



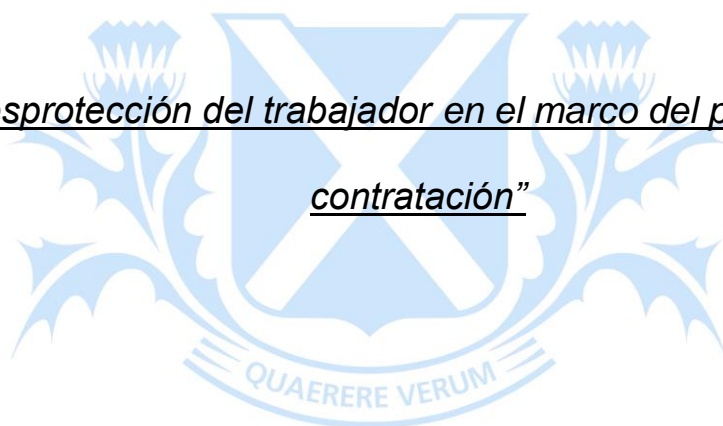
Universidad de
SanAndrés

Universidad De San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

*“La desprotección del trabajador en el marco del proceso de
contratación”*



Universidad de
SanAndrés

Autora: Sofia Franzetti

DNI: 41646843

Director de tesis: Mariano Candal

Lugar y Fecha: Buenos Aires, Argentina. 25/08/2023

Abstract:

El trabajo está dirigido a mostrar la enorme desprotección de los trabajadores en el marco de un proceso de contratación laboral. Es habitual que para conseguir un empleo, las personas deban someterse a entrevistas, interrogatorios y exámenes médicos preocupacionales en un contexto de necesidad y de absoluta desprotección.

No existe un marco normativo que canalice y modere los interrogatorios ni los estudios médicos a los que son sometidos los aspirantes a un empleo.

La discrecionalidad del empleador no cuenta con reglas limitativas.

Los empleadores no están obligados a exteriorizar las causas del rechazo del aspirante, lo que revela la ausencia de todo freno a los escenarios de discriminación

Ello muestra el desinterés del legislador por las contingencias y/o peripecias que aquejan a las personas que se encuentran en la búsqueda de un empleo que les permita su subsistencia.



QUAERERE VERUM

Universidad de
San Andrés

Índice:

1. Introducción
2. Responsabilidad pre-contractual en términos generales
 - a. Responsabilidad pre-contractual en nuestro ordenamiento jurídico.
 - b. Tratativas contractuales como origen de la responsabilidad contractual.
 - c. La importancia del principio de buena fe
 - d. Deberes de conducta durante las tratativas (fuentes de la responsabilidad pre contractual).
 - e. Daños y resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad pre contractual.
3. Responsabilidad pre-contractual en el ámbito laboral
 - a. Etapa pre-contractual en el ámbito laboral.
 - b. La entrevista laboral
 - c. Exámenes preocupacionales
 - d. Análisis artículo 24 LCT
4. Posibles soluciones a la necesidad de expandir la responsabilidad pre contractual en el ámbito laboral:
5. Jurisprudencia
 - a. Discriminación en el ámbito laboral por motivos de salud
 - b. Desprotección al trabajador por el artículo 24 LCT
6. Conclusiones

1. Introducción

De acuerdo con lo normado por el art. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo existe relación laboral cuando una persona realiza actos, ejecuta obras o presta servicios en favor de otra, bajo su dependencia mediante el pago de una remuneración.

En otras palabras, que la relación laboral implica una activa puesta a disposición activa de una persona en una empresa ajena y bajo las órdenes e instrucciones de titular de la explotación.

A su vez, el art. 21 de la LCT define al contrato de trabajo a obligación de “realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”.

Como puede advertirse, la relación de trabajo supone la existencia del contrato de trabajo. En la relación de trabajo existe un nexo factico.

En cambio, el contrato de trabajo implica un nexo jurídico del cual se desprenden deberes y obligaciones para ambas partes,

De ahí que pueda existir una relación de trabajo sin un contrato de trabajo, circunstancia que sucede cuando las partes celebran un acuerdo en virtud del cual se establecen obligaciones, pero se estipula que la efectiva prestación de tareas por parte del trabajador comenzará en una fecha futura. Es una situación en la cual se realiza un acuerdo para trabajar que aún no llega a ejecutarse.

El artículo 24 de la LCT diseña una suerte de responsabilidad contractual, ya que establece consecuencias jurídicas para el supuesto en el que, a pesar de lo acordado, la relación de trabajo no se inicie. El problema que considero que tiene la

norma es que no se extiende a demás situaciones, previas al contrato que constituyen actos ilícitos que merecerían un reproche específico del ordenamiento protectorio.

Es que, antes de la celebración del contrato de trabajo, se dan distintas situaciones que llamativamente la normativa laboral no contempla.

Previo a adentrarnos en el análisis de estas situaciones cabe preguntarse, ¿Quién no ha asistido a una entrevista laboral al menos una vez en su vida? Esta pregunta nos sirve para entender la dimensión y mensura de la implicancia que tiene en el mundo de trabajo una entrevista laboral y demás situaciones que suceden previo al comienzo del contrato de trabajado. Muchas personas transitan estas etapas en un marco de absoluta desprotección.

