RD LSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

Fascículo quincenal

Abril 2021 | 7

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

ISSN en trámite

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: en trámite
RNPI: 5074819

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-222-5253

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de abril de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDLSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

Fascículo quincenal

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Abril 2021 | 7

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

DIRECTOR
Julio Armando Grisolia

Consejo Editorial
Carlos M. Aldao Zapiola - Raúl E. Altamira Gigena - Eduardo F. Baeza - Jorge G. Bermúdez - Julián A. de Diego - Carlos A. Etala - Carlos J. M. Facal - Carlos A. Livellara - Fernando H. Payá - Héctor P. Recalde - Martha Monsalve - Alberto Chartzman Birenbaum - Ricardo Hierrezuelo - María Elena López - Alejandro Perugini - Paula Sardegna - Ernesto Martorell

DERECHO LABORAL

SECCIONES ESPECIALES

Investigaciones
Julio A. Grisolia

Riesgos del Trabajo
Ernesto Ahuad - Javier de Ugarte

Procedimiento Laboral
Adriana R. Fernández - Laura S. Cáceres

Género y No Discriminación
Liliana N. Picón - Claudia Priore

Internacional
Martha Monsalve - Eleonora Peliza - Wojciech Swida

Teletrabajo y Transformación Digital
Viviana L. Díaz - Alberto Fantini

Práctica Laboral
Emilio E. Romualdi

SEGURIDAD SOCIAL

Directora
María Teresa Martín Yáñez

SECCIONES ESPECIALES

Jurisprudencia Anotada
Carolina E. Ibarra

Práctica Previsional
Camilo Álvarez Ruiz - Rosanna E. Bermúdez - Esteban D. Crocilla

Asignaciones Familiares
Gerardo Martín Corti

Actualidades
Corte Sup.: María Teresa Martín Yáñez
Sup. Corte de la Pcia. de Bs. As.: Rafael E. Toledo Ríos
Primera Instancia: María Lorena Pigliacampo
Internacional: Estela R. Martí de Minutella
Jurisprudencia Provincial: Rosanna E. Bermúdez

Bibliografías y Comentarios
Estela R. Martí de Minutella

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DERECHO LABORAL

Doctrina

Norberto Centeno & Frank Zappa. Divertimento Re menor para abogados y economistas N° 1
Juan M. Morando 3

Habemus teletrabajo: ¿cuáles son los alcances del deber de indemnidad del empleador en esta nueva modalidad de prestación de servicios?
Francisco Marcelo Amado 12

Nuevos paradigmas en la intimidad del trabajador y su imagen en el mundo de las relaciones laborales
Gabriel E. Lanzavechia 23

El comercio justo: impulsor del trabajo decente
María Alejandra Kindzersky 35

Práctica Laboral

Tutela anticipada
Emilio E. Romualdi 45

Jurisprudencia Destacada

COMISIONES MÉDICAS
Constitucionalidad del art. 1° de la ley 27.348. Competencia territorial 49

RELACIÓN DE DEPENDENCIA
Prueba. Eficacia de la prueba testimonial. Existencia de la relación laboral respecto de ambos codemandados. Procedencia de la multa del art. 2° de la ley 25.323 51

TRABAJADOR PROFESIONAL
Existencia de relación de dependencia. Prueba del vínculo subordinado. El caso de los profesionales universitarios. Inaplicabilidad del dec. 6732/87 57

INCAPACIDAD PSICOLÓGICA
Apreciación de la pericia psicológica. Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, dec. 659/96..... 60

COMPETENCIA
Competencialaboral. Póliza de seguro de retiro colectivo 62

SEGURIDAD SOCIAL

Asignaciones Familiares

Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia. Modificaciones al régimen general de asignaciones familiares
Gerardo M. Corti..... 67

Actualidades

Actualidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires 4/2021
Rafael E. Toledo Ríos 77

Actualidad en Jurisprudencia Provincial 4/2021. La ejecución de sentencia previsional. Fallos de las Cámaras Federales de Mar del Plata y Salta
Rosanna E. Bermúdez 94

Actualidad Internacional en Seguridad Social 4/2021
Estela R. Martí de Minutella 99

DERECHO LABORAL

Doctrina

Práctica Laboral

Jurisprudencia Destacada

Norberto Centeno & Frank Zappa

Divertimento re menor para abogados y economistas N° 1

Juan M. Morando

Sumario: I. *Intro to music for a low budget orchestra.*— II. *Bit of nostalgia.*— III. *When the lie´s so big.*— IV. *Tears begin to fall.*— V. *Tinsel town rebellion.*— VI. *Cosmik Debris.*

I. *Intro to music for a low budget orchestra* (1)

I.1. Planteo del tema

Es poco probable que, al momento de su temprana e infeliz desaparición, Norberto Centeno **(2)** hubiera escuchado algún álbum de Frank Zappa **(3)**. Mucho más improbable aún es que el Gran Frank hubiera leído algún trabajo de Norberto Centeno. Sin embargo, a pesar de la distancia, los aparentemente diferentes intereses, y aun cuando parezca increíble, ambos compartieron una idea común en la misma época cronológica.

