que trabaja), de qué debe hacer, cómo lo debe hacer, cuándo y dónde. A cambio, recibirá una contraprestación de cierta habitualidad establecida en el convenio colectivo, la ley, o inclusive fijada contractualmente entre las partes. Su riesgo en el fracaso de la producción es menor que el del empresario, pero no inexistente, siempre se encuentra latente que la empresa quede sin solvencia, y frente a ello la imposibilidad de percibir salario, o prestaciones fijadas por la ley en caso de distracto de la relación; y lo que resulta peor aún, frente a un mercado de trabajo sobresaturado de oferta que complica las posibilidades futuras de la obtención de un nuevo empleo.

Esta diferencia de postura, hace que ambas partes (empresarios y personas que trabajan) mantengan una suerte de tensión económica por aprovecharse en mejor o mayor cantidad de la renta obtenida con la producción (convertida en el botín en la producción o intermediación de bienes y/o servicios, que ambas partes pretenden apropiarse). Por un lado, el empresario pretende bajar costos para competir en el mercado y obtener rentabilidad, y por el lado del trabajador pretende percibir una mejor remuneración para con ello mejorar la calidad de vida de él y de su familia.

El legislador no ignora, que la fuerza de trabajo es uno de los factores de producción y que el empresario lo califica como un costo más. Y es más, en algunas circunstancias para el empresario es más fácil el ajuste en cuanto su costo, ya que justamente dicho factor tiene una debilidad (requiere de un salario para la subsistencia).

Esta situación es la que lleva necesariamente al legislador, a tratar de equilibrar la puja entre las partes, imponiendo una legislación protectoria, que establezca límites a la puja del empresario. Por otro lado, dichos límites no pueden ser rígidos, ya que cuando la empresa se encuentra en crisis, el costo del factor de producción salario incide directamente en la viabilidad del emprendimiento y ello lleva necesariamente a la pérdida

de la relación laboral, lo que genera ya la salida de la protección laboral. En base a esto se requieren soluciones legales de mayor imaginación que ayuden por un lado a conservar el empleo y por el otro a garantizar el cumplimiento de mínimos que hagan a la dignidad de quien trabaja en relación de dependencia.

Cada uno de los países, dadas diferentes circunstancias económicas, sociales, políticas, tomó en cuanto a las legislaciones laborales una postura de protección en favor de la persona que trabaja, aunque desde ya en diferente medida. Diferentes circunstancias han generado que el límite ideal razonable de puja entre empresarios y personas que trabajan siga en evidente movimiento. En un momento, la revolución industrial, el capitalismo, la revolución tecnológica, e inclusive la globalización son factores que inciden seriamente en la puja entre ambos sectores.

En la república Argentina, todos estos acontecimientos generaron influencia decisiva en las relaciones laborales, siendo inclusive afectado por crisis económicas propias del país, o bien de países cercanos y en algunos casos remotos.

La legislación a su vez, ha vacilado en sus medios de protección desde la ley cuya creación se debe a Centeno, pasando por las modificaciones de la leyes 24.013, sistemas jubilatorios de capitalización, accidentes de trabajo etc.; e inclusive los más reciente Decretos de Necesidad y Urgencia, que duplican indemnizaciones y hasta prohíben los despidos sin causa<sup>23</sup>; impulsados en gran medida por la necesidad de generación de puestos de trabajo, o de evitar las pérdidas de dichos puestos.

Frente a la situación expuesta, cabe analizar si el orden público laboral, que debe necesariamente ser entendido como el instituto válvula de presión, como consecuencia de que su aplicación irrestricta, puede producir una finalidad contraria a la prevista por el legislador, y afectar seriamente la dignidad del trabajador, mientras que utilizada cuidadosamente funciona como un límite a la explotación del empleador.

Cabe entonces analizar la postura que el legislador tomará frente a la

permanente crisis que atraviesa el país, que ya no se limita a la situación laboral, sino que se extiende a la económica, social, cultural, sanitaria, etc.. O bien protege a ultranza a la persona que trabaja, (evitando con ello generar disminución del salario), o bien disminuye las fronteras de protección para con ello, evitar las consecuencias anteriores pero dando lugar a la afectación de la dignidad de la persona que trabaja.

Aquí está tal vez el desafío, tanto legislativo en la creación de disposiciones con mucha imaginación que disminuyan el costo laboral promoviendo el empleo, como judicial en la aplicación normativa, que en algunas oportunidades puede tener en cuenta aún más la voluntad del sujeto protegido, ya que el mismo, no puede en dichas circunstancias considerarse como un verdadero incapaz.

Una propuesta que dé inicio al debate, desde ya sujeta a críticas y modificaciones de todo tipo sería, que el sistema protectorio del trabajador debe mantenerse frente a las situaciones de crisis; pero sí hay que generar un sistema legal distinto para posibilitar al empleador la organización de los medios de producción de distinta forma que la tiene organizada, así, desplazar el eje de ajuste que hoy pesa sobre la relación laboral hacia otros factores de producción. Un elemento a tener muy en cuenta, es que el empleador se encuentra tentado a modificar las condiciones del factor laboral, ello dada su mayor debilidad; por lo que resulta necesario estructurar un nuevo sistema.

Tal vez sea necesario pensar que, frente a la crisis, el empleador tenga una herramienta que le genere una disminución de costos (impositivos, de aportes, etc.) que le permitan al mismo mejorar su condición de competitividad, aplicables para empresas que demuestren objetivamente que han hecho todo lo necesario para convertirse en competitivos. Sería algo así como un procedimiento de crisis de empresa, pero que genere no disminución o posibilidad de limitación de los derechos de las personas que trabajan, sino estímulos para paliar la crisis económica de producción. Desde ya esta situación deberá ser temporal, ya que a nadie escapa, que la situación de comodidad del empresario de contar con una disminución de sus costos cuando se encuentre en problemas,

se pueda convertir en un estímulo a la inacción del mismo.

Por otro lado, se requiere un endurecimiento de las sanciones que debe ser pasible el empresario, cada vez que utilice formas de violación del orden público laboral ya sean simulación o fraude. El endurecimiento tal vez no deba pasar por la necesidad de generar un aumento cuantitativo en multas o en sanciones económicas, pero sí en la quita de beneficios dentro de los cuales resultaría necesario, inclusive, analizar la posibilidad de limitar la participación en ley de concurso para los empresarios que han intentado violar el orden público laboral; necesidad de afectar tal vez la limitación de la responsabilidades de los tipos societarios y extender más aún la solidaridad a quienes las manejan o controlan; la posibilidad de impedir que efectúen contrataciones al estado quienes hayan incumplido las disposiciones laborales durante un período de tiempo de importancia, e inclusive se propone la extensión de los plazos de prescripción, cuando se acredite judicialmente que ha existido fraude o simulación y con ello violación de las disposiciones de orden público.

Por último, es necesario poner en tela de juicio dentro de los procesos laborales, tanto compulsorios, como en aquellos en que los Tribunales obran como un mero tramitador de homologaciones, su posibilidad de revisión con más amplitud que la actual; de la cosa juzgada administrativa y judicial fundado en la teoría de la cosa juzgada írrita, que atenta contra cualquier sentimiento de justicia y es un estímulo para los empresarios desleales que utilizan formas no laborales como cumplimiento de un único objetivo: obtener ganancias a costa de sacrificar la dignidad de la persona que trabaja.

## **CAPÍTULO II**

### **La justa composición de intereses.-**

*Luchar por la justicia social es lo más valioso que se puede hacer en la vida*

*Albert Einstein*

#### **2.1. Justa composición de intereses**

Lo que interesa en este capítulo es analizar qué puede entenderse en el Organismo Administrativo como justa composición de intereses y con ello procederse a la homologación.

El conciliador, una vez arribado a un acuerdo lo ingresará a la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza, a los fines de su homologación (art 20 ley 8990) y revisará, si los términos del mismo surgen que dicho acuerdo implica una justa composición de derecho y de intereses según los términos del art. 15 de la LCT. Desde ya si se advierte que cumple tales requisitos, se procederá a la homologación en los términos del art 21 de la ley 8990, la que en caso de quedar firma (por no haber sido planteado recurso de apelación por ante la Justicia Laboral dentro de los diez días de notificada), dará el carácter de cosa juzgada a dicho acuerdo.

En caso de existir alguna observación que obsta a la homologación del acuerdo, la Subsecretaría de Trabajo procederá a notificar la conciliador para que en el plazo no mayor de diez días intente lograr un nuevo acuerdo que subsane las observaciones apuntadas si se logra un nuevo acuerdo, se volverá a remitir al organismo para su homologación y en caso que así no se proceda, se rechazará la homologación, otorgando el organismo un certificado de fracaso para que la parte interesada pueda continuar su reclamo en la vía judicial.

Se cuenta con parámetros de homologación que establecen límites de acuerdo a los términos del convenio, los que son de conocimiento del conciliador, y son utilizados como parámetros objetivos al momento en que las partes se encuentran dentro de la técnica denominada lluvia de ideas (ofrecimiento de posibilidades de solución de conflicto), debiendo hacer conocer a las partes, aquellas posibilidades de acuerdo entre ambas que no satisfacen los criterios de homologación.

Desde ya, los términos del acuerdo deberán ser suficientemente claros para con ello ilustrar a quien deba realizar la homologación que se cumple con dichos parámetros, ya que podría ocurrir, que el homologador observe el convenio en el entendimiento de que no satisface los requisitos del organismo; y muchas veces es consecuencia de no haberse consignado en el convenio las afirmaciones esenciales de las partes que hacen a la discusión del acuerdo.

Es necesario tener presente que el organismo provincial ha adoptado los criterios de homologación tomados por el SECLLO que pueden clasificarse en a) formales, que normalmente son puestas en conocimiento por el conciliador, y los requiere durante la audiencia, como la representación de las partes, identidad, capacidad, competencia para el trámite, pago de gabelas, etc.

b) Las sustanciales, (que tienen que ver con las propuestas de conciliación del conflicto), y que el conciliador normalmente las da a conocer cuando la propuesta aceptada para la solución del conflicto se encuentra excluida del parámetro de homologación, por lo que resulta necesario advertir que dicho acuerdo corre riesgo de resultar no homologado, lo que a la postre o es mejorado o culminará igualmente en fracaso por no cumplir en esencia con los parámetros del art. 12 de la LCT según el cual **“Será nula y sin ningún valor toda convención de las partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya se al tiempo de su celebración, o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción)”**

Dentro de los criterios sustanciales y a los fines de este trabajo sólo tomaremos las consideradas esenciales: a) Causa Controvertida: En caso de existir resolución de la relación laboral, si la misma se encuentra registrada, y se ha producido sin causa, al no existir conflicto, la norma del art. 12 no posibilita negociación alguna. Dicha disposición sólo se tiene en cuenta cuando la relación laboral no se encuentra inscripta, o bien desde una fecha o categoría diferente que la reclamada por el denunciante, y la causal de despido se encuentra controvertida por las partes (ya sea por el hecho de la misma, la carga probatoria, o la posibilidad de valoración judicial de dicha causa). En tal caso se establece que el monto del acuerdo debe ser orientativamente del 70 % del reclamo en base a los hechos del denunciante. Desde ya, la orientación tendrá más que ver con los supuestos fácticos que obran en el acta de conciliación que debe ser el extracto del reflejo de las posiciones de ambas partes.

b) Reclamo de diferencias salariales: también se establece el porcentaje orientativo del 70 %, pero aquí se debe tener nuevamente en cuenta, si dichas diferencias salariales se encuentran reconocidas en el bono de sueldo, o no lo están, ya que en el primer supuesto dicha negociación no existirá por imperio de encontrarnos dentro del límite de irrenunciabilidad, mientras que en el segundo supuesto nos encontramos con posibilidades o expectativas, que se pueden fundar en hechos no siempre veraces, o de mucha dificultad probatoria, por ejemplo, diferencias salariales abonadas sin bono de sueldo por encima del monto de la escala salarial correspondiente, horas extras no registradas, diferencias por categoría laboral no reconocida.

c) Un caso muy especial lo plantea la resolución del contrato de trabajo en base a mutuo acuerdo en los términos del artículo 241 de la Ley de Contrato de Trabajo según el cual “las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa de trabajo. Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente”.