En el siguiente análisis, procederemos a analizar los distintos motivos por los cuales la responsabilidad pre contractual en el ámbito laboral debería ser extendida a momentos previos a la firma del contrato. Para ello, comenzaremos con una explicación de cómo opera la responsabilidad pre contractual en otros ámbitos,

2. Responsabilidad pre contractual en términos generales:

La responsabilidad precontractual es la que surge desde el momento mismo de las negociaciones preliminares y durante el *iter contractus* (proceso por el que transcurre un contrato), hasta el acuerdo o desacuerdo de las partes.

Debe enfatizarse que la responsabilidad pre contractual no se inicia con la emisión de la oferta. Ello implicaría desconocer tutela jurídica a una realidad comercial que consiste en una primera aproximación gradual y progresiva de los pre contratantes. Se desconocería una gran parte del proceso, en rigor, la más relevante, pues es la que permite la configuración del futuro contrato

Para que se configure la responsabilidad pre contractual es necesario que concurren los presupuestos de la responsabilidad en general

En primer lugar, debe existir la característica de la antijuricidad, es decir, se debe presentar la existencia de un hecho que sea contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, debe existir un daño, una de las partes debe haber ocasionado un perjuicio la otra parte.

En tercer lugar, debe existir el factor de atribución. El daño debe vincularse a la conducta del responsable. Esto es,, debe existir una relación de causalidad siendo este el vínculo existente entre una acción y el resultado derivado de ella, en este caso sería poder atribuir el perjuicio ocasionado a una de las partes a una acción u omisión de la otra parte¹.

2. A) Responsabilidad pre contractual en nuestro ordenamiento jurídico.

El concepto descrito se encuentra reconocido en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC). El capítulo 2, sección 3 de CCyC establece las características que deben existir en las tratativas contractuales. Como dijimos anteriormente, es dentro de estas tratativas donde se origina la responsabilidad pre contractual ya que es la situación previa a la configuración del contrato.

En dicha sección se establecen dos deberes fundamentales de la etapa pre contractual, el deber de buena fe y el deber de confidencialidad.

El artículo 991 CCyC dispone que durante el proceso de tratativas y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrar la negociación injustificadamente. El mismo artículo establece que, frente al incumplimiento de esto se generara la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa en la celebración del contrato.

¹ Cuñas Rodríguez, Manuel – Responsabilidad pre contractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyecto de reforma, 30.05.1995, Revista La Ley Nro. 103, pagina2. La Ley S.A.E.

Por otro lado, el artículo 992 describe el deber de confidencialidad que deben tener las partes durante las tratativas contractuales. Se establece que si durante las negociaciones una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple quedara obligada a reparar el daño sufrido por la otra y si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento².

2. B) Tratativas contractuales como origen de la responsabilidad pre contractual:

Como dijimos previamente, la responsabilidad pre contractual es aquella que se origina por la comisión de un acto ilícito durante las tratativas previas a un contrato, que deriva en un daño y el consiguiente deber de repararlo. El fundamento de esta responsabilidad se centra en una acción y/o omisión durante las tratativas, siempre que exista relación de causalidad adecuada entre la conducta y el daño. Nuestra doctrina tradicional entiende que la responsabilidad pre contractual se inicia desde el momento en que los sujetos inician las tratativas del negocio hasta su perfeccionamiento o bien hasta la ruptura definitiva de las negociaciones.

Durante el periodo pre-contractual el consentimiento se encuentra en formación; aún no implica una decisión eficaz.

Cuando el consentimiento se patentiza en un contrato, se genera una responsabilidad contractual en la que el régimen de atribución es distinto del generado en la etapa anterior a la celebración del negocio.

Dentro de las tratativas negócias surge una figura que configura, principalmente, la responsabilidad pre contractual y la necesidad de resarcir daños.

² Código Civil y comercial de la Nación Argentina, Capítulo 2, Sección 3.

La ruptura de las tratativas no implica per se un hecho ilícito, sino que es una manifestación de la voluntad.

Para ello, se requiere que el retiro de las negociaciones haya violentado el principio de buena fe en un marco de confianza sin culpa del perjudicado en la celebración del contrato y que, además, el abandono de la negociación carezca de una fundamentación objetiva.

2. C) La importancia del principio de buena fe:

El principio de buena fe es de los conceptos más relevantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico y dentro de la responsabilidad pre contractual. Dicho principio se lo puede clasificar según dos tipos, 1) buena fe – lealtad y u objetiva y 2) buena fe – creencia o subjetiva. El primer tipo hace referencia a la buena fe debida entre personas relacionadas jurídicamente en especial en lo contractual. El segundo se refiere a la misma creencia del sujeto de poseer legítimamente un derecho.

La buena fe objetiva aparece en distintos ámbitos: 1) en la celebración del contrato obliga a las partes a expresar sus ideas con claridad; 2) en la interpretación del acto que implica la confianza ante una declaración de voluntad de que sus efectos serán los previsibles, por normales, en un caso dado; 3) en la ejecución del acto que obliga al cumplimiento de las obligaciones de la forma que, en cada caso, es dable esperar entre personas de conducta recta.

El abuso del derecho se considera ser un principal disruptor del principio de buena fe. Es sabido que está prohibido por la ley el ejercicio abusivo de los derechos, pues es contrario a la buena fe con la que se debe actuar en la vida social.