Recordemos que Centeno fue autor del anteproyecto que constituyó la base de la aún vigente Ley de Contrato de Trabajo que fuera sancionada a mediados de la década del 70 **(4)**. La norma —en aquello que resulta relevante para este trabajo— estableció un régimen uniforme aplicable a (casi) **(5)** todos los trabajadores que se desempeñan en el sector privado. Es decir que, de acuerdo con los términos de la Ley, aún vigente, *el mismo régimen regulatorio resulta aplicable tanto si el trabajador es empleado para desempeñarse en la República Argentina por una persona física en un emprendimiento individual cuanto si lo es por la multinacional más grande y poderosa del Universo*. Es que, de acuerdo con la normativa constitucional aplicable al trabajo **(6)**, y a los ideales sobre los cuales fue concebido el régimen, la mirada del régimen ha recaído, casi exclusivamente, en la persona del trabajador, visión que, para los *puristas*, aparece como intachable axiológicamente. Y con una visión paternalista ¿quién puede cuestionar que la legislación proteja al débil, al explotado o

(1) Del álbum "Playground Psychotics" (2012).

(2) Norberto Centeno (1927-1977) fue un abogado argentino. Autor de muchos trabajos, Centeno fue secuestrado y asesinado en "La Noche de las Corbatas" durante el Proceso de Reorganización Nacional.

(3) Frank Vincent Zappa (1940-1993) fue un músico y compositor norteamericano. Principal exponente del estilo avant garde, Zappa fue uno de los artistas más prolíficos y versátiles de la escena norteamericana. Su música es material de culto para algunos, entre quienes me incluyo. A más de veinticinco años de su muerte, aún existe innumerable material inédito que sigue publicándose.

(4) Ley 20.744 (BO 27/9/1974).

(5) El propio texto de la ley excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores rurales y a los trabajadores domésticos. Existen otros estatutos especiales aplicables a trabajadores ajenos al ámbito de la LCT.

(6) Me refiero al art. 14 bis de la CN.

al disminuido frente a los poderes ilimitados de un fuerte que, teóricamente, lo oprime?

Hemos escuchado y leído hasta el hartazgo que el derecho del trabajo es solo de los trabajadores y punto. De hecho, la mayoría de los encuentros académicos de la materia colocan al trabajador en el centro indiscutible sobre el cual debe girar la legislación del trabajo, reservando todo lo relativo al empleador al denominado derecho empresario o empresarial. Y son estas características que mencionamos previamente de debilidad, explotación y disminución las que, a su exclusivo modo de ver, justificarían esa parcialización en el estudio de la materia laboral.

Pero, en esa lógica, probablemente de modo inadvertido, se omite que en el contrato de trabajo existen dos sujetos que son igualmente importantes e interdependientes, ya que, la calidad de uno depende necesariamente de la existencia del otro, es decir, que no existe trabajador sin empleador y viceversa. Entonces, poner la mirada exclusivamente sobre uno de ellos ¿no implica desconocer que el trabajo es producto de un *negocio jurídico bilateral* que le da origen y que de esa interdependencia depende su existencia misma? ¿Tendría alguna lógica que el Código Civil y Comercial, al regular los contratos, solo refiera en sus normas al comprador, al cesionario o al locatario? Si pensamos en una regulación contractual con estas características no podemos dejar de poner en duda que la cantidad de contratos civiles y comerciales que se celebrarían sería la misma.

Entonces, ¿qué lógica tiene que el marco regulatorio del contrato de trabajo solo refiera a cuestiones relacionadas con uno de los cocontratantes? Es cierto que debido a la posición cuasi dominante del empleador frente al trabajador es necesario introducir algunos cotos que desincentiven el comportamiento oportunista de este último que pueda llevar a una explotación indebida del dependiente. Esta cuestión no es materia de discusión, ya que, de hecho, es tendencia generalizada en las modernas regulaciones contractuales el cercenamiento o la limitación de los poderes de quienes se encuentran en situaciones dominantes, monopólicas u oligopólicas **(7)**. Lo discutible es creer que con solo eso basta para tener un mercado de trabajo floreciente.