Si bien el texto refiere que dichos acuerdos pueden ser redactados ante escritura pública, los mismos en su gran mayoría son de trámite exclusivo ante la autoridad Administrativa del Trabajo. Sin embargo, resulta llamativa, la posibilidad de concurrencia a una audiencia de OCL, en reclamo de salarios caídos o diferencias salariales, (que muchas veces llevan a una ruptura de la confianza, y casi siempre a que la relación laboral culmine de la peor manera posible), a tales fines, será muchas veces la salida para el reclamo no es el reclamo en sí, sino la conclusión de la relación laboral con una negociación indemnizada, que se dio como solución al conflicto de las partes. En dichas circunstancias, existiendo una discusión de base, y siendo la solución la salida del conflicto mediante la extinción de la relación laboral de ambas partes, dicha situación si ha merecido reconocimiento y homologación de la autoridad administrativa.

d) Las resoluciones del contrato de trabajo en base a justa causa, si es consentida por el trabajador, no llevarán ningún acuerdo a homologación, ya que el conflicto no existe, para que este sea posible, debe al menos negarse la causal de despido, o las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al igual que el criterio judicial que podría otorgar razón en la ruptura o no, por lo que la consecuencia indemnizatoria tiene conflicto y es lo que puede procederse a solucionarse dentro de OCL.

e) Igual situación ocurre con el abandono de la relación laboral.

f) La resolución de la relación laboral por muerte del empleador, para su homologación de conformidad con los parámetros, requiere acreditación, si hay reconocimiento de parte del empleado, dicha imposibilidad no se puede homologar consecuencia de no ser una causal discutida, y si se acredita eficientemente que dicho fallecimiento imposibilita continuar con la actividad, tampoco genera inconveniente. Es decir, que el conflicto sólo radicaría en la controversia, posibilidad de que dicha causal exista o no para justificar un distracto laboral. A todo evento, se tomará como parámetro el distracto tratado en el punto a).

g) Se puede efectuar el pago en especie siempre y cuando se encuentre dentro de los límites de la LCT, es decir con el límite del 20 % de los montos convenidos. Conforme lo dispone expresamente el art 107 de la LCT.

h) Normalmente los acuerdos arribados dentro de la Oficina de Conciliación Laboral Obligatoria se efectúan en cuotas, con lo que surgen nuevos parámetros que deben tenerse en cuenta: 1) Que el valor de la cuota no sea inferior al salario que percibía el trabajador vigente la relación laboral, en caso de no ser así deberá surgir razonablemente del convenio una decisión así, ( por ejemplo la desaparición del establecimiento, o bien cuando el acuerdo no es indemnizatorio, sino de diferencias por horas extras), 2) Que las cuotas justifiquen un monto en concepto de interés, aún cuando el mismo no se encuentre detallado en el convenio y 3) Que exista cláusula de caducidad de las cuotas faltantes en caso de incumplimiento.

### **CAPÍTULO III: Funcionamiento de la Oficina de Conciliación Laboral**

*No se sale adelante celebrando  
éxitos, sino superando fracasos  
Pericles*

#### **3.1. Antecedente directo**

El antecedente nacional del sistema de conciliación laboral Mendocina, se remonta a la creación del SECLLO (Servicio Conciliación Laboral Obligatoria, creado mediante ley 24.365, y que dio inicio el 01 de setiembre de 1997 y que utilizó como preferencia el sistema de la Conciliación, (siendo uno de los sistemas alternativos de solución de conflictos conjuntamente con la negociación, el arbitraje y los amigables componedores); aún cuando en sus disposiciones finales regula el arbitraje.

El sistema provincial es muy similar, por no decir idéntico al Nacional, tanto así, que de la comparación entre la ley 24.635 y la ley provincial 8990, son prácticamente análogas o de notoria similitud. Siguen la misma suerte el decreto reglamentario de la norma provincial mediante el decreto 2269/17, que toma los aspectos similares del decreto reglamentario de la ley nacional 1169/96.

Además, es necesario aclarar, que incluso la capacitación de quienes actualmente desempeñan la función de conciliar designados en el ámbito de la OCL se encontró a cargo esencialmente de conciliadores laborales que se desempeñan en el SECLLO y en su esencia el sistema técnico que manejan dentro el organismo provincial, es de idénticas prestaciones que la del origen nacional.

En el orden provincial el sistema de conciliación laboral obligatorio existía antes de la creación de OCL ya que la modificación introducida por ley 8729 a la ley provincial 4974, fijaba un sistema de conciliación obligatoria para conflictos individuales cuyo monto no sea superior a cinco (5) veces el salario Mínimo Vital y Móvil y los conflictos referidos a suspensiones disciplinarias.

El sistema de la ley 8990, sustituyó íntegramente el sistema de conciliación de la ley 8729. A punto tal que deroga desde el art 11 hasta el 24 de la ley 4974, (que era justamente el que generaba la regulación del sistema de conciliación laboral obligatorio de pequeñas causas).

Las diferencias esenciales entre el mecanismo de solución alternativa de conflictos previsto en ley 4974 y 8990, radican en que éste último, interviene en todas las causas que caen bajo su competencia por materia y personas y no se limita a monto alguno, además las audiencias son realizadas por conciliadores externos dentro de sus propios despachos u oficinas, lo que implica que no se encuentran centralizados en dependencias de la Subsecretaría de trabajo y ello ha generado críticas al sistema, en especial la de DOMINGUEZ R J.( 2018), quien si bien participa de la concepción de un organismo específico, dentro de lo posible sin gastos, a cargo del organismo administrativo en forma exclusiva, sin embargo critica al sistema, por cuanto las audiencias son tomadas en los estudios particulares de los conciliadores lo que provoca que escapen de la esfera de control del órgano administrativo. DOMINGUEZ, R. J, 2018<sup>24</sup>

### **3.2. Competencia de la OCL**

En la ley 8990 se establece la competencia del organismo (OCL), en forma amplia refiriendo que la oficina de Conciliación laboral obligatoria tiene competencia para dirimir con carácter obligatorio y previo a reclamo judicial, todo conflicto de derecho en los que versen reclamos individuales y pluriindividuales de competencia de la justicia laboral provincial<sup>25</sup>

A renglón seguido la ley amplía la competencia, refiriendo en el art 3, que será de aplicación previa para los procedimientos establecidos en ley 8154, que son los que se corresponden con empleados de servicio doméstico, hoy empleados de casas particulares incluidos dentro de la ley 26.844; fijándose en sede administrativa, luego de

obtenido un certificado de fracaso en OCL, un procedimiento equiparable a un proceso judicial, con demanda, traslado, ofrecimiento de prueba y sustanciación de la misma, que concluye con resolución de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza, condenatorio o absolutorio, ( que equivale a sentencia), el cual si bien es posible recurrir ante la Excma. Cámara del Trabajo, quien actúa con una etapa de revisión de la sentencia y de sus criterios ( pero no de reedición probatoria), por lo que la resolución administrativa podría ser revocada o quedar firme, en cuyo último supuesto será materia de ejecución judicial al igual que de haberse obtenido un pronunciamiento de un Tribunal.

El artículo 4 enuncia las excepciones de competencia, entendiendo que dicha enumeración es taxativa, por lo que en una interpretación hermenéutica entre los artículos 2, 3 y 4, imponen como conclusión que todo aquello que no se encuentra detallado en el art 4, es competencia de OCL, aun cuando algunos autores refieren que se deberían incluir como excepciones las consignaciones y los trámites que tienen vía ejecutiva (entendiéndose ahora como procedimiento monitorio que inicia el trámite con el reclamo del trabajador y el juez una vez meritado los supuestos legales dicta una sentencia, que en caso de no tener oposición, adquiere calidad de cosa juzgada, y en caso contrario; de haber excepciones serán meritados en un resolutive que acoja o rechace la oposición, y este decisorio sustituirá la sentencia monitoria dictada en el inicio del trámite).

Desde ya se discrepa con tan prestigiosos juristas en la opinión de de excluir de la competencia de OCL a los trámites de consignación, según las razones que se darán a continuación.

### **3.3. Consignación de dinero**

Conforme se adelantó, algunos autores de entre ellos Zeballos Mariano, refiere la conveniencia de excluir del sistema de OCL a los trámites de consignación y también aquellos reclamos que transitarán por vía ejecutiva, (hoy en nuestro sistema procesal provincial denominado vía monitoria).

No obstante dicha opinión, veamos las ventajas de tener incluido dentro de OCL el reclamo por consignación cuando normalmente la denunciada, a quien se pretende consignarle ha tenido razón de resistirse, (en el caso en que lo haya hecho) o bien ni siquiera ha habido resistencia, y lo que se pretende es ocultar las ansias de llegar a un acuerdo que evite el reclamo judicial.

Debemos hacer una aclaración que surge de la experiencia en las conciliaciones y es que, resulta muy difícil que el trabajador, se resista a percibir suma alguna que le corresponde, desde ya firmando el recibo correspondiente a esta misma suma, toda vez que el art 260 de la Ley de Contrato impone a todo pago insuficiente la calificación de pago a cuenta del total adeudado, aún cuando dicho recibo no contenga reservas, dejando la posibilidad al trabajador de efectuar el reclamo del pago de la diferencia por el tiempo de la prescripción ( a diferencia de lo que dispone el art 903 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

Muchas de las veces, el pago por consignación, es nada menos que una excusa para iniciar la negociación, cuando la relación laboral ha concluido en términos poco amistosos, y a fin de no demostrar un signo de debilidad en la negociación, se busca como excusa hacer un pago por consignación haciendo referencia a una resistencia a la percepción del pago por parte del empleado ( que no ocurrió, o bien cuando dicha resistencia estuvo fundada de un conjunto de exigencias o renunciaciones que resultaban contrarias a derecho), en tales circunstancias el empleador pretende salir a negociar, y como no tiene forma de efectuar un reclamo de audiencia de conciliación, lo hace bajo pretexto de consignar, forzando de esta manera al trabajador a sentarse en la mesa de negociación y dejar en claro sus pretensiones. También está, el punto de vista psicológico de parte del empleador de pretender con el pago generar un acto de buena voluntad que provoque alguna reciprocidad en el futuro reclamo del empleado.

La consignación se origina, en los términos del art 904 del CCCN y se da en tres supuestos de los cuales en OCL nos interesan solo los dos primeros a) cuando el acreedor fue constituido en mora y b) existe incertidumbre sobre la persona del acreedor.

Partimos de la idea de no ser natural la resistencia de parte del trabajador a percibir los montos que le corresponden; y en muchos casos, inclusive los mismos acceden a percibir cualquier suma que el empleador pretenda entregarle, si dicha situación no implica el abandono de la posibilidad de reclamar la diferencia que entienda le corresponde; y normalmente encubre alguna razonabilidad de parte de quien debía recibirlo para negarse a ello. En la conciliación normalmente aparecen los reclamos cruzados de las partes y con ello la posibilidad de solucionar el reclamo de ambas partes en un solo trámite ahorrando tiempo y esfuerzo.

Cuando el acreedor está en mora: En todos los supuestos de consignación, se debe acreditar la resistencia injustificada del trabajador a percibir las sumas que le corresponden, y cabe preguntarse cómo se acredita dicha resistencia: es suficiente con emplazar al trabajador a que concurra a percibir la liquidación o los montos a la empresa ( muchas veces este emplazamiento existe, el trabajador concurre, y no se percibe suma alguna, no se pone a disposición, o se pretende hacer suscribir al trabajador sumas incorrectas o documentación con intención liberatoria).

El empleador, (que es quien tiene la obligación del pago de obligaciones dinerarias y de la entrega de documentación que refleja la relación laboral, es más, la falta de cumplimiento en tiempo y forma pueden generar reclamos por parte del trabajador, con consecuencias perjudiciales para el empleador, que van desde la abstención del debito laboral, hasta la posibilidad de darse por despedido, y respecto de la falta de entrega de documentación en tiempo y forma la posibilidad de efectuar el reclamo de la multa prevista en la legislación.

En la práctica se dan situaciones en las que los empleadores refieren relaciones laborales prácticamente accidentales (de escasísima duración), y en otras, el

trabajador directamente no ha concurrido a percibir los montos que le corresponden en concepto de liquidación final, o bien a retirar la documentación correspondiente a la relación laboral ya extinguida (art. 80 LTC).

El empleador, para acreditar la resistencia injustificada del trabajador a percibir, ya sea el dinero que le corresponde, o bien la documentación a la que tiene derecho, se encuentra en la disyuntiva de a) esperar a que el trabajador remita misivas efectuando reclamos, y con ello la obligación de contestar, que desde ya contiene un costo), b) esperar un reclamo de OCL, muchas veces sin la existencia de reclamos telegráficos c) efectuar la consignación notarial prevista en el Código Civil (que también tiene un costo económico).

En la mayoría de las veces, una consignación efectuada por el empleador da la posibilidad al trabajador de manifestar su propio reclamo. Abierta la audiencia de conciliación y escuchado a quien dio origen a la misma, (el empleador), se encontrará la posibilidad de controversia de parte del trabajador (insistimos, porque resulta antinatural que el trabajador se haya resistido a cobrar lo que legalmente le corresponde, determinando en el trabajador la necesidad de brindar una explicación de su resistencia o bien a rechazar categóricamente la existencia de la misma.

Esta situación genera una complejidad del conflicto, ya que el mismo no se limita a la consignación que dio origen al trámite, sino que el mismo se debe ver ampliado con el reclamo del trabajador; y con ello de arribarse a un acuerdo se evita que el trabajador inicie un trámite de conciliación distinto para discutir parte de lo que se plantea en el trámite de consignación y en caso de no arribarse a acuerdo alguno la posibilidad de emitir dos certificados de fracaso para que el empleador inicie la consignación de estímarlo necesario, y el trabajador efectúe el reclamo judicial respecto del crédito que estima insatisfecho.