A partir de las características vistas del principio de buena fe podemos sostener que la consecuencia directa de obrar con buena fe es la exigencia de un comportamiento coherente. Esta característica de conducta significa que cuando una persona dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra, una confianza fundada que permita anticipar

su actuación futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza despertada. Resulta así inadmisibles todo comportamiento incompatible con ella (siendo inadmisibles la corrupción al principio de buena fe)³.

Frente a una situación de responsabilidad pre contractual los conceptos de buena fe y abuso del derecho son sumamente importantes ya que son vitales para interpretar el artículo 990 CCyC que expresa la libre negociación de los contratantes dentro del ámbito de las tratativas. Si se abusó del derecho y se produce un daño, aparece la obligación de reparar, ya que se irrumpe el principio de buena fe.

La culpa precontractual, aparece cuando, estando avanzada la negociación, una parte se retira habiendo la otra erogado gastos confianza en la buena fe de aquella. Frente a esta situación se deben indemnizar estos perjuicios⁴.

2. D) Deberes de conducta durante las tratativas (fuentes de la responsabilidad pre contractual)⁵:

Durante de la etapa pre contractual se espera que las partes cumplan con determinados deberes que surgen del principio de buena fe. Son estos deberes puntuales la fuente de la responsabilidad pre contractual ya que al accionar contra estos y dañar a la otra parte se genera la responsabilidad de resarcimiento. Los deberes enlistados a continuación no son reconocidos en forma explícita en las normas del CCyC

³ El principio de la buena fe, Diciembre de 1991, REVISTA SIGNOS UNIVERSITARIOS - MISCELANIA II - Nro. 20, pago. 41, EDICIONES UNIVERSIDAD DEL SALVADOR - Id SAIJ: DACA930347

⁴ El principio de la buena fe, Diciembre de 1991, REVISTA SIGNOS UNIVERSITARIOS - MISCELANIA II - Nro. 20, pág. 41, EDICIONES UNIVERSIDAD DEL SALVADOR - Id SAIJ: DACA930347

⁵ Rovira_Tratativas_preliminares_alcontrato_y_ruptura_en_el_nueco_Codigo.pdf

sobre tratativas contractuales ya que nacen del deber de buena fe previamente descrito.

En primer lugar, surge el deber de cooperación. Consiste en colaborar con la otra parte en la celebración del contrato asumiendo conductas activas enderezadas a llegar a la formación del acuerdo. De este primer deber surge también el deber de información, que significa cumplir con la entrega de la información que las partes se deben. Estas deben informar sobre las aptitudes negócias, la experiencia, las obras realizadas, la prestación del mercado etc. Cualquier tipo de información que sea relevante a la negociación debe ser informada por las partes.

En segundo lugar, existe el deber de protección o custodia. Este hace referencia a la posibilidad de que una de las partes envíe a la otra alguna cosa a fin de que la examine o pruebe. A partir del momento que el receptor recibe las cosas para su examen, surge el deber de custodia.

Por último, aparece el deber de confidencialidad dirigido a conservar el secreto de la información que se proporcionen recíprocamente las partes.

2. E) Daños y resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad pre contractual:

Lo primero que debemos aclarar en esta sección es considerado ilícito abandonar las tratativas o no, determinar si se puede entrar y salir en forma libre de las tratativas enderezadas a contratar. Con respecto a este primer punto, nuestro ordenamiento jurídico requiere justificar el apartamiento de las negociaciones conforme los dictados de la buena fe y lealtad de trato. Si bien en el artículo 990 CCyC se consagra el derecho a retirarse en “cualquier momento” de las tratativas negócias este artículo es seguido por aquel que establece el deber de la de buena fe (descrito en la sección 1 a). Para que no suceda una situación en la cual se abuse del derecho de la libertad negocial y una de las partes se retire intempestivamente de las negociaciones ocasionándole un daño a la otra se solicita que ambas partes actúen de buena fe y al

retirarse de una negociación lo hagan con una justificación. Cabe resaltar que, desde ya, iniciar tratativas a sabiendas que no terminaran en la configuración de un contrato es una típica conducta contraria a la buena fe y la lealtad que se requieren en las negociaciones pre contractuales. Resulta importante remarcar entonces que el fundamento de la responsabilidad en el periodo de las tratativas radica en un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar⁶.

Con respecto a la extensión del resarcimiento, dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. Sin embargo, el principio rector en el tema y que encuentra apoyo en nuestro ordenamiento jurídico es la reparación integral que abracaría el daño patrimonial, que comprende no solo el perjuicio sufrido (daño emergente) sino también la ganancia de que fuera privado el contratante damnificado (lucro cesante) y el daño extra patrimonial o sea la reparación del agravio moral

Sumado al párrafo anterior, el retiro intempestivo de las tratativas, que como dijimos previamente configuraría un abuso de derecho y como acto ilícito generaría el deber de resarcir el perjuicio que, por el resultare a otra persona, además el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del mismo.

3. Responsabilidad pre contractual en el ámbito laboral:

Los principios de lealtad y buena fe son fundamentales con mayor fuerza en el ámbito del contrato de trabajo por el nivel de colaboración que existe entre sus contratantes.

