

## SITUACION JURIDICA DE LOS CUIDADORES PARTICULARES DE ENFERMOS Y ANCIANOS

La autora trata un tema discutido en jurisprudencia y doctrina como el relativo a la existencia de contrato de trabajo en los casos de cuidadores de enfermos y ancianos en el ámbito doméstico.

### I - EL TEMA

Un fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo ("Mastrotéfano de González c/ Roemmers de Mocerrea y otros s/despido") replantea el tema de la situación jurídica de los cuidadores, en domicilios particulares, de enfermos. Dicha Sala, en su anterior composición, había sostenido por voto de la mayoría, formulado por el Juez de Cámara doctor Juan Carlos Fernández Madrid, con adhesión del doctor Juan C.E. Morando, que la situación jurídica de los mismos era ajena al derecho laboral. El juez doctor Rodolfo Capón Filas votó en disidencia ("Vera, Manuel c/Georgalos, María", marzo/97).

En aquel fallo, el voto de la mayoría sostuvo que la relación era ajena a la ley de contrato de trabajo, tratándose de una relación de carácter civil (cuya figura contractual no se especifica), que tampoco estaba comprendida dentro del servicio doméstico. Dijo el doctor Fernández Madrid en su voto:

"Que respecto del cuidado profesional del demandado, el accionante se ocupaba de su asistencia integral, que comprendía: vigilar su compensación hemodinámica, tareas de higiene y confort, de alimentación y de distracción, tareas que excluyen la aplicación del estatuto del servicio doméstico, siempre que el paciente requiera cuidados especiales en lo que hace a la higiene y alimentación, entre otras. Tampoco se puede considerar la relación encuadrada en la esfera laboral, toda vez que la accionada no era titular de una organización de medios instrumentados destinados a la producción de bienes, ni a la prestación de servicios, en la que el aporte personal del actor pudiera subsumirse".

Por su parte, el señor Juez Capón Filas, en minoría en aquel momento, señaló: "Las tareas de enfermero profesional en el domicilio de los pacientes pueden desarrollarse en forma autónoma o subordinada. Si se han desarrollado en forma subordinada, dado que por el momento no existe convenio colectivo aplicable, la relación se halla regida por la ley de contrato de trabajo", no pudiendo considerarse como comprendidas en el estatuto profesional del servicio doméstico. Y cita en su apoyo un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, donde se dijo que "la visión de la enfermera como profesional liberal sólo vale para aquellos casos en que su tarea encaja dentro de la locación de obra, como cuando se la contrata para aplicar una serie de inyecciones, según una tarifa por aplicación, pero cuando la enfermera cumple un horario junto al enfermo y está a las órdenes de éste y de los familiares (así como el médico tratante en el aspecto técnico), el vínculo dependiente aparece mejor perfilado" (Sala III, en autos "Pueyo de De Rosa, Norma c/Alegre de Sepich", sent. del 13/2/1981). De allí deduce que "cuando se demuestran las tareas realizadas para un tercero no es necesario, además, probar la subordinación ya que, por fuerza normativa del régimen de contrato de trabajo, ésta se presume, debiendo el otro sujeto demostrar lo contrario. Por ello, al no existir prueba instrumental alguna de la locación de servicios, cabe concluir que las tareas del actor han sido realizadas en relación laboral.

Anteriormente, la misma Sala, con igual división de votos y con similares argumentos, había sostenido el mismo criterio respecto del cuidado en el hogar familiar de los ancianos (D.T. - T. 1996-B - pág. 1801). Aquí no se trataba de una enfermera, sino de una persona encargada de cuidar ancianos.

Actualmente, con la nueva conformación de la Sala VI (la incorporación del Dr. De La Fuente), ha prevalecido el criterio del doctor Capón Filas, formando así una nueva mayoría. Así, el doctor Capón Filas, en autos "Mastrotéfano de González c/Roemmers de Mocerrea", noviembre de 1999: "Sostiene que si bien frecuentemente el empleador es empresario en el sentido

funcional del término, en determinadas ocasiones puede no serlo, recibiendo el trabajo ajeno y retribuyéndolo de acuerdo con las normas convencionales colectivas si existieran o según los parámetros convenidos por los sujetos o las pautas sentadas por el empleador. La definición misma del contrato de trabajo vincula trabajador y empleador, no trabajador y empresario, ya que nada refiere a los resultados económicos que pueda representar para el empleador el trabajo ajeno. Creo que el tema principal del debate no pasa por preguntarse si es o no una locación de servicios"(1), ya que en caso de aceptarse que es una situación civil, podría tratarse de un contrato civil atípico.