El trámite de consignación en la mayoría de los encubre una intención por parte del empleador de solucionar un futuro e hipotético reclamo laboral del

trabajador. En estas hipótesis, el trámite de consignación es la apertura a la puesta en escena del conflicto con la solución del reclamo del trabajador y la satisfacción de su propio interés. Al establecerse el conflicto posiblemente en la diferencia de intereses de las partes, resulta posible, lograr una conciliación íntegra independientemente de quien fue el solicitante del trámite de OCL. De no arribarse a acuerdo alguno, el conciliador otorgará el certificado de fracaso, para que el denunciante efectúe la consignación.<sup>2</sup> También será posible hacer un acuerdo parcial, imputando los pagos en los términos del art 260 de la LCT, con lo cual se evita el trámite de consignación por parte del empleador y se mejora la situación del trabajador quien frente a la necesidad, al menos percibió a cuenta algún monto dinerario ofrecido, sin reducir ni pretensiones ni derechos; dejando la puerta abierta a que efectúe el reclamo de las diferencias que estime corresponder.

#### **3.4. Consignación de documentación**

Un segundo grupo de casos de consignación se da en oportunidad de la entrega de la documentación correspondiente a la extinción de la relación laboral cumpliendo con lo dispuesto el art 80 de la LCT, pudiendo la situación tener dos aristas diferentes a) un subgrupo lo constituyen las certificaciones que reflejan una relación laboral que el trabajador no consiente, ya sea en fecha de ingreso, categoría, carga horaria etc. Situación esta normalmente insoluble cuando aparece sin reclamo accesorio; por cuanto evidentemente una de las partes miente, y de resultar necesario para el trabajador un reconocimiento de los años de aporte, o categoría por encontrarse próximo a su jubilación no abdicará en su reclamo, y culminará con un certificado de fracaso.

b) El segundo subgrupo lo constituye la entrega de documentación que no es rechazada por el trabajador, simplemente el mismo omitió ir a retirarla, y la empresa sólo en muestras del orden de su administración y para evitar reclamos posteriores

e inclusive multas pretende entregarla. Esta situación reduce al trámite de conciliación obligatoria a su mínima expresión, ya que se convierte en una citación a las partes, y en caso de concurrencia y de recepción de la documentación, se convierte en una oficina administrativa. Desde ya en dicho caso al no existir conflicto, ya que la falta de entrega o de recepción fue exclusivamente una falta de comunicación eficiente entre las partes, no genera homologación por imperio del art 2 de la ley 8990.

En todos los casos en que la documentación que debe entregar el empleador aparece frente a un reclamo de parte del trabajador, existe la opción de efectuar algún tipo de concesiones económicas, que llevan a que el trabajador acepte documentación en tanto y en cuando su expectativa económica no sufra menoscabo. Normalmente dichas circunstancias generan reclamos de una relación laboral más extensas, o con diferente categoría o carga horaria que la que refiere la documentación.

Una situación similar se da cuando el trabajador pretende recibir las sumas económicas a los términos del art 260 de la LCT. Dicho trámite de conciliación tienen tres opciones de culminación: a) Un acuerdo parcial, por la cancelación de algunos rubros y certificado de fracaso por otros b) un acuerdo total, llegándose a una suma que a los términos del art 15 de la LCT, sea considerada ajustada a la composición de intereses o c) un certificado de fracaso, que en dicho caso resultará la habilitación para las que ambas partes tengan la vía judicial abierta a los fines de hacer valer sus reclamos.-

Resulta frecuente el trámite de OCL iniciado por el empleador invocando consignación de sumas dinerarias, o de documentación cuando el empleador pretende además recuperar el inmueble entregado al trabajador en virtud de la relación laboral.-

### **3.5. Consignación de inmueble o herramientas**

En los casos como el del casero o cuidador, encargado, empleados de viñas y frutales (ley 23.154), etc., el reclamo lo inicia el trabajador reclamando pago de

salarios, rubros no retenibles o indemnización, y en algunas oportunidades poniendo a disposición de la patronal la casa habitación que mantiene ocupada como consecuencia del contrato de trabajo. Dichos casos han sido solucionados por la conciliación sin inconveniente alguno, no obstante que el reclamo original ha sido ampliado en primer audiencia tanto por el empleador, reclamando la vivienda, como por el trabajador que frente a la situación de verse expuesto a un posible desalojo pretende reclamar las sumas que se le adeudan, o bien negociar un tiempo más de estadía en la vivienda mientras consigue lugar donde irse.

Existen algunos casos en que, terminada la relación laboral, es más importante para el trabajador postergar el reclamo del pago de los rubros que le pudiesen corresponder, (si es que se los adeudan), que restituir la vivienda, ya que el costo de consecución de una vivienda es más alto, o de mayor dificultad que el monto dinerario que obtendrá, por ello es que en algunas oportunidades el reclamo de la vivienda es iniciado por el sector patronal. La situación resulta muy particular, ya que inicia como una consignación de sumas dinerarias, pero en la primer audiencia, se amplía el reclamo pretendiendo la recuperación de la vivienda; por parte del denunciado trabajador, este tiene la oportunidad de evitar el certificado de fracaso y con ello no sólo la consignación, sino además un proceso de desalojo con costas, efectuado en el mismo trámite, (Siempre y cuando no haya iniciado a su vez un trámite de Conciliación Laboral obligatoria a los fines de percibir las sumas correspondientes a la extinción de la relación laboral y a su vez, normalmente la restitución de la vivienda y/o herramientas recibidas en virtud de la relación laboral.

De arribarse a un acuerdo, se cierran dos posibles reclamos, caso contrario se otorga el certificado de fracaso posiblemente para el inicio de dos reclamos judiciales vinculados, y en algunas oportunidades, el trabajador percibe las sumas dinerarias, y sólo el empleador tiene certificado de fracaso para el inicio de la acción judicial de desalojo.

La experiencia indica, según los conciliadores ( quienes guardan la fuente de información consecuencia de la confidencialidad), que las técnicas de conciliación en la mayoría de las veces resultan efectivas respecto de la restitución de la vivienda , acordando muchas veces, acuerdos de espera o ampliación del plazo de restitución, traslado o ayuda en la mudanza, etc., que destraban el conflicto, y que generalmente provoca la disminución o casi inexistencia de reclamos de desalojos de inmuebles ocupados en razón de la relación laboral.

### **3.6. Incertidumbre de persona del acreedor**

Esta segunda situación de consignación, cuando no se conoce a ciencia cierta quién es el acreedor está determinada por la circunstancia prevista en el art. 248 de LCT, máxime cuando dicha norma ha generado varios conflictos interpretativos<sup>26</sup>; CIPOLLETTA G.E. inclusive se da la circunstancia de que el trabajador fallecido tenía hijos a su cargo, con alguna deficiencia de capacidad, siendo él mismo el curador, o bien en casos de familias ensambladas, ya que su cónyuge no es la progenitora de dichos menores o incapaces, situación esta última que genera la incompetencia de OCL, ya que teniendo un menor o un incapaz en el trámite de la audiencia, resulta necesaria la intervención el Ministerio Público, excluyendo la posibilidad de cerrar un acuerdo respecto de los hipotéticos y futuros reclamos del menor o incapaz.

Es decir, existen circunstancias fácticas que podrían determinar que el empleador frente a la remisión de la lista de herederos con derecho a pensión o jubilación no sepa cuál de todos ellos es el que tiene mejor derecho, o bien frente al discapacitado no saber a quién efectuar el pago de la indemnización con miedo a reclamos.

En base a dicha circunstancia, el trámite de OCL, podría no darle mayor tranquilidad al empleador inseguro en la persona a que realiza el pago sin embargo la opción de efectuar averiguaciones durante el trámite de OCL, generará mayor seguridad

para el empleador, y en caso negativo obtendrá el certificado de fracaso a los fines de realizar la consignación judicial en procura de la determinación de quien o quienes son los beneficiarios del mismo.

Consecuencia de lo expuesto se entiende necesaria (a los fines de despejar toda duda), la inclusión en el art 3 de la ley 8990 de los siguientes párrafos:

"se aplicará a los trámites previos de consignación tanto de sumas dinerarias, como entrega de documentación correspondiente a la relación laboral"

" de aplicación en los reclamos de restitución de viviendas, y/o herramientas entregados en razón de una relación laboral".

“ en caso de inicio de consignación por una de las partes, la contraria, de no haber iniciado trámite de OCL, respecto de la misma relación, podrá solicitar la ampliación del trámite con su propio reclamo, unificando ambas pretensiones en el mismo trámite, en caso de conciliación cerrará ambos reclamos, podrá extenderse certificado de acuerdo parcial y fracaso por la parte no acordada, o podrá extender certificados de fracaso de las pretensiones de ambas partes para dar por superado el trámite de OCL y habilitar el reclamo judicial

### **3.7. Incompetencia de OCL**

El art 4 de la ley 8990 determina los casos de incompetencia del organismo conciliador, siendo su antecedente inmediato el art 2 de la ley 24.635, con muy pocas diferencias.

Conforme ya se ha manifestado en el presente trabajo, se entiende que las excepciones tienen una enumeración de carácter taxativa, por lo que se pretende realizar algunas consideraciones a los efectos de verificar la posibilidad de una reforma normativa.

### **3.7.1. Luego de medidas preliminares o cautelares**

El artículo 4 de la ley determina la incompetencia de la oficina de conciliación laboral en dos supuestos: a) las diligencias preliminares y de prueba anticipada y b) la interposición de medidas cautelares.

La poca experiencia indica que la inteligencia de la ley en cuanto exime de realizar una audiencia previa de conciliación, cuando el accionante se encuentra movido por la urgencia de realizar alguna medida de prueba anticipada, aseguramiento de prueba, o bien la de intentar trabar una medida cautelar, es la de evitar que la contraria, frente al reclamo de OCL, realice algún medio disuasivo en la posterior medida preliminar o cautelar, frustrando la misma ( toda vez que el denunciante dentro del ámbito de confidencialidad puede verter términos o afirmaciones que despierten la posibilidad de frustración de una medida de tal tipo luego del trámite administrativo) . Además de ello, en algunos casos la OCL se convierte en un obstáculo temporal dada la urgencia de la medida preliminar o cautelar.

También es cierto, que la pretensión del futuro accionante en cuanto a la búsqueda de una medida previa, o bien de una medida precautoria, podría no contar con el aval de la Cámara que intervenga, entendiéndola que no se cumplen los recaudos necesarios, con lo que, dicha situación provocaría la pérdida de la posibilidad de la instancia conciliatoria.

Podría ocurrir lo contrario, que el Tribunal acepte las medidas requeridas por el accionante, y con ello logre efectuar la medida previa solicitada, sea el aseguramiento de la prueba, o la traba de la cautelar peticionada, pero todas estas son cambios de posiciones y estrategias jurídicas que las partes toman en pos del futuro choque dentro del trámite judicial de conflicto, o el aseguramiento del cumplimiento una futura e hipotética sentencia judicial, sin embargo no solucionan el interés de base que evite o disuelva el mismo.

Luego de concluida la medida previa, o bien trabada la cautelar, no se advierte inconveniente alguno, pero si la conveniencia, de suspender el trámite judicial hasta tanto se realice el trámite de OCL. En el caso de haber realizado dichas medidas, es de mucha importancia que las partes ilustren al conciliador no sólo de las medidas realizadas, sino además del resultado de las mismas ( si la precatoria recayó sobre bienes de cuantía suficiente para cubrir las expectativas del crédito reclamado, la posibilidad de conservación de dichos bienes; en caso de resultar medida anticipatoria de prueba, que se acreditaría con tal prueba y en qué mejora las expectativas de un resultado judicial.

Dicha ilustración al conciliador le sirve para cumplir dos pasos muy necesarios, el primero la necesidad de atenuar las consecuencias emocionales del resultado de dichas medidas ( toda vez que ambas partes tendrán una inclinación a sentirse superiores en el conflicto, según el resultado de las mismas, y en segundo lugar utilizar el resultado de dichas medidas en pos de la solución del conflicto y evaluación de las posibilidades de ambas partes de haber quedado en una determinada situación procesal respecto del logro del reconocimiento judicial, sino también respecto de la posibilidad de que, obtenida una determinada sentencia ella sea cumplible por las partes, y sobre todo, ajustada a los hechos que las partes manifiesten dentro del ámbito propio de la confidencialidad.

No se advierte inconveniente alguno en la referida suspensión, máxime cuando no existe traba de la litis y no existe indisponibilidad de derecho alguno. La situación es similar a la interposición de una demanda sin trámite de OCL, que al llegar a su primera procedencia natural (correr el traslado), se advierte la falta de la OCL, y se ordena la realización de dicho trámite. En caso de arribarse a acuerdo se producirá el desistimiento del proceso en sede judicial (dado el acuerdo homologado por OCL) y en caso de no arribarse a acuerdo, se obtendrá el certificado de fracaso con el cual la vía judicial podrá proseguir sin inconveniente alguno.