Las tratativas pre contractuales son breves, pero originan gastos y perjuicios, en especial, en situaciones en las cuales se somete a los distintos candidatos a diversas

⁶ Rovira_Tratativas_preliminares_alcontrato_y_ruptura_en_el_nueco_Codigo.pdf

pruebas, físicas o mentales, antes de acceder a un empleo⁷. Durante el tiempo en el cual las tratativas pre contractuales suceden, el trabajador cuenta con una gran expectativa y esperanza frente al trabajo al cual se encuentra postulado. Si a lo largo del tiempo al candidato se le exigen diversas pruebas y se le realizan más y más entrevistas, esta esperanza va creciendo aún más.

Toda la ilusión del trabajador se desvanece al recibir el rechazo por parte del empleador.

Cuando una empresa da por concluidas las tratativas sin explicitar la causa origina una conducta anti funcional, incurriendo en un incumplimiento pre contractual del cual es responsable. Es por esto mismo que el trabajador tiene derecho a que se le repare el daño patrimonial y moral que le fue ocasionado al quebrantarse una expectativa seria de trabajo sin culpa de su parte.

Cabe resaltar que la responsabilidad pre contractual a la que hacemos mención en este capítulo, no es reconocida en el ámbito a laboral.

Esto es justamente lo que buscaremos en el desarrollo de este trabajo, explicar los motivos por los cuales la responsabilidad no debería limitarse a la situación estipulada en el artículo 24 de la LCT, sino a todo el proceso de contratación de un empleado, desde la primera entrevista laboral hasta el rechazo o no, por parte de la compañía.

El principal pilar de nuestro objetivo se encuentra estipulado en nuestra constitución nacional.

Para entender porque, debemos adentrarnos en la faz anímica de toda entrevista de trabajo, resaltando que por ella transcurren un sinfín de motivos y sensaciones por parte de la persona que se presenta a la búsqueda de un puesto de trabajo: esperanza,

⁷ Zuretti Mario Ernesto. La responsabilidad precontractual. Su aplicación en el ámbito laboral, 1988, TOMO DERECHO DEL TRABAJO Nro. 1988, pág. 367, LA LEY S.A.E. e I. - Id SAIJ: DACA880160

realización, ansiedad, nerviosismo, desesperación, alegrías y tristezas. Estos sentimientos son generados por lo que importa el trabajo en la condición espiritual del ser: construye la dignidad del sujeto, lo realiza y lo completa.

Nuestra constitución nacional emplea el adjetivo “digno” en tres oportunidades. Primero, en el artículo 14 bis a establecer la necesidad de “condiciones dignas y equitativas de labor al trabajador”, en el mismo artículo en su parte final disponiendo el derecho a una vivienda digna y en artículo 42 estipulado que los consumidores y usuarios tienen derecho a “condiciones de trato digno e equitativo”. Sumado a esto, se trata de una expresión reiteradamente utilizada en los tratados internacionales de derechos humanos, a modo de ejemplo en: declaración universal de derechos humanos, convención americana de derechos humanos, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, pacto internacional de derechos civiles y políticos, convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención sobre los derechos del niño⁸. Teniendo en cuenta esto podemos deducir que lo digno implica un estadio superior del ser humano, por eso mismo es que el ser humano debe tener un trato digno en toda la etapa de un contrato laboral, incluyendo las acciones consideradas meramente preparativas a este.

3. A) La entrevista laboral

La entrevista laboral puede traducirse como una instancia de conocimiento entre el empleador y el trabajador.

En esta instancia se produce el primer acercamiento entre las partes. Es el momento en el que el futuro empleador y el futuro trabajador se encuentran con el

⁸ Lanzavechia Gabriel E. La entrevista laboral, la precontractualidad y la salvaguarda de la dignidad humana del trabajador, 15-09-2022, Microjuris, Colección: Doctrina, Cita: MJ-DOC-16787-AR | MJ16787

objetivo de decidir si las aptitudes del candidato se ajustan a las necesidades del puesto que se va a cubrir.

Las partes involucradas en esta etapa están definidas en los artículos 5 y 26 de la ley de contrato de trabajo. El primer artículo regula la figura de la empresa, la cual es definida como “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos beneficios”. A su vez, el artículo define también la figura del empresario como quien “dirige la empresa por sí o por medio de otras personas y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a estos en la gestión o dirección de la empresa”. La normativa continúa describiendo las partes de una entrevista laboral en su artículo 26. Este establece que a la figura del empleador como “la persona física o conjunto de ellas o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador” y será trabajador “la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de la dicha ley (ley contrato de trabajo) cualquiera sean las modalidades de la prestación”⁹.

La entrevista de trabajo opera como una etapa previa al contrato por lo que, atendiendo a ello, transitamos una etapa de precontractualidad que irroga las consecuencias lesivas derivadas de la misma.

Como vimos en el capítulo primero, frente a una negociación las tratativas precontractuales es la etapa en la cual las partes negocian previo a consensuar ciertas condiciones que luego permitirán la firma del contrato. En el ámbito laboral la etapa de la entrevista laboral se puede definir de la misma manera. Las partes se encuentran a definir si ambas quieren a futuro firmar un contrato de trabajo. Resulta sumamente

⁹ LANZAVECHIA, Gabriel E. (*)La entrevista laboral, la precontractualidad y la salvaguarda de la dignidad humana del trabajador, 15-09-2022, Microjuris, Colección: Doctrina, Cita: MJ-DOC-16787-AR | MJ16787

importante que la comparación hecha quede clara ya que generalmente desde la mirada empresarial, académica o de la administración del recurso humano, se identifica la entrevista de trabajo como una fase o etapa del proceso de selección de un trabajador, por el cual se determina su idoneidad para la realización del empleo el cual se quiere cubrir con fuerza laboral y no como una etapa de tratativas contractuales o de negociaciones previas al contrato. Justamente es esta postura la que apuntamos a derrumbar en este trabajo¹⁰.