A poco que se analice la realidad del trabajo en la República Argentina hallaremos indicadores que nos muestran que, a pesar de la protección legislativa a la cual nos referimos anteriormente el empleo formal decrece en forma fluctuante pero casi incesante. Se han ensayado miles de explicaciones para esto. Se han presentado evidencias macroeconómicas atribuidas exclusivamente al accionar maquiavélico de algunos gobiernos hasta evidencias psicológicas atribuidas a la casi indiscutida psicopatía del empresariado vernáculo, a quien se ha acusado —indistintamente— de querer destruir y empobrecer a los trabajadores sin tan siquiera analizar, con algún mínimo grado de seriedad, esas afirmaciones. Si pensamos por un segundo que los empresarios viven de los productos y servicios que elaboran y enajenan, serían irracionales o simplemente estúpidos si pensaran que el empobrecimiento de los eventuales consumidores los favorece de algún modo.

¿Será posible, entonces, que aquello que parece tan noble e indiscutible en la legislación laboral traiga aparejadas algunas consecuencias no deseadas en la práctica?

Si simplemente echamos una mirada sobre el otro sujeto del contrato en un escenario real ¿parece todavía tan intachable que se exija el cumplimiento de idénticas cargas a todos los empleadores por igual respecto de sus trabajadores? ¿Es posible que esta característica de la legislación influya negativamente sobre el mercado de trabajo?

Nos proponemos desentrañar, mediante la utilización de algunos instrumentos de análisis económico-jurídico, si la regulación actual del contrato de trabajo, en cuanto trata a todos los empleadores del mismo modo, estimula la creación de mano de obra ocupada formalmen-

(7) Aun cuando pudiera parecer un contrasentido, es probable que el problema de un mercado de trabajo oligopsónico como el nuestro podría solucionarse con una reducción o eliminación de las barreras a la entrada de nuevos demandantes de mano de obra ocupada en vez de un incremento —que es el sistema de la LCT—.

te, especialmente en relaciones como las que se dan en actividades menores como los microemprendimientos, o si, en realidad, se da la situación contraria.

II. *Bit of nostalgia* (8)

II.1. ¿En qué debiera consistir una regulación del contrato de trabajo?

Si bien nadie, parece discutir que la regulación del contrato de trabajo es necesaria, puede ensayarse como primera cuestión a desentrañar ¿en qué debiera consistir esa regulación?

Hoy en la República Argentina existe un conjunto de normas que componen el complejo marco regulatorio del contrato de trabajo. Además de los estatutos especiales **(9)** aplicables a determinadas actividades específicas, la columna vertebral de este marco lo constituye la Ley de Contrato de Trabajo, norma de carácter federal que —como dijimos— fue sancionada en 1974 y mantiene un régimen prácticamente inalterado desde su reforma de 1976 **(10)**. Pero queremos destacar que el marco regulatorio del contrato de trabajo tiene naturaleza eminentemente normativa: sus normas regulan tanto algunos aspectos del contrato en sí mismo como algunas cuestiones de naturaleza procesal para resolver los conflictos judiciales que, en alguna medida, la propia ley indirectamente pareciera estimular.

Consideramos preciso destacar que, si bien es un dogma aceptado de un modo prácticamente unívoco, no es cierto que en materia de contrato de trabajo no rija el principio de autonomía de la voluntad. Esta equivocación se basa en el diseño de la regulación, cuyas normas —a diferencia de lo que sucede con los demás contratos— son prácticamente de orden público. Pero no debe olvidarse que esas normas constituyen meramente un *mínimo por debajo del cual nada es negociable*, siendo perfectamente válido pactar cláusulas superadoras de aquellas que surgen de la Ley. Por ello, diremos que el marco regulatorio lo constituyen, en primer lugar, el contrato individual de trabajo y, en su defecto, la Ley de Contrato de Trabajo. Siguiendo a Mises **(11)** en su maravillosa obra "La Acción Humana" **(12)**, podemos sostener que la función normativa de la Ley de Contrato de Trabajo, y por analogía del contrato en sí mismo, tiene por efecto la eliminación, en una mínima proporción, de la incertidumbre que genera a las partes el futuro de la relación, estableciendo una relación de *deber ser* entre las conductas que asuman cada una de ellas y las consecuencias que resultan de la aplicación de cualquiera de los órdenes.

Pero, *¿es suficiente que el marco regulatorio tenga un contenido normativo del contrato o aquel requiere de algo más*?