En base a lo expuesto, se propone una modificación legislativa para que las OCL no resulte incompetente en los supuestos en análisis, sino que

las medidas sean realizadas en forma previa y luego se proceda a la realización del trámite de OCL pertinente, que en caso de concluirse en acuerdo, generara el beneficio propio del sistema: la solución temprana del conflicto con intervención de todas las partes, y la evitación de un trámite judicial generando con ello mayor liberación de causas en Tribunales.

En el art 4 en el inciso a y b,...” luego de cumplida o rechazada la misma, y/o después de trabada la cautelar, o rechazada la misma, y previo a correr traslado de la demanda, el trámite judicial se suspenderá hasta el agotamiento del trámite de conciliación laboral obligatoria”.

### **3.7.2. Trámite de amparo**

La ley no habla del trámite de amparo como exclusión del trámite de Conciliación de OCL, entendiéndose este como “la pretensión formal que se interpone contra el Estado (o cualquier particular) para que por sus órganos jurisdiccionales se depare tutela a una pretensión material mediante vía sumaria y expeditiva”.<sup>27</sup>BIDART CAMPOS G. (1961).

Dentro de las hipótesis que podrían quedar excluidas del trámite de OCL se encontrarían la reincorporación de personas cuando se produce un acto discriminatorio, conforme lo estipulan la ley 23.592, o cuando se ha procedido a la realización de un despido prohibido., como lo son los establecidos en los decretos de Necesidad y Urgencia dictados a raíz de la situación de emergencia económica<sup>28</sup>

No obstante a ello, y en virtud del trámite que la ley determina un procedimiento ágil y expeditivo, no resulta razonable someter el trámite iniciado como amparo en el trámite judicial a un trámite administrativo de OCL, máxime advirtiendo que el conciliador tiene como función la de encontrar puntos en común y ayudar a las partes a lograr un acuerdo, pero no decide situación fáctica o jurídica alguna

Desde ya en caso en que se haya rechazado judicialmente la vía del amparo (sin haberse resuelto la cuestión de fondo), no se advierte el inconveniente de que el trámite de inicio mediante OCL.

Atento a que la ley 8990 nada dice respecto del trámite de amparo pero en el orden nacional si está establecido como excepción en el art 2 de la ley 23635, y resulta ser la lógica consecuencia del trámite expedito ante la instancia judicial es que se propone incluir dentro de la disposición legal mendocina, la exclusión por incompetencia cuando se trate de una vía que reclame amparo, debiendo agregarse en el art. 2 un supuesto para el caso de interposición de medida de amparo.

### **3.7.3. Reclamos contra el estado**

La ley contiene una limitación muy razonable en cuanto a la imposibilidad de efectuar audiencias de conciliación obligatoria cuando el denunciado es alguna repartición pública, en cualquiera de sus niveles: Nacional, provincial, Municipal, u órganos del estado centralizado, descentralizado, desconcentrado etc.

El fundamento de la exclusión ( y con ello la declaración de incompetencia), es que, dichas relaciones quedan excluidas del ámbito laboral , y por otro lado habitualmente los órganos del estado tienen limitada, cuando no prohibida el pago de sumas dinerarias fuera de presupuesto lo que les impide acordar en ámbitos extrajudiciales. Cuando se discute la calificación legal de la relación, dicha discusión excede el ámbito de la conciliación, al igual que las facultades del conciliador, al igual que la posibilidad de considerar acreditados hechos, o inclusive vertir opiniones jurídicas sobre la procedencia o no del reclamo, ello explica en grado sumo la razón de actuar del conciliador normalmente mediante una serie de preguntas que llevan a las partes a lograr la respuesta propicia, o la reflexión, de modo tal que la conclusión sólo es consecuencia del razonamiento de las partes ( que fue guiado mediante interrogaciones del conciliador). Es más, ello también determina muchas veces, que los certificados de fracaso contengan reclamos que resultan abiertamente improcedentes, ya que el conciliador no puede asesorar ni intervenir en la

pretensión de una de las partes y mucho menos ayudando a alguna de ellas frente a los rubros que puede o no reclamar.

Lo que ocurre naturalmente en la mayoría de los casos es que el Estado, en cualquiera de sus reparticiones ya sea dentro de sus organismos centralizados ( casa de gobierno), descentralizados legal ( hospitales de la provincia de Mendoza IPV, Casino de Mendoza) y constitucionalmente ( Departamento General de Irrigación, Dirección General de Escuelas), desconcentrados ( policía de Mendoza) utiliza servicios contratados como por ejemplo seguridad y limpieza y también contrataciones efectuadas de empresas en forma directa, por ej., personal para lucha antigranizo, mosca mediterráneo, Iscamen, Cámara de Grabadores, es denunciado en forma indirecta, invocándose solidaridad, ya sea por el art 29, 29bis o 30 de LCT, mientras que el reclamado en forma directa suele recaer en personas físicas o jurídicas contratadas por el estado.

De conformidad con la norma, el reclamo contra el estado provoca la incompetencia de parte del organismo de conciliación, situación que no causa inconvenientes, cuando el reclamado es sólo el estado; pero la situación cambia cuando la denuncia se efectúa contra empresas privadas, (por ej. Empresas de limpieza o de seguridad,) y conjuntamente con estas también se realiza en forma solidaria contra el Estado. En tales circunstancias, el conciliador debe realizar el trámite de conciliación, ya que resulta competente con uno de los denunciados y se encuentra con la insistencia abierta del denunciante de citar al Estado, colocando al conciliador en la difícil opción de explicar lo que resulta claro en la norma. En esas situaciones resulta conveniente, realizar el cuarto intermedio y la nueva citación también para con el Estado.

El Estado no está obligado a comparecer, y su incomparecencia no generará sanción alguna, y es más el certificado de fracaso, (en caso de no arribarse a acuerdo alguno), no será extendido contra el Estado, pudiendo el denunciante iniciar el reclamo judicial contra todos aquellos que realizaron el trámite de conciliación laboral obligatoria y también contra el Estado si es que el denunciante lo considera necesario.

Fuera de este aspecto formal, se entiende que muchas veces resulta importante que alguna persona en representación del Estado concorra, toda vez, que este es quien en la audiencia de conciliación puede dar las explicaciones necesarias y suficientes de la falta de responsabilidad en el trámite, y con ello generar que todas las opciones de acuerdo se encuentren sobre los demás denunciados posibilitando un acuerdo que termina con la discusión, y en el cual el Estado solo ha colaborado en su presencia y explicaciones y evitado con ello también un reclamo judicial en contra de la institución que representa.

En consecuencia, se advierte que la presencia del Estado no resulta obligatoria, su incomparecencia no puede ser sancionada, sin embargo, la citación se debe cursar a los fines de que la autoridad, si lo cree conveniente, pueda participar en la audiencia de conciliación y con ello intentar que el co-denunciado asuma las obligaciones legales correspondientes. En todo caso el conciliador, de arribarse acuerdo solo lo hará con el co-denunciado no estatal, y en caso de darse certificado de fracaso lo hará sin la participación del estado.

Por ello se propugna la siguiente modificación del art 4.inc.e

c) Los reclamos dirigidos exclusivamente contra el Estado Nacional, Provincial y Municipal, o sus órganos centralizados, descentralizados o desconcentrados. En caso de reclamos en donde algunas reparticiones fueren citados solidariamente el trámite de conciliación se realizará con todos los concurrentes, pero la conciliación el certificado de fracaso se realizará exclusivamente con los sujetos de derecho privado.

### **3.8- Incompatibilidad de los conciliadores**

A los fines de mantener la imparcialidad del conciliador, el artículo 8 de la ley 8999 regula la incompatibilidad de los conciliadores refiriendo que tiene las mismas que el Código de ética profesional de abogados y procuradores, y prohibiendo además cualquier función pública ya sea municipal, provincial y nacional con excepción de los cargos docentes.

A criterio de quien escribe el presente artículo tiene varias imprecisiones:

Resulta infundada en cuanto prohíbe a los conciliadores cualquier función pública, ya sea municipal, provincial y nacional con excepción de los cargos docentes; limitación que tienen normalmente los funcionarios o empleados públicos, sin embargo cabe el conciliador no tiene ninguna de las dos calidades : no es ni empleado ni funcionario público, si bien es cierto que a los fines de acceder a dicho cargo debió participar en un concurso público y su designación se ha realizado mediante decreto del poder ejecutivo provincial ( la disposición de referencia tiene su análogo en el ámbito nacional en art 9/11 ley 24.635), el conciliador no se encuentra dentro de la planta permanente del estado ni tampoco resulta ser personal contratado. Con lo que el conciliador se encuentra en una situación sui generis respecto de las personas que prestan servicios en la función pública; entendiéndose además, que la función del conciliador, ( en cuanto arribe a un acuerdo conciliatorio que resulte homologado y con ello el convenio adquiera calidad de cosa juzgada), se encuentra cumpliendo un servicio esencial del estado como es la de brindar justicia.

El conciliador trabaja en su propia oficina, utilizando insumos propios que no son repuestos en forma alguna por el estado, el trabajo lo debe realizar dentro de los días hábiles judiciales con una limitación horaria (de 08.00 de la mañana a las 20:00), sin embargo tiene posibilidad de bloquearse o inhabilitarse en días y horarios por lo que dentro de dicho rango, tiene amplia libertad para realizar funciones fuera del trabajo como conciliador.

Los acuerdos arribados en conciliación son abonados por la denunciada en forma directa por este, no interviniendo el estado en el pago de honorarios salvando en los certificados de fracaso que son abonados con recursos que el mismo sistema provee sobradamente mediante el código respectivo ( 441).

El conciliador, respecto de los trámites en los que no actúa como tal puede comparecer a audiencias de conciliación ante otros conciliadores en calidad de patrocinante, apoderado o representante de una de las partes; de la misma manera que lo hace cualquier abogado de la matrícula, independizándose de esta forma del carácter de conciliador.

El conciliador resulta incompetente según el artículo 4 de la ley 8990 para la realización de trámites cuyo denunciado sea el organismo del Estado, y si el organismo comparece lo hace voluntariamente, ya que no puede ser obligado.

Todo esto deja sin explicación alguna a la última parte del primer apartado del artículo 8 que prohíbe el ejercicio de cualquier función pública.

En segundo lugar, la norma en cuestión en su segundo y tercer párrafo prohíben al conciliador patrocinar, asesorar, o representar a ninguno de quienes fueron partes dentro del trámite de conciliación, o bien tener bajo su competencia como partes a quien ha sido cliente del conciliador sino hasta dos años después de haber cesado en el Registro de Conciliadores., o ingresado al mismo registro.

Imponen al conciliador guardar en su memoria todas las partes de todas las audiencias realizadas, lo que resulta una exigencia de cumplimiento imposible y una sobreexposición a una denuncia por dicha situación, además de una limitación al ejercicio a trabajar que va limitando su campo de acción con el transcurso del tiempo, desaprovechándose sus conocimientos específicos y experiencia en la aplicación de técnicas de solución alternativas de conflicto en el ámbito particular para casos que no se encuentren sometidos exclusivamente al organismo de conciliación laboral.

El plazo de dos años desde que el conciliador ingresó o cesó en el Registro de Conciliadores es más que extenso, DOMINGUEZ R.J. (2018)<sup>29</sup>entendiéndose como razonable, que dicho plazo en ambos casos sea computado desde que el conciliador intervino en el trámite.

De esta forma, la prohibición para el sujeto que se desempeña en el cargo de conciliación debe quedar limitada a dos años desde que el mismo individuo intervino como representante o patrocinante de alguna de las dos partes que intervienen dentro del trámite de conciliación, alejando toda sospecha de imparcialidad o duda respecto del trámite de conciliación. Asimismo, dicho plazo también aleja de toda sospecha de violación de confidencialidad en caso en que la intervención de quien tuvo a cargo la conducción del trámite luego pase a ser patrocinante o representante de alguna de las partes.

El único supuesto en el que el conciliador jamás podrá intervenir en una o en otra calidad, es respecto del motivo que estuvo en conocimiento en cualquier calidad, ya que la obligación de confidencialidad y la obligación para con su parte, generará, que la intervención en otra calidad podría quedar encuadrada dentro de los términos del prevaricato.

La norma pone al conciliador en el serio inconveniente de recordar a todas las partes que tuvo en su presencia en todos los trámites. Hecho éste prácticamente imposible, máxime si se advierte que algunos de dichos trámites tuvieron incomparecencia y se otorgó certificado por ello.

Luego de concluido el trámite el conductor del proceso conciliatorio no puede tener injerencia alguna en el mismo, y dicha situación puede conservarse por cualquier relación con las partes, pero tomar como punto de partida del cómputo, el que el conciliador haya dejado de pertenecer al registro, es poner al mismo en la desventaja de ir perdiendo potenciales clientes consecuencia del trámite de conciliación. Desde ya en ningún momento podrá intervenir en cualquier trámite judicial (independientemente del tiempo que haya transcurrido), cuando el conflicto administrativo ocurrió bajo su dirección.