Sumado a lo dicho anteriormente y en relación a lo previo visto sobre el principio de buena fe, en la mayoría de las entrevistas laborales se advierten prácticas que atentan contra la dignidad de las personas como ser: no informar en debida forma las tareas a efectuar, categoría de trabajo que ha de asignarse, convenios aplicables, salario que ha de abonarse para el puesto que se convoca, extensión de la jornada de trabajo etc.

Estas se suman a situaciones previas a la entrevista, en las que no adentraremos en este trabajo pero no está de más mencionarlas para entender cómo funciona el sistema de contratación, como descarte de currículos en base a razones de presentación, estética, fotografía e imagen del postulante, falta de elementos de contactos y demás motivos que no tienen relación con las aptitudes del candidato o, con su capacidad de ejercer el trabajo y por esto mismo no son razones válidas para descartar el perfil de una persona en una postulación laboral¹¹.

Es por lo explicado previamente que, a fin de evitar prácticas abusivas centradas en el aprovechamiento de la necesidad de trabajo que subyace hoy en día en nuestro país y sofocan la dignidad del sujeto (trabajador o futuro trabajador) urge la necesidad de creación de cuerpos normativos que regulen específicamente esta situación. Estos cuerpos normativos no necesariamente tienen que ser legislación nueva, sino que

¹⁰ LANZAVECHIA, Gabriel E. (*)La entrevista laboral, la precontractualidad y la salvaguarda de la dignidad humana del trabajador, 15-09-2022, Microjuris, Colección: Doctrina, Cita: MJ-DOC-16787-AR | MJ16787

¹¹ LANZAVECHIA, Gabriel E. (*)La entrevista laboral, la precontractualidad y la salvaguarda de la dignidad humana del trabajador, 15-09-2022, Microjuris, Colección: Doctrina, Cita: MJ-DOC-16787-AR | MJ16787

bastaría con extender la responsabilidad pre contractual a esta etapa tratativa en el ámbito laboral incluyendo las obligaciones de reparación de daño y resarcimiento previamente vistas.

3. B) Exámenes preocupacionales

Antes y durante el inicio de la relación laboral todo empleador realiza exámenes médicos de control con el objetivo de determinar las condiciones psicofísicas de sus trabajadores. Para ello existen diversos tipos de estudios que están regulados por la Resolución SRT N 37/10¹².

Los exámenes preocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar si el postulante es apto, según sus condiciones psicofísicas, para las actividades que se le requerirán en el trabajo.

En ningún caso pueden ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo. A su vez, esos exámenes sirven también para detectar las patologías preexistentes y evaluar, en función de ellas, la ubicación del postulante en puestos de trabajo, teniendo en cuenta los agentes de riesgo presentes¹³.

Cabe resaltar que dichos exámenes son optativos para el empleador, pero obligatorios para el postulante si pretende ingresar al puesto deseado en la empresa que lo empleara. Si bien la obligación de cumplir con la realización de este es del postulante, la responsabilidad es del empleador, pero puede convenir con su ART la realización del mismo¹⁴.

¹² <https://www.argentina.gob.ar/noticias/informate-cuales-son-y-para-que-sirven-los-examenes-medicos#:~:text=Los%20exámenes%20preocupacionales%20o%20de,elemento%20discriminatorio%20para%20el%20empleo.>

¹³ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/informate-cuales-son-y-para-que-sirven-los-examenes-medicos#:~:text=Los%20exámenes%20preocupacionales%20o%20de,elemento%20discriminatorio%20para%20el%20empleo.>

¹⁴ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/informate-cuales-son-y-para-que-sirven-los-examenes-medicos#:~:text=Los%20exámenes%20preocupacionales%20o%20de,elemento%20discriminatorio%20para%20el%20empleo.>

Como podemos ver, en la etapa que nosotros hemos denominado como tratativas contractuales en el ámbito laboral sin mediar contrato de trabajo el postulante ya debe cumplir obligaciones que consumen su tiempo personal por lo que esta etapa requiere que el orden jurídico le brinde más importancia.

Sumado a lo dicho anteriormente, otra crítica muy grande apunta a que los exámenes pre ocupacionales permiten seleccionar solamente a aquellos aspirantes que tienen un nivel de aptitud que es adecuado a la tarea requerida. No hay posibilidad que las aptitudes adecuadas para un puesto se midan con exámenes físicos o médicos que no hacen más que intentar detectar enfermedades en los postulantes.

Cabe resaltar que el fin de esta sección no es eliminar la realización de exámenes médicos en trabajadores o futuros trabajadores, pero si re orientar el uso de los resultados de este.

La importancia de dicho control radica en el cuidado que se deberá, o no, tener frente a la salud del trabajador o futuro trabajador en el ámbito laboral, pero no en la selección de los postulantes. De esta forma, el examen debería realizar una vez que el trabajador ya comenzó a trabajar en la empresa que decide evaluarlo para poder determinar con precisión su estado de salud y de esta forma orientar a la empresa sobre que tareas no le sean perjudiciales para su bien estar. Considero que, con esta finalidad, el examen preocupacional si debería ser obligatorio para el empleador porque permite evitar cualquier tipo de incidente físico.