Para responder a este interrogante iniciaremos señalando que, como motor de su economía, todo Estado debe asegurarse que sus habitantes, puestos a elegir entre vivir de la Seguridad Social y vivir de su trabajo, se inclinen por esta última opción. Incluso, una de las funciones fundamentales del Estado debiera ser la de generar políticas públicas de disuasión de la proliferación de actividades delictivas mediante la incorporación de más habitantes al mercado de trabajo **(13)** y la disminución —a través de instrumentos sancionatorios y económicos— de la rentabilidad de aquellas actividades **(14)**.

Obviamente, el Estado debiera preferir —en lo posible— habitantes generadores de riqueza

(8) Del álbum "Lumpy Gravy" (1968).

(9) Los principales estatutos especiales —que son federales— son los de los trabajadores domésticos, los trabajadores rurales, los trabajadores de la industria de la construcción, los encargados de casas de renta, los periodistas profesionales, el personal embarcado, los trabajadores del Estado, los futbolistas profesionales, los viajantes de comercio, entre otros. En muchos casos la existencia de un régimen diferenciado se justifica por la naturaleza de la actividad y en otros por la naturaleza del empleador. Hay casos que no tienen justificación.

(10) Fue reformada por la ley 21.297 del 13.5.1976. Esta modificación fue impulsada por el régimen de facto del Proceso de Reorganización Nacional.

(11) Ludwig Von Mises (Leópolis 1881 - New York 1973).

(12) Especialmente ver el cap. VI (ps. 173 y cctes. de la 4ª ed., Unión Editorial, Madrid, 1986).

(13) Sobre esto volveremos a lo largo de este trabajo.

(14) Es de destacar que utilizamos la calificación de deshonestos de un modo meramente descriptivo de quienes se inclinan por actividades ilícitas sin que tengamos en cuenta sus motivos. Una política pública como la descripta evidentemente aumentaría el número de habitantes honestos.

a meros consumidores de aquellos recursos que él y otros habitantes, mediante su trabajo, pueden brindarles. Para ello, debe generar un conjunto de incentivos como los descriptos previamente para que, ante la opción mencionada en el párrafo anterior, los habitantes racionales **(15)** elijan el trabajo como medio de vida por sobre cualquier otra opción. Y esos incentivos debieran estar dados —someramente— por, en primer lugar, una limitación de los poderes monopsónicos del empleador para fijar las condiciones de prestación de servicios y, en segundo lugar, una retribución de naturaleza económica sensiblemente más tentadora que las prestaciones que ofrecen la Seguridad Social y el delito **(16)**. Este conjunto de incentivos debiera ser el cimiento sobre el cual se fundamenta un régimen regulatorio del contrato de trabajo. Es decir, entonces, que no basta con que la regulación cumpla una función meramente normativa, sino que es igualmente importante que sea *generadora, estimuladora y facilitadora de los negocios laborales*.

Para ello, tal como dijimos previamente, no alcanza con mirar solo a uno de los integrantes del binomio —trabajador—, sino que es necesario poner la mirada igualmente en el otro sujeto —empleador—. Es que, para generar, estimular o facilitar negocios bilaterales *los incentivos también deben ser bilaterales*.

Relacionado con lo expresado en el párrafo anterior y ajeno a lo que hace al ámbito regulatorio del contrato de trabajo, el Estado debe encargarse de *generar incentivos para que el tenedor de riqueza o el emprendedor, ante la disyuntiva entre utilizar su dinero de forma especulativa, simplemente gastarlo o invertirlo en actividades productivas de bienes o servicios, se decida por esta última opción*. Decidido en tal sentido, la regulación del contrato de trabajo debiera generar a su vez *nuevos incentivos para que el inversor disponga emplear gente en su emprendimiento*. Es que si le resulta más fácil o tentador **(17)** para el inversor racional llevar adelante un emprendimiento por sí que hacerlo contratando gente para que lo haga por él, esos incentivos desaparecen o son ineficientes. Y, si es que decide contratar a quienes hagan el trabajo por él, *el marco regulatorio debe generar a su vez nuevos incentivos para que, el ahora empleador racional decida cumplir debidamente con las normas respecto de sus trabajadores* **(18)**. En la ineficiencia en la generación de estos incentivos se advierten las principales falencias de la regulación actual del contrato de trabajo las cuales, a nuestro juicio, merecen ser revisadas inmediatamente.