Se ha perdido de vista que el conciliador en el trámite sometido bajo su competencia no toma decisiones, no brinda opiniones sólo conduce a las partes que se encuentran con asesoramiento letrado obligatorio, en búsqueda de una solución, y además

mantiene la obligación de confidencialidad no solo con los demás trámites sometidos bajo su competencia, sino además en las audiencias privadas, por lo que las chances de que el conciliador tenga alguna capacidad de influencia en la decisión perjudicial para alguna de las partes resulta ser más que remota.

En ambos incisos la sanción de dicha violación es la inhabilitación. (igual que lo hace la norma de fondo nacional). Se entiende que dicha sanción resulta absoluta incompetencia de la OCL, la conducta es regulada en la provincia de Mendoza, por la ley de colegiación obligatoria de Mendoza 4976 arts. 40/58

Desde ya también se entiende que los conciliadores (independientemente de la naturaleza jurídica que se les asigne), quedan comprendidos dentro de la ley 8993 de Ética Pública, por cuanto los mismos desarrollan una función pública, entendida como “, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honorarios, realizada por una persona en nombre de la Provincia de Mendoza o al servicio de ésta o de sus entidades u organismos, en cualquiera de sus poderes. Municipios, u órganos de control, en todos sus niveles y jerarquías, organismos centralizados, descentralizados, entes autárquicos, organismos de la seguridad social, empresas sociedades del Estado , sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones donde el Estado Provincial tenga participación en el capítulo o su dirección”<sup>30</sup>

En base a lo expuesto, se propone efectuar una modificación del art 8, párrafo 2 y 3 por el siguiente: “El conciliador no podrá representar, patrocinar o asesorar en ningún caso en que haya intervenido como conciliador. Tampoco lo podrá hacer a ninguno de quienes fueron partes en un trámite de conciliación ante el mismo, sino después de dos años a partir de la fecha del acuerdo, certificado de fracaso, archivo o incompetencia expedido por el mismo.

### **3.9. Retribución del conciliador**

La ley 8990 en el segundo párrafo del art 9 determina “En los supuestos previstos en el presente artículo, el empleador depositara los honorarios del Conciliador, a su orden, en el Fondo de Financiamiento previsto en el Art. 13 de la presente ley, dentro de los cinco (5) días de notificada la homologación del acuerdo, o en su caso, dentro de los tres (3) días de consentido o ejecutoriado el laudo”.

El tercer párrafo de la misma norma expresa “En caso de incumplimiento insuficiente para reclamar el cobro mediante el procedimiento de ejecución de sentencia por parte del Conciliador”.

El sistema de pago establecido en la ley, ha sido modificado absolutamente por el decreto reglamentario 2269/17 ( lo mismo ocurrió en el orden nacional ya el pago previsto en ley 24.365 fue modificado por decreto 1169/96) estableciendo en el art. 25 el pago al conciliador en forma directa, lo que por un lado posibilita el planteo de inconstitucionalidad de la norma de inferior rango, ya que modifica la norma de grado superior, sin embargo el decreto reglamentario en la práctica esencialmente es el que está funcionando. Conforme se advierte de la comparación con el orden nacional, el error se mantuvo ya que el pago en la ley 24.635 se efectuaría al Fondo (art. 13), y luego el decreto reglamentario de la norma (1169/96), dio la posibilidad del pago en forma directa al Conciliador.

A fin de eliminar la contradicción normativa, y desde ya la situación provocada por el decreto reglamentario de la ley 8990 que lejos de reglamentarla provoca un cambio en la legislación, corresponde la modificación legal estableciendo la pauta prevista en el decreto y además, regularizando la práctica común y universal dentro del procedimiento de conciliación en Mendoza.

Por otro lado, la opción legal prevista en la ley 8990, respecto del pago en el Fondo de Financiamiento genera un procedimiento tortuoso e impracticable, ya que una vez arribado el acuerdo, el mismo tiene 48 horas para el pago de los códigos (441 y 325, al igual que el monto correspondiente a Caja Forense), para que el acuerdo inicie el

trámite de homologación. Si tiene pagos previstos que no se encuentren condicionados a la homologación del acuerdo efectuará dichos pagos, entregando muchas veces pago diferido por las cuotas convenidas, y con ello el denunciado tiene su trámite terminado despreocupándose del mismo ( salvo claro está, que tenga alguna observación previo a la homologación), o incumpla con alguna de las cuotas pactadas. De esta forma, el pago de los honorarios del conciliador normalmente quedarán en el olvido y difícilmente recordará el ingreso de los honorarios al fondo, con lo que obliga al sistema a emitir un certificado y con ello la ejecución por parte del conciliador, generando un desplazamiento del conflicto de las partes a un nuevo conflicto entre el conciliador y la parte denunciada que asumió el pago de las costas, con ello no sólo pone en tela de juicio la imparcialidad del conciliador, (que ahora será parte, y en base al art. 8, luego de la ejecución no podrá tener a dicha parte en un nuevo trámite conciliatorio, sino que además genera un trámite judicial que aún con vía judicial reducida, es lo que se pretende evitar en todo trámite conciliatorio.

En la práctica, el honorario del conciliador se abona normalmente en la misma oportunidad que el pago de la primer cuota de capital del trabajador, y también conjuntamente con los honorarios del profesional que patrocinó al trabajador, lo que evita que el reclamado deba concurrir una nueva vez, o en otra oportunidad. No obstante ello, en algunas oportunidades, consecuencia de las técnicas de conciliación, de los intereses en juego o bien de las condiciones de las partes, se negocia la oportunidad de pago; pudiendo recaer en oportunidad posterior al pago de la primer cuota, lo cual facilita en muchos acuerdos, fundamentalmente los de menor cuantía una opción de pago para el reclamado sin la cual a veces resulta difícil llegar a un acuerdo (lo que no se encuentra permitido por el art 25 del decr. 2269/17, es el pago en cuotas o fraccionado; y desde ya debe entenderse, que tampoco una reducción de dicho pago, el cual se encuentra regulado actualmente en la 1/3 parte de un jus).

Normalmente los colegas, y en algunas oportunidades la parte denunciada es la que ofrece los honorarios del conciliador en una actitud de reconocimiento de que el acuerdo se arriba como consecuencia de las técnicas de conciliación aportadas por

el propio conciliador en la convicción que si el mismo no hubiera actuado, la conciliación hubiere fracasado.

En base a lo expuesto se propugna la siguiente modificación de la norma:

Art 9: En los supuestos previstos en el presente artículo, el empleador abonará los honorarios al conciliador conforme acuerde con el mismo. En caso de incumplimiento del pago de sus honorarios, y luego de homologado el convenio, dicho laudo será título ejecutivo para reclamar el cobro mediante el procedimiento de ejecución de honorarios por parte del conciliador.

### **3.10. Trámite de conciliación. Denuncia**

El art. 15 de la ley 8990 da un conjunto de hipótesis que es necesario desglosar a los fines de su análisis:

#### **3.10.1. Efectos de la denuncia. Prescripción**

El artículo 15 de la ley 8990 en su párrafo segundo, con una redacción similar a la efectuada en el art 257 de la LTC, establece que la presentación de la denuncia formalizada ante la Oficina de conciliación Laboral Obligatoria, interrumpirá el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por ante un lapso mayor de seis (6) meses.

Obviamente la solución obtenida por la ley provincial fue de mejor atino que la pretensión de la ley nacional de creación de SECLO que pretendió desafortunadamente realizar un supuesto de suspensión del plazo de prescripción, trajo diversas y contradictorias interpretaciones y contradicciones, entre ellas, el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires “ MARTINEZ, Alberto c/ YPF S.A. S/ Part. Accionar Obrero. del cual se desprende que: 1) La citación para el trámite conciliatorio ante el SECLO, no surte los

efectos de la interpelación prevista en el artículo 3986, segundo párrafo, del Código Civil 2) En el contexto del artículo 7 de la ley 24.365, no se ajusta la suspensión del plazo de prescripción a la duración del trámite conciliatorio, aunque dure menos de seis meses”; Situación aparentemente no superada a la fecha<sup>31</sup>

En el orden provincial el decreto reglamentario provincial 2269/97 no efectúa referencia alguna, por lo que solo nos queda entender al trámite de OCL como una actividad administrativa ( aun siendo obligatoria), que provoca la interrupción del plazo de prescripción durante el término que dura dicho trámite, o a lo sumo no más de seis meses.

A los fines de determinar el periodo de tiempo de duración del mismo, se entiende que el trámite tiene inicio conforme el art 15 párrafo 1 de la ley 8990, y artículo 6 dec. 2269/17 mediante la denuncia electrónica respectiva ( cuya fecha se obtiene en el formulario de denuncia, en la parte inferior a la derecha); y culmina con el acuerdo conciliatorio (lo que no resulta de interés práctico para este tema), o bien con el certificado de fracaso emitido por el conciliador (art. 17 ley 8990 y 17 y 23 del dec. 2269/17), o bien correspondiente certificado emitido por la autoridad administrativa en caso de dictar resolución no homologatoria del acuerdo conciliatorio (art. 23 Ley 8990 y 23 del dec. 2269/17).

Hay dos situaciones que resultan complejas a) Cuando la denuncia es archivada (art. 17 dec. 2269/17), lo que ocurre por la incomparecencia del denunciante en forma injustificada en dos oportunidades sucesivas, lo que lleva a que el trámite deba realizarse nuevamente, entendiendo que dicho trámite archivado no generó ningún efecto en relación al cómputo de la prescripción, y sí lo hará el trámite que a posteriori, en caso que se haga culmine por incomparecencia de la denunciada o falta de acuerdo; y b) la incompetencia declarada por el conciliador en base al art 4 de la ley 8990, ya que no podría generar efectos jurídicos un acto que resultaba innecesario, ya que en tales casos la demanda podría ser interpuesta sin el reclamo administrativo de OCL en forma previa. El

conflicto se podría presentar, en caso de que con la declaración de incompetencia, se interpusiese demanda, y la Cámara Laboral que intervenga considere que el organismo administrativo es competente, circunstancia en la que en base al principio protectorio y el art 9 de la LCT, correspondería entender que el trámite dio inicio con la primer denuncia, y además, la interposición de la demanda, aun omitiendo el trámite de conciliación provocará la interrupción de la prescripción conforme los términos del art 2546 del Código Civil y Comercial de la Nación.

### **3.10.2. Comparecencia personal de las partes**

En el párrafo tercero del art 15 de la ley 8990 se dispone “...La comparecencia personal de las partes será obligatoria, salvo impedimento fundado en justa causa que deberá ser acreditado antes de comenzar el acto...”

Por su parte el art 12 del decreto reglamentario 2269/17 (siendo similar en el orden nacional al art 10 del dec. 1169/96), otorga facultades al conciliador quien, de considerar necesaria la presencia del representante legal, puede disponer la citación a una próxima audiencia, a la que deberá comparecer de acuerdo a lo dispuesto por el art 18 de la ley 8990. En este supuesto la comparecencia del representante legal, podrá ser suplida por la de un director, socio, administrador, gerente o empleado superior, que tuviera poder suficiente para realizar transacciones.”

El decreto reglamentario otorga facultades que son de suma importancia para realizar un acuerdo de conciliación. La práctica indica que cuando se trata, (como en la mayoría de los casos), desvinculaciones con invocación de causa, si la misma ocurrió entre personas físicas en base a hechos que protagonizaron por un lado el trabajador y por el otro una persona física individualizable, sea esta el propio empleador, el gerente, un encargado, etc., resulta de muchísima utilidad la comparecencia de quienes intervinieron personalmente en el conflicto a los fines de que sean escuchados.

El conflicto normalmente se genera en base a diversas interpretaciones dadas por las partes, y ello provoca reacciones emocionales en la contraria que normalmente son muy mal entendidas por la otra, llevando a una escalada del conflicto que, de no mediar razonabilidad y flexibilidad de las partes culmina con la extinción de la relación laboral. En la mayoría de los casos en los que concurren personas físicas de ambas partes, existe la posibilidad de escucharse mutuamente, y editar las razones que llevaron a cada una a actuar de la forma en que lo hicieron. ( Esta situación es tan provechosa para el conciliador, que con un buen manejo de técnicas en algunas oportunidades ha logrado el reconocimiento de errores de ambas partes en la comunicación que dio lugar a las conductas que luego explican el despido. En pocas oportunidades inclusive se ha logrado no solo el pedido de disculpas y aceptación de errores por alguna de las partes, y desde ya el acuerdo que cierra el conflicto de una manera más provechosa aunque el simple acuerdo económico. Es tal vez la estrella de la conciliación ya que en el trámite judicial, la forma de expresarse las partes dada la formalidad del procedimiento obstaculiza que las mismas tengan la sensación de colaborar en la solución de conflicto más se sienten usualmente como meros partícipes tangenciales de una decisión que tomara un tercero que los escuchó exclusivamente para cumplir el ritual procesal, pero que se desentiende absolutamente ( so pena de perder la imparcialidad), de las razones que motivaron a las partes a actuar como actuaron, ajustando en suma la decisión a las pruebas y a los términos legales, pero independizándose totalmente de las partes.