El tema principal a dilucidar es si para que exista un contrato de trabajo la relación jurídica del que presta servicios debe vincularlo a una empresa (tesis del Dr. Fernández Madrid); o si, por el contrario, basta probar que existe una prestación de trabajo para que se aplique la presunción de la ley de contrato de trabajo, en su artículo 23; o un estado de subordinación, sea jurídica, económica o funcional, para considerar la existencia de un contrato de trabajo, regido por la ley de contrato de trabajo, independientemente de que el supuesto empleador sea una persona física que no constituye una empresa (tesis del Dr. Capón Filas).

Creo que la solución a este dilema tampoco pasa por la presunción del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo, pues si bien la norma dice que "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo", agrega: "Salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motivan se demostrase lo contrario". Es decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario. Esto es lo que ocurrió en los casos resueltos por la Sala VI: no se cuestionaba que era una relación entre el cuidador y un particular cuidado en el hogar familiar. Es decir, que debía resolverse una cuestión de derecho y no de hecho, o sea, si esas figuras especiales eran o no ajenas a la ley de contrato de trabajo y al estatuto del servicio doméstico. Y repito, el tema jurídico gira alrededor de la importancia que se dé al concepto de empresa en la configuración de un contrato de trabajo. El fallo de la minoría pone énfasis en la necesidad de que exista una empresa. El fallo de la mayoría se basa en la existencia de una prestación de trabajo, independientemente de que se trate de un simple particular o de una empresa. Ese es el quid del problema.

## II - CONTRATO DE TRABAJO Y EMPRESA

El tema de la relación de la empresa con el contrato de trabajo y la relación de dependencia regulada por la ley de contrato de trabajo se insinuó antes de la sanción de la ley de contrato de trabajo, en setiembre de 1974 (L. 20744).

A principios de ese año, Eduardo Perugini publicó un trabajo sobre la relación de dependencia, donde decía que debía elaborarse "un concepto dinámico y evolutivo" y "considerar que existe relación de dependencia laboral simplemente cuando se compruebe que una persona que necesita utilizar su capacidad de trabajo para participar en el sistema general o productor de bienes y servicios, realiza una participación en forma habitual y continua a través de una organización empresaria total o preponderantemente ajena que, a su vez, realiza su finalidad empresaria sobre la base de la libre disposición del producto elaborado o del servicio mismo".(2) Después de sancionada la ley de contrato de trabajo y la modificación de 1976, Roberto García Martínez, en 1977, contestando a Justo López sobre la interpretación del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo, decía que a partir de la sanción de la ley de contrato de trabajo debía aceptarse una concepción objetiva de la relación de dependencia, estudiando si existía una organización empresaria, es decir, si existe una organización instrumental de medios personales, materiales o inmateriales, organizados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos, conforme el artículo 5° de la ley de contrato de trabajo.(3)

Somare, en 1985, al referirse a las relaciones de trabajo atípicas, dice que junto "a la figura atípica del servidor doméstico, existen modalidades de colaboración en el 'domus' que no encajan con ajustes técnicos jurídicos en las previsiones del respectivo estatuto, es decir, al lado de la

figura jurídica atípica impropia se desarrollan otras actividades con modalidades diferentes, que dan nacimiento a contratos atípicos propios o puros. Tal el caso de las damas de compañía o de las personas que dentro del hogar se dedican a cuidar enfermos. Esta figura atípica pura no tiene régimen jurídico específico y además no se le puede aplicar por analogía el estatuto del servicio doméstico ni el régimen general de la ley de contrato de trabajo, por cuanto el dueño de la casa no puede ser equiparado, porque no lo es, a un empresario. Estamos frente a un caso que se encuentra más cerca de la locación de servicios que del contrato de trabajo, es una especie de zona intermedia o gris".(4)

También la jurisprudencia, desde la vigencia de la ley de contrato de trabajo, había planteado esta interpretación a través de una empresa. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, en 1975, se refería a un demandado propietario de una incipiente empresa y contando con la disponibilidad del trabajador para la productividad de su capital, por lo que correspondía declarar la existencia de un contrato de trabajo(5). Y la Sala IV sostenía que existía dependencia laboral cuando una persona que necesita utilizar su capacidad de trabajo para participar en el sistema general productor de bienes y servicios realiza una participación en forma habitual y continua, a través de una organización empresaria.(6)