Hoy en día, los exámenes preocupacionales se realizan previo al ingreso, (y muchas veces previo a la oferta de trabajo), del trabajador a la empresa por la cual se encuentra siendo evaluado.

De esta forma, los resultados se usan a modo de filtro y no como un simple informe médico sobre el trabajador para poder cuidar su salud en el ámbito laboral en caso de que sea necesario.

Esto infringe el deber de buena fe y afecta la dignidad del trabajador. Se le imponen obligaciones al exigirle tareas obligatorias a realizar que no cumplen el propósito

correcto y luego se lo desplaza sin explicación alguna o sin posibilidad de demostrar sus aptitudes profesionales. Justamente es por este motivo que esta etapa previa a la firma del contrato debe estar alcanzada por la responsabilidad pre contractual y debe exigir compensación no solo por infringir el principio de buena fe sino también por irrumpir con la dignidad del trabajador¹⁵.

Es habitual que los exámenes preocupacionales afecten la dignidad del trabajador y el principio de buena fe, además de violentar su derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad se relaciona con aquellos aspectos de la vida del individuo, de sus asuntos, negocios y afecciones personales o de su familia, por lo común reservados porque integran su ámbito personalísimo. Estos aspectos se identifican con el derecho a la vida privada y es decisión del individuo compartirla o no.

La irrupción de la informática obligó a la sociedad a replantearse el derecho a la intimidad y a reestructurar los conceptos que versaban sobre dicho derecho.

Los exámenes preocupacionales suelen requerir datos que avasallan el derecho a la intimidad. Es habitual que el trabajador no sea informado acerca de qué datos se le requieren.

El resultado de los exámenes médico no se le notifican al trabajador, pues son entregados directamente a la empresa emperadora y en caso de querer ver los resultados el trabajador se los debe solicitar a ellos.

En reiterados casos, y como presentaremos en el capítulo de jurisprudencia, se ha dejado de contactar al trabajador una vez que el resultado del examen informó que era portador de HIV positivo. Sin ningún tipo de explicación, el trabajador esperaba una respuesta que finalmente nunca llegaba ya que esta debería decir que estaba siendo discriminado y no contratado por padecer dicha enfermedad¹⁶.

¹⁵ Liliana Noemi Gonzalez, Laura Etel pato, El ámbito de intimidad del trabajador y la discriminación por razones de salud, Enero 2008, Revista derecho del trabajo, La Ley S.A.E.

¹⁶ Liliana Noemi González, Laura Etel pato, El ámbito de intimidad del trabajador y la discriminación por razones de salud, Enero 2008, Revista derecho del trabajo, La Ley S.A.E.

En este marco, el examen preocupacional no funciona más que como una herramienta de posible discriminación del empleador al trabajador. Existe consenso en que “la enfermedad” no puede ser motivo exclusión laboral, sea en el estadio anterior a la celebración del contrato como en su ejecución.

La inclusión de la igualdad en el acceso al trabajo debe ser adoptada como objetivo principal del legislador y la sociedad debe comprometerse a diseñar políticas y normativas para combatir la discriminación. De ese modo, se logrará cimentar relaciones laborales basadas en los principios de justicia y solidaridad.

La extensión de la responsabilidad a momentos previos a la contratación sería un gran aporte para lograr dicho objetivo¹⁷.

3 C) Análisis artículo 22 Ley de contrato de trabajo (en adelante LCT):

Como dijimos previamente la relación laboral es el vínculo factico entre el empleador y el dependiente y se diferencia del contrato trabajo ya que en el contrato existe un nexo jurídico y en la relación de trabajo solo hay una situación de hecho, Si bien ambos conceptos resultan similares e imprescindibles, el artículo 22 de la Ley de contrato de trabajo avala la situación en la cual uno existía sin el otro. A continuación, procederemos a analizar lo expresado en dicho artículo.

Los efectos del contrato sin relación de trabajo se encuentran regulados en el artículo 22 LCT. La norma dispone lo siguiente:

“Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley. Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un mes de la

¹⁷ Liliana Noemi González, Laura Etel pato, El ámbito de intimidad del trabajador y la discriminación por razones de salud, Enero 2008, Revista derecho del trabajo, La Ley S.A.E.

remuneración que se hubiese convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente”.

Puede existir un contrato de trabajo sin relación de trabajo. Esto sucede cuando las partes celebran un acuerdo en virtud del cual se establecen obligaciones, pero se estipula que la efectiva prestación de tareas de parte del trabajador comenzará en fecha futura. Se trata de un acuerdo para trabajar que aún no llega a ejecutarse. Un ejemplo para comprender mejor esta circunstancia es cuando la contratación implica el traslado a otra ciudad, con la necesidad para el trabajador contratado de alquilar vivienda, cambiar de colegio a sus hijos y realizar la mudanza. En este caso se firmará un contrato de trabajo pero la relación de trabajo comenzará más adelante por lo que tendríamos el contrato pero no la relación¹⁸.