La falta de concurrencia de personas físicas de la parte denunciada a las audiencias de conciliación suelen ser la consecuencia de múltiples y diversas situaciones, entre ellas un asesoramiento inadecuado por parte del profesional; la pretensión de menospreciar a la denunciante; evitar el pago de honorarios por el asesoramiento jurídico pertinente, o bien quieren evitar enfrentarse con las verdaderas conductas que originaron el conflicto, para con ello no asumir responsabilidades; generando, no solo inconvenientes en la solución, sino además entorpeciendo y

provocando que la otra parte tenga un sentimiento de menosprecio por la falta de comparecencia de su contraria.

Los abogados no pueden faltar al compromiso de asesoramiento técnico, (lo que habitualmente le falta a las partes), pero el interés (aquellas razones de fondo que llevaron o contribuyeron al conflicto, y que tienen el poder de solucionar el mismo. No es lo que las partes dicen, sino las motivaciones esenciales que las partes tuvieron en la formación del conflicto y por ello la llave para desactivarlo) en la solución de conflicto es de las partes y no puede ser trasladado a ningún profesional, ya que es propio e insustituible, y muchas veces dicho interés permanece tan oculto dentro de las partes, que no es confesado a sus propios abogados.

Esto demuestra, que la necesidad de comparecencia personal no puede quedar relegada exclusivamente al decreto reglamentario y a los fines de evitar cualquier discusión se entiende que resulta necesaria la incorporación en la ley.

### **3.10.3. Acta circunstanciada**

El artículo 15 de la ley provincial en su parte final establece que: “de lo actuado se labrará acta circunstanciada.”(esta previsión no se encuentra en la ley nacional que sirvió de base a la OCL, ni tampoco en el decreto reglamentario de la misma).

Este párrafo de la ley provincial resulta totalmente incorrecto por lo siguiente: Si en la audiencia se expresa a las partes nada menos que, las manifestaciones de todas las partes se realizan bajo los términos de la confidencialidad, y que según el art. 14 del decreto reglamentario lo impone en la primer audiencia la firma de un compromiso de confidencialidad, que puede ser relevado por las partes de común acuerdo. Dicho compromiso genera la confianza suficiente para que las partes se expresen, y su violación, conforme se aclara en la primer audiencia podría implicar el delito de violación de secretos sancionado por el código penal.

La realización de un acta circunstanciada, entendiéndose por tal el detalle de las posturas expuestas, genera previamente la oposición a la manifestación libre de las partes, limitándose en consecuencia a las posturas jurídicas que estratégicamente elaboran los profesionales, y por otro lado, la redacción provocaría la violación de la confidencialidad.

Es necesario advertir, que ni siquiera en los trámites judiciales, que no están amparados por la confidencialidad, puede no dejarse constancia de las manifestaciones que hicieren las partes en pos de un acuerdo, y el código procesal laboral de Mendoza sólo contempla la situación de arribado a un acuerdo se deja constancia del mismo, pero omite toda consideración respecto de la falta de acuerdo, situación similar se encuentra dentro del art 83 del Código Procesal Civil de Mendoza, que dispone expresamente “Si no hubiera conciliación no se asentarán en el expediente las manifestaciones que hicieren las partes, las cuales en ningún caso tendrán incidencia en la resolución del litigio”.

En base a estas circunstancias se entiende necesario realizar en el art. 15 una reformulación de su redacción para que quede redactado de la siguiente manera:

“Denuncia de Conciliación. El reclamante por sí, o a través de su apoderado, formalizará el reclamo ante la Oficina de Conciliación Laboral Obligatoria. Consignando sintéticamente su petición en el formulario que reglamentariamente se apruebe....”

El servicio de Conciliación notificará al conciliador designado para el caso, adjuntándole el formulario previsto y citará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse ante el Conciliador dentro de los diez (10) días siguientes a la designación de este. La comparecencia personal de las partes a esta audiencia será obligatoria, salvo impedimento fundado en justa causa que deberá ser acreditado antes de comenzar el acto. En este caso, el denunciado podrá actuar por medio de apoderado con facultades para transar o conciliar y según lo establece la legislación vigente, debiendo acreditarse personería. El conciliador en cualquier instancia del proceso podrá exigir la comparecencia

personal de persona/s física/s, siendo este el empleador, o bien de la persona que dentro de la estructura de la empresa tiene facultades de decisión de la misma, y conocimiento de la causal de conflicto sometida ante el organismo. La incomparecencia injustificada será considerada conducta obstructiva y, como tal, sancionable de conformidad a lo previsto en el Anexo II ( Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales) artículo 8 de la ley Nacional 25.212”.

En conclusión se propone modificar el párrafo cuarto del art 15 de la siguiente forma “De lo actuado, se labrará un acta, individualizando las partes, evitando dejar cualquier constancia que viole la confidencialidad del trámite”

Y se propone agregar un párrafo en dicha norma, ubicado en el quinto lugar con el siguiente contenido “. El conciliador en cualquier instancia del proceso podrá exigir la comparecencia personal de persona/s física/s, siendo este el empleador, o bien de la persona que dentro de la estructura de la empresa tiene facultades de decisión de la misma, y conocimiento de la causal de conflicto sometida ante el organismo. La incomparecencia injustificada será considerada conducta obstructiva y, como tal, sancionable de conformidad a lo previsto en el Anexo II ( Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales) artículo 8 de la ley Nacional 25.212”.

#### **3.10.4. Asistencia letrada obligatoria**

En el artículo 16 de la ley 8990 se establece que las partes deben ser asistidas obligatoriamente por un letrado de la matrícula provincial... Dicha disposición ha sido tildada de inconstitucional por el Dr. DOMINGUEZ, RJ (2018)<sup>32</sup> sin advertirse el fundamento de dicha afirmación.

El antecedente normativo de la ley 8990 lo constituye la ley que crea el SECLO 24.635, la que no impone el patrocinio letrado obligatorio para el empleador

(art. 17), lo cual es cierto, sin embargo eso no convierte en inconstitucional la exigencia de tal patrocinio técnico obligatorio en la provincia de Mendoza.

La circunstancia de que en el orden nacional no se requiera patrocinio legal obligatorio en el SECCLO, no determina la inconstitucionalidad de la exigencia por parte de la ley provincial.

Tanto denunciante como denunciado se someten a un procedimiento que versa sobre derechos y obligaciones impuestas por la ley. La conciliación no exige obligatoriamente arribar a un acuerdo, sino que el acuerdo es la consecuencia lógica y razonada del análisis de hechos y muchas veces también el tratamiento de las emociones que sucedieron a ambas partes en el origen del conflicto, y que genera consecuencias tanto en derechos como en obligaciones de ambas partes, posibilidades probatorias, complejidades de interpretación, actuación de los tribunales etc., Todos estos hechos que no son del dominio público y que requieren el análisis de técnicos en derecho.

Basta para ello la palabra autorizada de LINO PALACIO (1997 “ tanto el apasionamiento otras reacciones psicológicas que frecuentemente generan las controversias judiciales en el ánimo de sus protagonistas directos, cuando el incesante incremento de leyes escritas destinadas a afrontar la regulación de situaciones jurídicas cada vez más complejas, configuran suficiente justificación de las normas vigentes en cuya virtud las partes deben ser auxiliadas en el cumplimiento de los actos procesales dotados de mayor significación desde el punto de vista de la defensa de los derechos controvertidos por quienes, en razón de poseer una especial capacitación profesional, se hallan en condiciones de exponer las razones o argumentos de aquellas al margen de perturbaciones subjetivas y conforme a los dictados de la ciencia y de la experiencia del derecho ”PALACIO L.E.<sup>33</sup>

El trámite de OCL, en caso de arribarse a un acuerdo que genera derechos y obligaciones para las partes, luego de homologado adquiere la naturaleza jurídica de cosa juzgada, es decir, un grado de certeza que solo puede, en forma más que limitada ser recurrido judicialmente ( plenario Lafalse). En base a esta circunstancia, las

partes en una suerte de garantía de transparencia a los fines de evitar que luego la parte denunciada recurra a la invocación de la falta de conocimiento técnico, engaño por parte de los profesionales, deficiencia en cuanto a su falta de defensa en el acuerdo arribado es que el patrocinio obligatorio resulta imprescindible.

Por otro lado cabe considerar que la ley de colegiación obligatoria de Mendoza <sup>34</sup>determina la incumbencia en el ejercicio profesional de abogados, y no contiene disposiciones en cuanto a la imposibilidad de generar el patrocinio letrado obligatorio en trámites administrativos, Tampoco así existen disposiciones de semejante naturaleza en la ley Orgánica de Tribunales.

Como consecuencia de lo expuesto no se comparte la crítica a la exigencia de patrocinio letrado obligatorio que además normalmente contribuye con su sola presencia a generar una ánimo emocional de contención a la parte que patrocina o asesora, ayuda en el canal de comunicación entre el conciliador con cada una de las partes, reconociendo que parte del éxito del sistema de conciliación laboral obligatorio se debe a la participación de los profesionales que mantienen a ambas partes en igualdad de condiciones al tratarse de cuestiones jurídicas.

### **3.10.5. Acuerdos conciliatorios**

La ley impone a los conciliadores la obligación de elevar el acuerdo arribado dentro de las 48 horas producido el mismo, bajo apercibimiento de sanción. Ahora bien el inconveniente ocurre toda vez que la reglamentación impone en el art 21 que debe ser realizado “junto con los comprobantes de pago de la tasa establecida en el art 13 inc. g) ley 8990, ( código 441 por un valor fijo, código 325 por el 2 % del monto del acuerdo y de los partes ley 5059 cuyo importe dependerá del valor del acuerdo, siendo el mínimo en acuerdos cuyo valor sea de hasta \$ 149.999, y del 2% del valor del acuerdo en una suma igual o superior a \$ 150.000) ”.- Desde ya la reglamentación genera un requisito adicional que la ley no fija, circunstancia que pone en juego la constitucionalidad del mismo.

El gran inconveniente radica en que, en la mayoría de los casos las partes arriban al acuerdo en una de las audiencias de conciliación, por lo que mal pueden llevar al momento de la firma del convenio los códigos y tasas correspondientes a un acuerdo que todavía no cierran. Ello implica que, luego de la firma, se dan 48 horas para el pago de los códigos y tasas pertinentes, las que por general las partes no adjuntan dentro del término legal previsto, por lo que colocan al conciliador en un gran apriete entre el término que debe cumplir para elevar el acuerdo y la parte que no adjunta las tasas y códigos en el plazo previsto el que genera en la mayoría de las veces el reclamo por parte del conciliador al efecto de generar el cumplimiento generando una tensión por dicho reclamo.

Otras veces el denunciado luego de firmado el convenio, alude no tener el dinero correspondiente a dichos códigos toda vez, que normalmente debió afrontar a la firma del convenio o en fecha muy próxima el pago de alguna cuota del convenio, los honorarios del abogado patrocinante del denunciante, los del abogado contratado por el mismo, por lo que solicita una espera en acompañar las tasas y códigos que no se encuentra prevista dentro del régimen legal.-

Esta situación lleva a efectuar una gran clasificación de los casos arribados a) Si los acuerdos no se encuentran sujetos a homologación el término para el pago de los montos convenidos se encuentran corriendo, por lo que la espera no genera por sí daño de importancia alguno. La espera de los códigos en especial el 325, que equivale a la tasa de justicia; y en una comparación con el pago judicial el código fiscal determina un plazo de 15 días para realizar el mismo ( art 302 del Código Fiscal de Mendoza)

b) Convenios en los que existen montos que serán cancelados luego de la homologación del convenio (ya sea el pago total, o algunas cuotas del convenio). La falta de ingreso del trámite en el término legal genera potencialmente un perjuicio en el denunciante, quien tiene un convenio al cual accedió y ve supeditado el pago a la homologación cuyo inicio del trámite se encuentra supeditado nada menos que a un acto potestativo del denunciado.

En este tipo de circunstancias, la autoridad de homologación observará el convenio por falta de pago de los códigos correspondientes y vencido el término se rechazará la homologación otorgándose el certificado de fracaso pertinente. Esta situación ha hecho en el denunciante en primer término, generar una ilusión de acuerdo, y luego una espera considerable para el inicio del reclamo judicial, (el que podría haber quedado habilitado antes de arribar a acuerdo alguno, con un certificado de fracaso en la misma oportunidad en que se arribó al convenio).

c) Existen convenios, cuyos pagos no se encuentran sujetos a homologación, ( la mayoría), que, en casos de pagos en cuotas, fijan la caducidad de los plazos, por lo que el denunciante estará presto a la caducidad de las cuotas, sin embargo, para ejecutar dicho convenio requerirá la homologación judicial del mismo.