Resulta evidente, de la simple lectura de los índices de desempleo **(19)**, que uno de los principales problemas del mercado de trabajo en la República Argentina está dado por el hecho de que *es mucho mayor la oferta de mano de obra que la consiguiente demanda*. Es que, como apuntamos previamente, el marco regulatorio es meramente normativo y *centralizado en la oferta más que en la demanda de fuerza de trabajo*. Y si bien es cierto que, una parte del problema puede tener su origen en las cuestiones que apuntamos al inicio, en nuestra opinión es mayor la influencia de las ineficiencias apuntadas en materia regulatoria del contrato de trabajo **(20)**. Suponemos que

(15) A lo largo de este trabajo haremos referencia a seres racionales, que son quienes actúan como si todas las decisiones que toman tienen por finalidad maximizar su utilidad. Por ello, nos basamos en la Teoría de la Decisión Racional esbozada principalmente por Gary S. Becker y Milton Friedman. Ello no implica desconocer la irracionalidad que afecta nuestro comportamiento diariamente, sino simplemente establecerla como base del modelo en el cual se estructura el marco regulatorio del contrato de trabajo. Evidentemente un marco regulatorio eficiente debiera generar incentivos para que seres tanto racionales como irracionales tomaran idénticas decisiones, pero estas cuestiones exceden el ámbito de este trabajo. Para una visión general de estos temas sugiero la lectura del trabajo "A Behavioral Approach to Law and Economics" de Christine JOLLS — Cass R. SUNSTEIN — Richard THALER (Stanford Law Review V. 50:1471).

(16) Resulta indispensable que los salarios cubran, cuanto menos, el costo de oportunidad de otras actividades lícitas, o ilícitas.

(17) Cuando decimos "fácil y tentador" nos referimos específicamente a "más barato", teniendo en cuenta los costos de oportunidad del emprendedor frente a los costos de emplear uno o varios trabajadores.

(18) Evidentemente los desafíos de la regulación también alcanzan a las cuestiones que hacen al día a día del contrato de trabajo y a la resolución de los posibles conflictos de un modo eficiente. Pero estas cuestiones serán tratadas en otro trabajo.

(19) Aun cuando no son confiables.

(20) No hay que desconocer que en la República Argentina los mayores capitales nacionales se trasladan a cuentas ubicadas en el extranjero, preferentemente en los llamados paraísos fiscales. Evidentemente la voraci-

estas ineficiencias quizá lleven más a un incremento de la precarización laboral que la pérdida en sí misma de contratos, pero la inexistencia de índices confiables de precarización laboral en los últimos años convierte nuestra suposición en una mera conjetura fundada casi exclusivamente en las observaciones que surgen de realizar nuestra labor diaria.

Para concluir, y como respuesta a la pregunta que inicia este punto, diremos que *la regulación debiera contemplar no solo los aspectos normativos, sino que también debe estimular y facilitar la celebración de nuevos contratos de trabajo*.

III. *When the lie's so big* (21)

III.1. ¿Son todos los empleadores iguales?

Pareciera, entonces, si el marco regulatorio del contrato de trabajo actual nada tiene para decir de ellos, que todos los empleadores son iguales. Pero ¿es esto realmente así?

Volvamos un poco sobre la ley. Como dijimos, nuestra regulación del contrato de trabajo tiene actualmente 46 años. Fue producto de una época diferente de la Argentina y el Mundo, ya lejana en el tiempo. De hecho, si hubo un período de cambios políticos y sociales en la segunda mitad del siglo XX, fueron indudablemente las décadas del 60 y el 70. Durante los 90 y en el nuevo milenio, los avances tecnológicos han llevado al hombre a modificar muchos de sus comportamientos, entre ellos la forma de trabajar **(22)**. En la actualidad muchas de las actividades *cuasi artesanales* han desaparecido o van hacia su desaparición, las manufacturas y actividades agrícolas se han automatizado y han proliferado nuevos tipos de servicios más que actividades de producción en sí mismas.

Sin embargo, y aun cuando la Ley fue reformada en varias oportunidades, ninguna de sus modificaciones ha tenido en cuenta estos cambios. Incluso durante los últimos años, por inclinaciones más nostálgicas que necesarias, las pequeñas modificaciones que tuvo el marco regulatorio del contrato de trabajo fueron dirigidas a retrotraer su texto al original sancionado en 1974.

Pero a pesar de la resistencia de los nostálgicos, mucho ha cambiado desde 1974 a esta parte, y no solo desde una perspectiva tecnológica. La Argentina ha transcurrido estas cinco décadas con gobiernos y modelos económicos y productivos de autoproclamada derecha, centro e izquierda, cuyo punto en común ha sido siempre *la imposibilidad de resolver las ineficiencias del mercado de trabajo a las que nos referimos anteriormente*.