En cuanto a los efectos del incumplimiento del contrato, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, el artículo 22 LCT remite a la acción de daños y perjuicios del derecho civil ya que establece que como mínimo, se debe pagar al trabajador una indemnización que no puede ser menor a un mes de la remuneración convenida, y si no hubo un sueldo convenido, el sueldo que rige a esa categoría conforme al convenio colectivo de trabajo o bien conforme a las escalas legales.

Como podemos ver, frente a un incumplimiento de un contrato de trabajo sin relación laboral, la ley de contrato de trabajo prevé la posibilidad de que el afectado recurra al código Civil para justificar daños mayores a los presumidos por la ley.

Esto, en razón de que existe una responsabilidad ante la frustración del contrato y de que una parte que perjudica a la otra debe reparar los daños ocasionados. Cabe aclarar que, será el trabajador quien, de conformidad a las reglas de las cargas probatorias de los procesos legales, deberá demostrar ese mayor daño sufrido¹⁹.

A su vez, es relevante resaltar que, el empleador tiene el mismo derecho a un resarcimiento cuando, por ejemplo, el trabajador había convenido comenzar a trabajar

¹⁸ Toselli Carlos (y otros), Manual de derecho laboral y de la seguridad social. Editorial Económicas.

¹⁹ Toselli Carlos (y otros), Manual de derecho laboral y de la seguridad social. Editorial Económicas.

en determinada fecha, y le comunica al empleador que ha decidido no comenzar la relación laboral²⁰.

Si bien este concepto parece cumplir de cierto modo con la necesidad de la responsabilidad explícita que se propugna en este trabajo, no lo hace en lo más mínimo. La responsabilidad prevista por el art. 22 de la LCT sólo es eficaz frente a la situación en la cual se ha firmado un contrato, pero no se han iniciado las actividades laborales que este estipula. La responsabilidad “estipulada en el artículo en cuestión no abarca la situación en la cual el trabajador haya realizado extensas entrevistas laborales, exámenes preocupacionales o un curso previo a la firma del contrato,

. Debería existir en la regulación un sistema de responsabilidad que abarque todas estas situaciones que existen previo a la firma de un contrato,

4. Posibles soluciones a la necesidad de expandir la responsabilidad pre contractual en el ámbito laboral:

Como vimos en los capítulos anteriores hay diversos motivos por los cuales la responsabilidad pre contractual en el ámbito laboral debe expandirse a las instancias previas a la contratación como son, por ejemplo, la entrevista laboral, el examen preocupacional o instancias donde las entrevistas se realizan reiteradas veces generando falsas expectativas en el empleador.

La razón principal a tener en cuenta son los principios que este procedimiento involucra, como lo son el deber de lealtad y buena fe. Como dijimos previamente ambos principios, si bien participan de todos los negocios jurídicos, cobran mayor importancia en el ámbito laboral por el nivel de participación que involucra de ambas partes, tanto del trabajador como del empleador.

²⁰ Roa Luis, el contrato de trabajo, publicado en la página de la facultad de ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires.

A su vez, las instancias previas a la contratación por parte del empleador originan gastos que trascienden el aspecto económico; se compromete tiempos y esfuerzos que deberían ser contemplados en el proceso.

La asistencia a reiteradas y extensivas entrevistas laborales, exámenes preocupacionales y exámenes de conocimiento esta inversión debe ser contemplada, cuando al trabajador se lo descarta, sin motivo brindarle un motivo valedero.

En caso contrario, el aspirante, queda totalmente desprotegido ya que no hay apoyo legal al que pueda recurrir.

Para cubrir esta desprotección, proponemos que la responsabilidad pre contractual se extienda en el ámbito laboral siguiendo las siguientes opciones.

En primer lugar, consideramos que La ley de contrato de trabajo debería incorporar una norma en la cual se regule con exactitud y precisión el proceso de contratación, desde el primer contacto entre el empleador y el futuro, o no, trabajador.

Dicha norma debería contener un numero de entrevistas fijas que el empleador debe seguir, especificando el objetivo específico de cada entrevista, el tiempo durante el cual estas entrevistas se deben realizar, es decir, la diferencia temporal máxima y mínima que debe existir entre cada entrevista y las personas de la organización que deberían llevar a cabo las distintas entrevistas. De esta manera ambas partes estarían al tanto del proceso, sin generar falsas expectativas en el trabajador ya que este estaría informado de que el proceso de entrevistas sería previsible y, en su caso, no generaría falsas exceptivas al aspirante.

Sumado a lo anterior, si el empleador opta por tomar un examen al aspirante, la norma debería precisar la metodología, lugar y modo de calificación. En base a este examen se medirá la capacidad de los diferentes postulantes para cumplir, o no, con las expectativas y requisitos del puesto.

Con estas reglas, se eliminará lograrán reducir los escenario de discriminación como motivo de la no contratación ya que todos los postulantes recibirán una devolución de su examen y conocerán los motivos por los cuales avanzaron o no en el proceso.

Cabe aclarar la importancia de que este examen que realmente mide las capacidades del trabajador, sea previo al examen preocupacional que nada tiene que ver las capacidades del trabajador de cumplir con las expectativas del puesto.

Respecto del examen preocupacional, la norma debería regular que este se realice una vez que el trabajador se encuentre contratado, con un periodo máximo, decidió por la organización, desde que el trabajador comience sus actividades laborales.