Esta situación que no resuelve la totalidad de los casos que se pueden plantear exige una solución que no genere demora para la homologación o bien para el certificado de fracaso, y que a su vez, no coloquen al conciliador en la difícil situación de actuar como un agente del fisco persiguiendo el pago de los tributos y códigos, que 1) obran en el convenio 2), que son de conocimiento de las partes previo a la suscripción del convenio 3) que naturalmente son reclamados por el conciliador en varias oportunidades sin éxito alguno y dejando al mismo en una situación incómoda en pos de próximos trámites con las mismas partes o con los mismos profesionales.

Esto genera como propuesta una modificación legislativa en el siguiente sentido “. ... El acuerdo deberá ser elevado para el trámite de homologación en el término de 5 días de suscripto, acompañando en tal oportunidad los comprobantes de cancelación de la tasa establecida en el art 13 inc. g. de la presente ley, y los aportes ley 5059, en caso que estos hayan sido acompañados al conciliador. Si dichos códigos no fueren adjuntados el trámite de conciliación continuará, y con la resolución homologatoria o no homologatoria del mismo se procederá a comunicar a los organismos recaudadores pertinentes de dicha omisión a los fines de la ejecución pertinente.

### **3.10.6. Incumplimiento de acuerdo homologado**

En el art 24 de la ley 8990, se fija una multa en favor del trabajador de hasta un 30 % del monto conciliado, que será ingresado al fondo de Financiamiento, el decreto reglamentario de la misma en el art 26, genera una modificación de la ley <sup>35</sup> y expresamente en el art 48 del mismo, se fija que el monto ingresará al Fondo de financiamiento y no para el trabajador, que lleva al tilde de inconstitucionalidad, además de la crítica acertada del Dr. DOMINGUEZ RJ ( 2018) <sup>36</sup>en dos sentidos: a) Las multas impuestas en beneficio del trabajador por ser ley de fondo correspondería constitucionalmente al Congreso de la Nación b) la ley hace una referencia de que el monto de la multa es para el trabajador pero debe ser ingresado al Fondo, mientras que el decreto refiere que el monto es del fondo, por lo que modifica al texto legal.

Desde ya el art 24, cuyo antecedente normativo es el art 26 de la ley nacional, no es idéntica, toda vez, que la ley que impone la sanción es de orden nacional, (aún cuando sea ley de rito), pero además no comete el error de dar como destinatario de la multa al trabajador con obligación de ingreso al fondo.

Ello genera la imposibilidad de mantener en vigencia dicho artículo de la ley provincial, pudiendo en su defecto fijarse solo de manera aclaratoria ( aún cuando no haya necesidad de expresarlo abiertamente), que frente al incumplimiento voluntario del convenio arribado en OCL, y una vez homologado el mismo puede ser ejecutado ante las Cámaras del Trabajo, por medio del procedimiento de vía monitoria, y además, considerar la conducta incumplidora del obligado al pago conforme el art 275 de la LCT.

Ello genera la necesidad de una reforma proponiéndose en sustitución del art 24 de la ley 8990 el siguiente:

“En caso de incumplimiento del acuerdo conciliatorio homologado, éste será ejecutable ante las Cámaras Laborales correspondientes mediante el

procedimiento vía monitoria. En este caso el tribunal podrá considerar dicho incumplimiento como conducta temeraria y maliciosa, aplicando el art 275 de la LCT, en favor del trabajador.”

## CAPÍTULO IV.

### Título

#### **4.1. Valoración del sistema**

Desarrollados mínimamente los presupuestos necesarios para un acuerdo conciliatorio que proteja los derechos del trabajador en forma aceptable, y también efectuado el análisis del funcionamiento del sistema, inclusive dentro de los períodos más críticos, corresponde dar respuestas a los interrogantes planteados en oportunidad de iniciar el presente trabajo:

Conforme se había adelantado en oportunidad de la formulación del problema, y luego del análisis efectuado en este trabajo, se estima estar en condiciones de brindar algunas respuestas que surgen de las investigaciones efectuadas:

El trabajador, al colocar su fuerza de trabajo a disposición del empleador pierde su libertad ya que se encuentra bajo las órdenes de alguien que organiza los medios de producción. A su vez, dicha pérdida de libertad es compensada en forma insuficiente, ya que la circunstancia económica de país, no le garantiza en la mayoría de los casos un ingreso suficiente como para cubrir en forma eficiente las necesidades del propio trabajador ni de su grupo familiar, o cuando menos para que el mismo pueda tomar la opción de elegir otro trabajo siquiera.

Quien tiene un trabajo, formal dado el grado de desocupación en la República Argentina pretende mantenerlo aún cuando el mismo no cubra todas sus necesidades. Basta con advertir que la tasa de desempleo en el último trimestre de 2019 fue del 8,9 %. En tanto los sub-ocupados (ocupados que trabajan menos de 35 horas semanales por causas involuntarias) pasaron de representar el 12 % de la población activa a fine de 2018 a 13,1% en el último trimestre de 2019. En la superpoblada periferia de Buenos Aires, donde vive la cuarta parte de los 44 millones de argentinos, el índice de desempleo fue de

10,8 % y la subocupación de 13,1% mientras que un 18,7% está ocupado pero demanda otro empleo, en un país que tuvo en 2019 una inflación del 53,8 % (INFOBAE 2020).<sup>37</sup>

Esta si situación hace que, en oportunidad en que un trabajador ya sea ocupado formalmente o bien en la informalidad, al perder su fuente de trabajo no tenga expectativas próximas inmediatas de conseguir una nueva fuente de ingresos, lo cual depende, entre otros factores en la edad del trabajador, sus expectativas salariales, antecedentes laborales, grado de especialización, rubro al que se desempeña, posibilidades de desplazamiento de su residencia etc.-

A su vez, el empleador puede ser una empresa formal con espalda suficiente para soportar la indemnización, y que podría no sufrir inconveniente de importancia frente a la indemnización; o bien tenga que reducir su capital o bien hacer un esfuerzo importante que pone en riesgo la viabilidad de la empresa, y otras veces, dado el escaso movimiento económico del empleador, el reclamo de la empresa resulta inviable para el empleador.

Esta situación genera una gran cantidad de opciones a los fines de responder el primer interrogante, ya que si bien el trabajador puede tener la urgencia del reclamo alimentario, a su vez, el empleador podría estar en la circunstancia de que el reclamo pone en riesgo la organización productiva del empleador. En cada una de las posibilidades el conciliador tendrá que advertir cuál es el aspecto duro de la negociación por cada una de las partes, a fin de evitar que la situación de aprovechamiento de parte del empleador de la circunstancia económica del trabajador, y que sea éste el elemento que decida la suerte del acuerdo.

En otras oportunidades se puede advertir que, el empleador, es quien dentro de las circunstancias económicas pretende hacer un esfuerzo inconmensurable para arribar a un acuerdo y con ello evitar un proceso judicial, no haciendo reparos en las ofertas, lo que pone en evidencia que muchas veces ofrecerá sumas que no podrá abonar, y con ello se arribaría a un acuerdo que devendrá en un incumplimiento futuro.

En conclusión la tensión entre la urgencia del trabajador en recibir los montos que la ley fija como consecuencia del planteo fáctico que se ha efectuado en la audiencia de conciliación ( en mérito a la confidencialidad, si las partes han reconocido la misma base fáctica, la cuestión ya no trasciende en una decisión jurídica, sino en la chance de la demostración de dichos hechos, en el tiempo del trámite judicial, en la puja de las condiciones económicas de las partes, en la situación de coyuntura económica del país, etc.) es una de las hipótesis, debiendo el conciliador ajustar las técnicas, para que ello no se convierta en una negociación en donde solo las partes que tienen estabilidad económica, mantengan a la conciliación como una forma de obtener ganancias.

Otra de las situaciones que se plantea en las audiencias de conciliación, es que el trabajador se encuentra en estado de absoluta desprotección, refiriendo en audiencias privadas los apremios económicos y las necesidades imperiosas en el día de la conciliación, y la intención de parte del reclamante de arribar a cualquier acuerdo económico condicionado a que la percepción del importe sea inmediato.

El conciliador debe intentar que la parte contraria no tenga conocimiento de dichas circunstancias, ya que las mismas podrían ser utilizadas por el empleador a los fines de arribar a un acuerdo económico inferior al monto que hubiere accedido de no haberse tomado conocimiento de tales circunstancias. Sin embargo, a tales fines el parámetro de la realidad, y los parámetros de homologación son buenos elementos para que el acuerdo trasunte por vías económicas aceptables.

No obstante lo expuesto, frente a la opción de fracaso, el trabajador en más de alguna oportunidad está más interesado en cerrar el acuerdo, a pesar del asesoramiento profesional contrario de su letrado patrocinante, advirtiéndole que la opción judicial en primer término no le da garantías de acreditar los extremos necesarios para obtener la indemnización calculada en la etapa de conciliación, en segundo lugar la solvencia del empleador no resulta de suficiente garantía para la espera del tiempo y en

tercero la urgencia económica del trabajador no le permiten evaluar que su mejor expectativa no es el proceso judicial, sino el acuerdo inmediato.

Todo esto nos lleva a una conclusión, y es que el principio protectorio, y con ello los límites irrenunciables sólo son válidos a ultranza cuando la relación laboral se encuentra plenamente registrada; con una conclusión de la misma indiscutidamente injustificada (por lo que no existe riesgo judicial ni probatorio) y que el empleador tenga una situación de solvencia que garantice el cumplimiento de una decisión judicial. Asimismo de parte del accionante también se requiere que su situación no sea de urgencia económica, por lo que podrá soportar el tiempo necesario para hacer efectivo su crédito.

Todos estos son parámetros que el conciliador debe manejar, para que el acuerdo cumpla con los mínimos indelegables del art 12 de la LTC, sin olvidar muchas veces que, los acuerdos arribados en Cámara Laboral no siempre garantizan sumas superiores a las fijadas en el ámbito de conciliación laboral pre judicial.

En suma es función no sólo del conciliador y también de la Subsecretaría de Trabajo de la provincia de Mendoza, ( mediante el trámite homologatorio) en garantizar y exigir que los mínimos inderogables sean cumplidos, sino que también los profesionales que asisten a las partes deben tener la ética profesional necesaria para no utilizar los estados de necesidad en pos de modificar los términos legales y con ello la obtención de un acuerdo para su cliente que es amplia e ilícitamente beneficioso, ello a sabiendas que en más de las veces dicha técnica de negociación por parte de los profesionales, tendrá como contrapartida que en una futura audiencia, recibirá de parte de algún otro colega un trato similar al que él mismo prodigó.

## **CAPÍTULO V:**

### **Propuestas de modificaciones legislativas Ley 8990**

A modo de resumen, y conforme se han expuesto las razones de las modificaciones legislativas en la ley de Creación y funcionamiento de OCL, algunas de ellas para ordenar su funcionamiento, otras solamente con la intención de mejorar la técnica legislativa, que han generado críticas de constitucionalidad del sistema es que se proponen efectuar las siguientes modificaciones:

#### **Artículo 3**

Art 3. Agregar..."se aplicará a los trámites previos de consignación tanto de sumas dinerarias, como entrega de documentación correspondiente a la relación laboral."

"de aplicación en los reclamos de restitución de viviendas, y/o herramientas entregados en razón de una relación laboral."

#### **Artículo 4**

Art 4. Agregar mediante asterisco en el inciso a y b, el siguiente párrafo "...En el inciso a y b, luego de cumplida o rechazada la misma, y/o después de trabada la cautelar, o rechazada la misma, y previo a correr traslado de la demanda, el trámite judicial se suspenderá hasta el agotamiento del trámite de conciliación laboral obligatoria."

Agregar el supuesto " h) En caso de interposición de medida de amparo."

#### **Artículo 8**

Se propone sustituir en el art, 8 el párrafo 2 y 3 por el siguiente: "El conciliador no podrá representar, patrocinar o asesoraren ningún caso en que haya intervenido como conciliador. Tampoco lo podrá hacer a ninguno de quienes fueron partes

en un trámite de conciliación ante el mismo, sino después de dos años a partir de la fecha del acuerdo, certificado de fracaso, archivo o incompetencia expedido por el mismo.

### **Artículo 9**

Modificación del art 9: “En los supuestos previstos en el presente artículo, el empleador abonará los honorarios al conciliador conforme acuerde con el mismo. En caso de incumplimiento del pago de sus honorarios, y luego de homologado el convenio, dicho laudo será título ejecutivo para reclamar el cobro mediante el procedimiento de ejecución de honorarios por parte del conciliador.”