Entre todos estos cambios tecnológicos, políticos, económicos y sociales también han cambiado los sujetos trabajador y empleador. Ni el trabajador de 1974 es el mismo de hoy ni tampoco lo es el empleador. Los cambios en el trabajador se deben a que hoy, aun con los elevadísimos índices de pobreza, es más fácil acceder a la información: debido a los cambios tecnológicos que apuntamos previamente el trabajador de hoy está más y mejor informado y preparado que el de hace 40 años. Pero, así como el trabajador ha evolucionado, el caso del empleador es diferente. En principio, la mutación más significativa en la figura del empleador se da en el hecho de que *una gran parte de la demanda de mano de obra ocupada viene de las llamadas pequeñas y medianas empresas* **(23)** y no tanto de la gran empresa a la cual parece referenciar indirectamente el texto de la Ley de Contrato de Trabajo. Pero *también existen microemprendimientos* —más emparentados con una sociedad que con verdadero un contrato de trabajo— *a los cuales la legislación parece ignorar y que emplean mucha de la mano de obra ocupada* que, por problemas relacionados principalmente con costos **(24)**, queda fuera del mercado de trabajo formal. Nos referiremos a este punto más adelante.

---

dad fiscal elimina los incentivos para que esos capitales se radiquen en nuestro país.

(21) Del álbum "Broadway the Hard Way" (1988).

(22) Ni que hablar de lo sucedido en 2020 en relación con la pandemia del SARS-CoV-2.

(23) Hubo y hay legislación especial para este tipo de empresas.

(24) Si bien los costos son uno de los principales problemas que excluyen a muchos trabajadores del mercado de trabajo no son los únicos. También existe mano de obra que queda excluida del mercado por cobrar planes sociales, tener antecedentes policiales, carecer de preparación suficiente, etcétera.

Es que, como consecuencia de los cambios tecnológicos apuntados y la constante ineficiencia del mercado de trabajo formal, muchos *trabajadores que han perdido su empleo al cobrar indemnizaciones han decidido invertir ese dinero en instrumentos que vuelcan en emprendimientos magros* —automóviles para brindar servicios de remise o fletes, mercaderías para la venta en kioscos y almacenes de barrio, o para su venta ambulante, cortadoras de césped para el mantenimiento de jardines de terceros, herramientas para brindar servicios de mantenimiento y/o reparaciones, etc.—. Estos emprendimientos, *que requieren de mano de obra ajena para su sostenimiento, terminan ocupando a otros sujetos que quedan excluidos del mercado de trabajo formal*. Es decir, que, aun cuando formalmente los primeros serían empleadores, como he dicho previamente se asemejan más a socios de los trabajadores que *emplean*, por cuanto —generalmente— trabajan a la par de estos y la ventaja económica que obtienen no difiere mucho de la que obtienen sus *dependientes*.

Para concluir, y en respuesta a la pregunta que originó las reflexiones anteriores, diremos, entonces, que *a pesar de lo cómo son tratados por la Ley, no todos los empleadores son iguales*.

IV. *Tears begin to fall* (25)

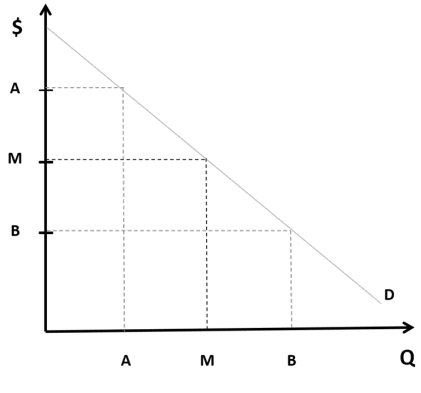
IV.1. ¿Cuáles son las consecuencias del tratamiento igual de desiguales?

Evidentemente el hecho de que la regulación actual del contrato de trabajo trate de igual modo a todos los empleadores no resulta inocuo. ¿Cuáles son las consecuencias?

En este punto cabe comenzar retomando uno de los temas planteados previamente que es el de los costos laborales. Estos incluyen no solo lo que cuesta el salario de los trabajadores sino también las cargas que origina el sistema de la Seguridad Social.