Posteriormente, la jurisprudencia vinculó la dependencia laboral con la empresa. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, habla en 1987 de sometimiento a la dirección de una empresa o participación en forma habitual y continua a través de una organización empresaria total o preponderantemente ajena(7). La Sala II se refiere a la prestación de servicios que hacen a la finalidad empresaria(8). La Sala V de incorporación a una organización de trabajo ajena, que satisface necesidades productivas propias de la empresa(9); y de satisfacer una necesidad propia del organigrama empresario(10). La Sala IV reitera sus conceptos que analizamos en el párrafo anterior(11). Y la Sala VI se refiere a adquirir la calidad de medio de una organización empresaria ajena(12), siendo inoperante la presunción del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo, cuando el servicio es prestado en favor de un particular no empresario(13). La Sala VII a servicios prestados en un establecimiento(14).

Recientemente, en la doctrina, Carlos Pose dice que "el jurista no puede desconocer que nuestro derecho laboral se apoya en la existencia de empresas de producción ... ya que el esquema de subordinación jurídica y económica que presupone el contrato de trabajo, se da sólo cuando existe una organización que necesita incorporar como elemento productivo la fuerza de trabajo obrera", finalizando su comentario diciendo que "admitir lo contrario, llevaría a subsumir todo el universo jurídico del derecho privado bajo el derecho laboral".(15)

En el comentario al fallo de la Sala VI, Silvia Santos encuentra lógicos tanto el criterio de la mayoría como el de la minoría y cita varios fallos contradictorios. Pero en realidad, esos fallos que menciona están enfocados en forma más general sobre las profesiones liberales y la relación de dependencia (se trataba de profesionales del arte de curar), y no específicamente al tema que trata los dos fallos de la Sala VI. Santos termina su comentario diciendo que "ante la situación dudosa de existencia de una relación propia del contrato de trabajo o de la locación de servicios, que es en definitiva el punto controvertido, habrán de ser analizadas las circunstancias fácticas en cada caso en particular, no pudiéndose generalizar el encuadre jurídico de la relación".

### III - EL ESTATUTO DEL SERVICIO DOMESTICO

En lo que coinciden todos los integrantes de la Sala VI es en que esas situaciones no están encuadradas en el estatuto del servicio doméstico, decreto 326/56. El estatuto mencionado, en su artículo 2º, excluye específicamente a las personas "contratadas para cuidar enfermos".

Nada dice la norma sobre el cuidado de ancianos que no estén enfermos. No creo que debamos recordar que la ancianidad no es por sí misma una enfermedad. La vejez es una contingencia social, pero no puede asimilarse a la contingencia de enfermedad. Además, los cuidadores de ancianos sanos, generalmente realizan tareas mixtas, cumpliendo tareas de cuidado y de servicio

doméstico, por lo que en cada caso deberá analizarse cuál es la prevalente. Téngase en cuenta que el concepto tradicional de atención de los parientes ancianos, que seguían siendo los que presidían el hogar y eran cuidados por sus descendientes, ha cambiado totalmente, de modo que suelen terminar cuidados por terceros en su hogar o bien enviados a un geriátrico. Y el Estado poco se preocupa de la vejez, a pesar de ser uno de los problemas más acuciantes de la seguridad social(16). Y a pesar de existir en nuestro país normas constitucionales protectoras que establecen que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable, y jubilaciones y pensiones móviles (art. 14 bis, tercera parte de la Constitución).

En general, la jurisprudencia ha coincidido con el criterio de la Sala VI, en cuanto que los cuidadores de enfermos o ancianos no están encuadrados en el estatuto especial(17). Pero no siempre ha sido así: la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, en un viejo fallo dijo que "debe considerarse como empleada doméstica a quien careciendo de título de enfermera se dedicaba a cuidar a una persona enferma percibiendo como pago sueldo mensual, casa y comida"(18).

#### IV - SINTESIS

El trabajo nace a partir de la particular situación jurídica de los cuidadores de enfermos y ancianos, ya que por sus características especiales, a raíz de la figura del empleador, resulta difícil encuadrarlo dentro de la ley de contrato de trabajo.