### **Artículo 15**

En el artículo 15 se propone agregar en el lugar del párrafo cuarto “El conciliador en cualquier instancia del proceso podrá exigir la comparecencia personal de persona/s física/s, siendo este el empleador, o bien de la persona que dentro de la estructura de la empresa tiene facultades de decisión de la misma, y conocimiento de la causal de conflicto sometida ante el organismo. La incomparecencia injustificada será considerada conducta obstructiva y, como tal, sancionable de conformidad a lo previsto en el Anexo II (Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales) artículo 8 de la ley Nacional 25.212”.

A su vez, el actual párrafo 5° se propone la sustitución por el siguiente “De lo actuado, se labrará un acta, individualizando las partes, evitando dejar cualquier constancia que viole la confidencialidad del trámite.”

### **Artículo 19**

Se propone modificar el artículo 19 segundo párrafo debiendo quedar redactado de la siguiente forma: “Los términos del acuerdo deberán expresarse claramente en el acta especial. El acuerdo deberá ser elevado para el trámite de homologación en el término de 5 días de suscripto, acompañando en tal oportunidad los

comprobantes de cancelación de la tasa establecida en el art 13 inc. g. de la presente ley, y los aportes ley 5059, en caso que éstos hayan sido acompañados al conciliador. Si dichos códigos no fueren adjuntados el trámite de conciliación continuará, y con la resolución homologatoria o no homologatoria del mismo se procederá a comunicar a los organismos recaudadores pertinentes de dicha omisión a los fines de la ejecución pertinente.-“

#### **Artículo 24**

Sustitución del art 24 de la ley 8990 por el siguiente texto:“En caso de incumplimiento del acuerdo conciliatorio homologado, éste será ejecutable ante las Cámaras Laborales correspondientes mediante el procedimiento vía monitoria. En este caso el tribunal podrá considerar dicho incumplimiento como conducta temeraria y maliciosa, aplicando el art 275 de la LCT, en favor del trabajador.”

### **CONCLUSION FINAL:**

El estudio del funcionamiento de la Oficina de Conciliación laboral obligatoria en Mendoza, al igual que la participación en el mismo, tanto como conciliador Laboral, al igual que como abogado particular a veces por la parte denunciante, y otras por la parte denunciada, me han otorgado un lugar de privilegio a raíz de estar en contacto en forma permanente con los partícipes del sistema en cualquiera de las circunstancias en que se realice el enfoque.

La circunstancia de haber tenido una formación profesional de hace algunos años; (desde ya distinta a la actual), que marca acentuado hincapié en los derechos de las partes y en la defensa a ultranza de los mismo, ha generado una formación rígida al momento de enfrentar el conflicto y con ello desde ya la solución del mismo; marcada por una convicción firme de los derechos del defendido a punto tal, que la única forma de zanjarlos ocurría mediante decisión judicial. Esta formación desde ya compartida por mucho de los colegas generacionales, es la que ha marcado, una gran litigiosidad en Mendoza, ya que muchas veces fuimos, ( consecuencia de la propia estructura de pensamiento y parámetros adquiridos en la Universidad) incapaces de ver una vía alternativa de solución del conflicto que se encontrase al alcance de las partes sin resignar por ello derechos, generando una solución más rápida, más segura ( ya que se desprende de la discrecionalidad judicial, y también de las resultas de la producción de las pruebas).

Las generaciones posteriores, desde ya influida por una estructura diferente de pensamiento, influencias sociales, culturales e inclusive tecnológicas tienen una forma diferente de ver el problema, sin embargo, dicha postura muchas busca la solución del conflicto per sé, independientemente de su resultado, lo cual en algunos puntos prescindien de los derechos esenciales.-

En suma en ambas posturas unas por rígidas, otras por muy flexibles, si bien tienden a dar una solución jurídica a los conflictos, pecan o por exceso de rigor o por efecto del mismo.-

El sistema de conciliación obligatoria, se ha convertido en el equilibrio de ambas estructuras de pensamiento, y ambas necesidades del sistema, por un lado en solucionar los conflictos laborales protegiendo los derechos de las personas que trabajan, pero por otro lado, flexibilizando posturas de ambas partes, ya que el inicio de un reclamo judicial para todas las partes es un camino lento, costoso, y fundamentalmente inseguro en su resultado final, desde ya sin tener en cuenta las múltiples complicaciones de un país con una economía volátil e inestable que muchas veces provoca que el reclamo judicial reconocido en una sentencia se haya visto diluido con aplicación de tasas de interés, coeficientes inflacionarios, cuando no con imposibilidad de cobro.-

La oficina de conciliación laboral Obligatoria en Mendoza, se ha convertido convenientemente en una suerte de explicación anticipada de las resoluciones hipotéticas de los diferendos laborales que son de su competencia, generando desde ya que cada una de las partes intervenga en base no sólo en lo que la ley le reconoce a cada una de las partes ( para lo cual ambas cuentan con debido asesoramiento letrado), sino esencialmente en las expectativas que cada una de las partes tiene a futuro con dicho conflicto.-

La aceptación del sistema se ha debido en gran medida por la celeridad de la solución y la ecuanimidad del resultado pretendido por ambas partes, y aquí se encuentra el centro más sensible en la solución del conflicto que debe, con intervención del conciliador implicar un control exhaustivo de los límites de indisponibilidad del trabajador ( desde ya advirtiendo que dichos límites resultan fáciles de consensuar cuando la relación laboral se encuentra registrada, y cuando el conflicto tiene una única posibilidad de solución jurídica en el que la discrecionalidad del sentenciante tenga poca intervención;

sumado a ello la facilidad de acreditación de los extremos y sin lugar a dudas la efectivización en la práctica del derecho del trabajador que se encuentra en juego dentro del conflicto. Esto nos lleva necesariamente a puntualizar la seriedad de la participación de los profesionales de las partes ( en que deben ocupar un lugar de asesores de las partes, pero no ciegos de los derechos de la contraria, y la esencia del conciliador en que guíe a cada una de las partes en la asistencia de sus derechos y los riesgos de posturas extremas, a su vez, también en cuanto a una seria limitación de aquellos que pretenden efectuar un reconocimiento económico irrisorio a costa de la renuncia de los derechos del trabajador motivada por las urgencias económicas que lo acosan.-

Dentro de las audiencias privadas, se encuentra tal vez la clave de las limitaciones de las partes en cuanto a las posturas de solución y con ello el respeto de los derechos del otro, no sólo para el empleador que en base a su supremacía económica pretende solucionar el conflicto con sumas abiertamente bajas e injustificadas, sino también en base a pretensiones de parte de los denunciados, que de no ser solucionadas constituirían una aventura jurídica que en caso de prosperar sería calificada de hazaña, pero medida desde las chances de éxito podría ser excepcional.-

El sistema por su lado tiene el gran inconveniente de haberse instalado en forma prematura y precipitada, cometiendo con ello errores que requieren modificación ello para no erigirse un sistema que desde el análisis legal serían soluciones al estilo Copani ( lo atamos con alambre, lo atamos). Sin embargo dada la efectividad del mismo, se advierte que son circunstancias corregibles y superables, siendo el presente trabajo una tentativa de ello.-

Desde ya, el trabajo se encuentra marcando una senda nutrida por la necesidad de mayor estudio y de mayor profundidad en la capacitación de los conciliadores respecto no sólo de mayores y mejores medios de técnicas de conciliación, sino inclusive respecto de análisis psicológicos que las partes asumen frente a una determinada posición

que normalmente toman como ataques de la contraria, ello como forma de motivar la comprensión de las posturas de las partes y poder arribar a una mejor solución.-

Y desde ya, en la necesidad de contar dentro de la preparación de los futuros profesionales en las carreras de grado, en técnicas de solución de conflictos que llevarán a los mismos a advertir que la forma de cumplir los derechos muchas veces es más dúctil que los estrictos caminos que se han forjado en las decisiones judiciales que sirven de precedente.-

En esa misión estamos siendo el presente trabajo es el primer paso y seguramente no será el único.-

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 CANALE, Gerardo Darío” ( 2012) *Trabajo independiente, retribuciones y encuadre previsional*. Simposio Nacional de Profesores de práctica Profesional.-

2 FISHER Roger y URY William “ *Si, de acuerdo, como negociar sin ceder* “.-

3 VOSS, Cris “(2017) “*Rompe la barrera del No, 9 principios para negociar como si tu vida dependiera de eso*” Ed., Conecta.-

4 Carta Política de Colombia, 1991, art. 116.-

5 ILLERA SANTOS, María de Jesús ( 1991) “*Tesis doctoral La administración de justicia por particulares fundamentada en la Constitución Política de Colombia*” publicación internet  
[.https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/41/browse?type=author&value=Illera+Santos%2C+Mar%C3%ADa+de+Jes%C3%BAAs.-](https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/41/browse?type=author&value=Illera+Santos%2C+Mar%C3%ADa+de+Jes%C3%BAAs.-)

6 El Cronista Comercial “*indemnización por despido*” publicación internet Link.  
<https://www.cronista.com/fiscal/sanción-por-la-falta-pago-de-indemnizaciones-por-despido-20110627- htmlCopyright www.cronista.com.->

7 Ley 27.555 (2020) *Regulación del Teletrabajo en la República Argentina*.-

8 DNU 297/20, prórrogas dec.325/20; 325/20.-

9 LLAMBIAS Jorge Joaquín · *Tratado de derecho Civil Parte General* Tº: 1 Ed. Abeledo Perrot pág. 149.-

10 BORDA, Guillermo Antonio (1996); *Tratado de derecho Civil, parte general*, Tº 1 Ed. Abeledo- Perrot

11 FERNANDEZ MADRIDAD JUAN CARLOS (2.007) “*Tratado práctico de derecho del trabajo*” Ed. La Ley 3 Edición T I pág. 584.-

12 VAZQUEZ VIALARD Antonio y OJEDA Raúl Horacio (2.005) “*Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada* “ T I Ed. Rubinzal Culzoni Pág. 142.-

13 CNT Sala IV (1995) Sentencia Juárez Julio c/ Válvulas precisión de Argentina S.A. CNT sala 1995/06/26.-

14 CNT Sala X (1998) sentencia “Romero Alberto c/ Seefeld S.A. 1998/02/26.-

15 ETALA Carlos Alberto “*Algunas reflexiones sobre el orden publico laboral y la*

*posibilidad de modificar peyorativamente el contrato de trabajo”.-*

16 Corte Suprema Justicia Nación (1993) Sentencia “Cocchia, Jorge D C/ Estado Nacional 1993/12/02.-

17 CAPON FILAS Rodolfo “Derecho Laboral Tº I pág. 84.-

18 FERNANDEZ MADRID JUAN CARLOS (2007) Ob. Cit.- pág. 232.-

19 ACKERMAN Mario E. y TOSCA Diego M. (2005) “ *Tratado de derecho del trabajo* ” T I. Ed. Rubinzal- Culzoni 2005 pág. 353.-

20 CN Trabajo en Pleno ( 1970) “*Lafalse, Ángel c/ Casa Enrique Schuster S.A.* “29/09/70.-

21- FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos (2007) “*Tratado práctico del derecho del Trabajo T I*” Ed. Editorial LA LEY Tº I pág. 583.-

23 DNU 329/2020, prorrogado por DNU 487/2020 y 624/2020, constituyen la prohibición de despido, mientras que el DNU 34/19, genera la duplicación de las indemnizaciones en caso de despido injustificado, el que resulta prorrogado por dec. 528/2020.-

24 DOMINGUEZ, Roberto José, (2018) “ *La Conciliación Administrativa Laboral Obligatoria Prejudicial en la Provincia de Mendoza* ” pág. 6.-

25 Art 2 ley 8990, y art 1 ley 24.635.-

26 CIPOLLETTA Graciela Elena. “*La Problemática del art 248 LCT y la interpretación del derecho. Rev. Derecho del Trabajo . Año II N 7 Ed. Infojuspag 31, Id SAIJ DACF 140142.-*

27 BIDART CAMPOS, Germán, (1961) “*Derecho de amparo*, Ed. Ediar, Buenos Aires pág. 34.-

28 DNU 329/20 prorrogado por Dec. 487/20 Y 624/20.-

29 DOMINGUEZ Roberto José, Ob Cit. Pág. 46.-

30 Art 2 ley 8993.-

31 MANSILLA, Alberto, (2010) *comentario fallo Harasymon, Mauricio Alejandro c. Inc. S.A. y Otro, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI 2010-02-19, La ley 05/10/2010.-*

32 DOMINGUEZ Roberto José, Ob. Cit. (2018) pág. 15.-

33 PALACIO Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO Adolfo (1997) “*Código Procesal Civil y Comercial de La Nación* Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. T II Pág. 515.-

34 Art 20 de la ley 4976 de Mendoza.-

35 Art 26 dec. 2269/17 “Todo pago que deba realizarse en cumplimiento del acuerdo conciliatorio previsto en el Artículo 19 de la Ley N 8990 deberá ser percibido personalmente por el trabajador bajo pena de nulidad”.-

36 DOMINGUEZ, José Roberto 2018 (2018) Ob. Cit. pág. 33/34.-

37.- INFOBAE 01/04/2020.-

---

---