De modo resumido diremos que de acuerdo con nuestro sistema legal los costos iniciales de la mano de obra ocupada —me refiero al salario— son el resultado de una negociación que se da entre aquellos que representan a los trabajadores —las asociaciones sindicales— y quienes representan a los empleadores —las cámaras empresarias—. Respecto de estos últimos es llamativo el hecho de que, por tratarse de negociaciones por actividad y no por empresa, ya que, todos los empleadores son tratados como iguales por la legislación, se constituyen en representantes de cada actividad productiva de bienes o servicios solo algunos pocos sujetos. Y esta situación lleva a que, de los representantes de los empresarios que vayan a negociar, sean —por lógica— los que, pese tener una estructura sólida, son los menos rentables: ellos establecen los salarios de todos los trabajadores de la actividad sin perjuicio de la disposición a pagar salarios más altos de aquellos cuyos emprendimientos son más rentables y eficientes. Es decir, que los salarios que se pactan son *los más bajos que puedan pagar los representantes de los empleadores cuyas empresas son las menos rentables de la actividad*. Esto último, que podría parecer un contrasentido, puede ser explicado a través de un simple ejemplo.

Supongamos para simplificar que existen tres empresas diferentes en una misma actividad, a las cuales denominamos A, M y B. La rentabilidad del emprendimiento determina la disposición de cada una de las empresas a pagar salarios. Los nombres guardan relación con esa disposición a pagar: *A* equivale a altos, *M* a medios y *B* a bajos. En la ordenada, denominada $consta la disposición a pagar de cada una de las empresas, mientras que, en la abscisa, denominada Q, consta la cantidad de trabajadores empleados de acuerdo con la demanda agregada de las tres, denominada D.



(25) Del álbum "Fillmore East - June 1971" (1971).

¿Cuál de las empresas determinará el salario a abonar?

Si fuera A, se perderían todos los puestos de trabajo entre QB y QA. Por otra parte, si fuera M, se perderían todos los puestos de trabajo entre QB y QM. Por ese motivo, por lógica será B quien determina la remuneración.

Si bien uno podría pensar que este escenario no sería de por sí malo por cuanto aquellas empresas que están dispuestas a pagar mejores salarios de hecho los pagarían o, emplearían más trabajadores, la realidad demuestra lo contrario. Pensemos ¿qué incentivo tiene un empleador para pagar un salario mayor a un trabajador cuando legalmente puede pagarle uno menor? La otra cuestión, es una derivación lógica de la ley de los rendimientos decrecientes: a la empresa le convendrá emplear trabajadores hasta el punto en el cual la productividad marginal del último trabajador equivale al beneficio marginal. Entonces, *la diferencia entre la mayor capacidad de pago que tienen las empresas más rentables de la actividad y el salario que pactan las menos rentables no se vuelca en el mercado de trabajo e ingresa en otros mercados formales o informales*, con suerte argentinos.

Pero volvamos a lo que dijimos previamente en cuanto al salario: es el más bajo que pueden pagar los representantes de las empresas menos rentables de la actividad. ¿Esto significa realmente que los salarios son bajos? Probablemente sean bajos en relación con la canasta básica, pero sean *demasiado altos para aquellos empleadores que ni siquiera tienen representación en la mesa de negociación*. Sin embargo, *como el acuerdo salarial es obligatorio para todos los empleadores de la actividad*, estos últimos se erigen en meros tomadores de precios que, muchas veces, no están en condiciones de pagar.

Pero aún no nos hemos referido al otro costo que afrontan los empleadores, que es, como dijimos previamente, la Seguridad Social. Y aquí la ley previsional tampoco hace diferencias: *todos los empleadores son iguales y tienen idénticos costos sin importar cuál es la envergadura del emprendimiento*. Estos costos determinan que *solo parte de ellos esté en condiciones de abonar el magro salario acordado por los representantes de los empresarios de la actividad y las cargas de la Seguridad Social, como consecuencia de lo cual solo una porción de la oferta de trabajo está empleada formalmente, mientras que la restante ingresa en el mercado cuasi formal, en el informal o simplemente queda fuera de los mercados de trabajo*. Y *muchos de estos trabajadores se desempeñan en microemprendimientos*.

V. *Tinsel town rebellion* (26)

V.1. ¿Son estables estos contratos de trabajo?

Teniendo en cuenta que no todos los empleadores son iguales y que muchos trabajadores que quedan excluidos del mercado formal de trabajo son empleados en microemprendimientos nos preguntamos ¿son estables estos contratos de trabajo?

Situados frente a esta realidad en cuanto a los costos, el bisoño *empresario* devenido en empleador desde una perspectiva formal y su cuasi socio devenido en *trabajador* muy posiblemente *elijan una estrategia colaborativa, manteniendo el vínculo deficientemente registrado* —en el mejor de los casos— o directamente *al margen del registro, por cuanto, en lo inmediato, ambos se verán más beneficiados por la informalidad* **(27)**. Es que en ese primer momento analizando racionalmente la situación, es evidente que el pago en menos o la inexistencia de aportes y contribuciones, en definitiva, incrementa las sumas de dinero que cada uno de los contratantes embolsa mensualmente.