Es sumamente importante que este examen sea realizado en esta instancia para que no exista la posibilidad a discriminar a un trabajador por condiciones físicas que no se relacionan con el desarrollo del trabajador dentro de la organización. El fin de dicho examen sería simplemente que la organización cuente con la información necesaria para cuidar cualquier situación de salud que tenga el empleado y deba ser atendida, pero no debería tener otro objetivo.

Retomando el proceso que debería establecer la norma, una vez rendido el examen teórico que medirá las capacidades el trabajador para cumplir con los requisitos del puesto, se procederá a la contratación haciendo una evaluación de las tres primeras entrevistas, de la experiencia y trayectoria que presente el trabajador en su currículum vitae y en los resultados de este último examen.

De esta forma, la contratación del trabajador estará basada al cien por ciento en la trayectoria, las herramientas, logros y capacidades de la persona y no en otro motivo que se pueda considerar inválido. A su vez, al contener un proceso fijo en la norma el trabajador podrá conocer todas las instancias obligatorias del proceso y esto evitará arbitrariedades...

En todas estas instancias impuestas por la norma se debe expandir también la responsabilidad pre contractual ya que si el empleador infringe alguno de los pasos del proceso impuestos por la norma deberá recompensar al postulante por irrumpir con el principio de buena fe.

Siguiendo un procedimiento impuesto por una norma se reduciría la posibilidad de infringir el deber de buena, ya que el empleador se vería obligado a cumplir con los pasos impuestos por la norma.

Nuestra propuesta se encuentra dirigida a exhortar a los legisladores a regular el proceso de contratación dentro del ámbito laboral, haciéndolo previsible para todos los intervinientes y reduciendo al máximo la comisión de arbitrariedad y conductas discriminatorias.

5. Conclusiones:

Consideró que a lo largo del presente trabajo he podido exponer de forma exitosa diversos motivos por los cuales nuestra legislación laboral se encuentra en falta con el trabajador frente a un proceso de contratación. Como vimos en secciones anteriores, dentro de dicho proceso varios derechos del trabajador se encuentran totalmente vulnerados, siendo estos el derecho a la intimidad, a la vida privada, derecho al manejo de su información personal, y el respeto a su dignidad.

No siendo suficiente la cantidad de derechos y principios vulnerados en el proceso, también vimos como el empleador se encuentra en una posición abusiva del derecho al contar con un proceso libre de contratación que no se encuentra regulado bajo ninguna norma dentro de nuestra legislación.

En relación al párrafo anterior, también vimos como la consecuencia del que proceso de contratación no se encuentre regulado en nuestro sistema jurídico, se presta a inmensos casos de no contratación por motivos de salud que no deberían ni existir ya que el trabajador no solo debe soportar ser discriminado por su enfermedad, sino que también debe someterse a un proceso judicial para que este sea considerado. Estas circunstancias serian totalmente

evitables si nuestro sistema jurídico regulara el proceso de contratación y estableciera pautas que evitarían dichas situaciones.

Como punto más importante a considerar, y para concluir mi trabajo, considero que logre exponer de forma satisfactoria como la falta de normativa regulando la contratación del trabajador irrumpe con el principio de buena fe que atraviesa todo nuestro sistema judicial ya que el trabajador se encuentra constantemente en una posición de inferioridad, sin un trato digno, con falta de información constante sobre el proceso, con exigencias por parte del empleador que no contienen más que consecuencias negativas para el trabajador en caso de no cumplirlas pero nada de responsabilidad para el empleador por exigir las.

Es por todos estos motivos que considero que es con urgencia que los legisladores de nuestro sistema jurídico regulen de manera clara y precisa un sistema en el cual la responsabilidad pre contractual se extienda a momentos previos a la contratación, con una norma que determine todos los pasos del proceso y establezca consecuencias para cuando los derechos del trabajador, su dignidad o el principio de buena fe se encuentren corrompidos por el empleador.

6. Conclusión final:

Luego de lo analizado en el presente trabajo, considero que queda más que claro la necesidad por la cual la ley de contrato de trabajo Argentina debe establecer en su normativa un detallado proceso de contratación y expandir la responsabilidad pre contractual a instancias previas a la contratación del empleado/postulante. De esta forma; Se sumaría al sistema transparencia y estándares claros y uniformes dentro de la industria; Mayor protección al postulante, estableciendo reglas claras sobre entrevistas, pruebas de habilidades y otros aspectos del proceso de selecciones que lograrían evitar

prácticas injustas y discriminatorias y; Se reducirían las malas prácticas, reduciendo el riesgo de abusos por parte de los empleadores y asegurando que todas las partes involucradas sean tratadas de manera justa.

Se debe crear una normativa que encuentre el equilibrio adecuado entre una regulación detallada y flexible que sea justa y clara para ambas partes y no reine la falta de información o posiciones de desprotección en los postulantes. Es importante considerar las necesidades laborales de las partes involucradas y del mercado laboral argentino hoy en día.

Las leyes laborales deben ser lo suficientemente sólidas como para proteger a los trabajadores y asegurar relaciones laborales justas para el empleador también. La única manera de conseguir este punto de equilibrio es que todos los procesos que involucran una relación laboral sean detallados y explicados con claridad en la ley del contrato de trabajo, específicamente el proceso de contratación que, en mi opinión personal, da inicio a la relación laboral y hoy no cuenta con ningún tipo de regulación o responsabilidad.



Universidad de
San Andrés



Universidad de
San Andrés