Pero en lo mediato, la relación tiende a volverse inestable, ya que, su durabilidad dependerá exclusivamente de que las partes decidan mantener los términos pactados al inicio. Ello obedece a que, como consecuencia de la legislación —en especial los arts. 12, 13 y 245 de la LCT—, a medida que transcurre el tiempo se vuelve más tentador para cada uno de los sujetos el cambio de estrategia, ya que, quien decida la extinción del contrato antes que el otro se verá beneficiado por su cambio.

(26) Del álbum "Sheik Yerbouti" (1979).

(27) En definitiva y solo inicialmente ambos se ven favorecidos por la informalidad. Pero con el paso del tiempo son por una parte el trabajador y por otra el sistema jubilatorio quienes de perjudican mientras se mantenga el vínculo de ese modo.

La relación termina convirtiéndose, entonces, en un juego a todo o nada —también llamado *juego de suma cero*— cuyo ganador *es el primero en cambiar su estrategia por una no colaborativa*. Y es en ese entendimiento que la relación es absolutamente inestable y tiende a extinguirse de un modo traumático para el contratante perdidoso.

Esta situación es generalizada en todo tipo de vínculo informal. El vínculo se da en una estructura de la cual resulta que la estabilidad de la relación depende de que ambos jugadores colaboren **(28)** y mantengan esa estrategia.

En el momento inicial de la relación los pagos por colaborar son mayores que los pagos por defeccionar y esa estrategia será la dominante para ambos jugadores (ver figura 1). Pero a medida que transcurre el tiempo los pagos cambian y el pago por defeccionar se incrementa mientras disminuye el pago por colaborar, dejando inicialmente a ambos indiferentes entre una u otra estrategia, hasta que los pagos por defeccionar son mayores que los pagos por colaborar (ver figuras 2 y 3).

Esta situación representa lo que en Teoría de Juegos se denomina juego repetitivo, el cual puede ser ilustrado del modo siguiente:

TRABAJADOR

		C	NC
EMPLEADOR	**C**	10,10	0,5
	NC	5,0	0,0

Fig. 1: Pagos al inicio de la relación de trabajo

TRABAJADOR

		C	NC
EMPLEADOR	C	5,5	2,5
	NC	5,2	0,0

Fig. 2: Matriz de pagos posteriores en la relación de trabajo

TRABAJADOR

		C	NC
EMPLEADOR	C	2,2	0,10
	NC	10,0	0,0

Fig. 3: La Matriz de pagos sigue cambiando

(28) Parece un contrasentido sostener que la colaboración implica mantener un vínculo informal, pero debemos destacar que colaborar o no colaborar en este análisis no implica valorar la conducta como positiva o negativa, sino simplemente mantener la estrategia elegida inicialmente o cambiarla.

La estrategia no colaborativa del trabajador consistirá en *reclamar el pago de indemnizaciones por despido y multas por empleo no registrado* mientras que la del empleador consistirá en *desaparecer para evitar tener que pagarlas*. Este comportamiento es consecuencia de que *a todos los empleadores se les aplican las mismas normas*, según las cuales los valores de las indemnizaciones por despido y de las multas por trabajo informal se incrementan por el mero transcurso del tiempo. Y en ambos casos, debido a la redacción del art. 11 de la Ley Nacional 24.013 de Empleo **(29)** que requiere para la procedencia de las multas que el trabajador intime a su empleador para que lo registre estando vigente el contrato de trabajo, se generan fuertes incentivos en ambos contratantes a ser el primero en cambiar la estrategia por una no colaborativa, motivo por el cual esta se vuelve dominante.

El oportunismo de ambos aparece, entonces, como la conducta más racional ya que, el oportunista, en teoría, maximizará su utilidad a costa del otro. Pero en el caso específico en estudio, es más probable que ocurra lo contrario.

Es que, debido a la informalidad en la cual se desarrolla este tipo de vínculo y la precariedad del emprendimiento, será imposible para el empleador afrontar el pago de las indemnizaciones y multas, lo que constituirá otro fuerte incentivo a *desaparecer*, en cuyo caso el trabajador obtendrá una hermosa sentencia condenatoria que nadie pagará jamás. Y al no cumplir la sentencia condenatoria, quien fue el emprendedor se verá obligado a seguir en la informalidad, ya que, su incumplimiento impedirá su inserción en los mercados formales.

Si bien este análisis puede parecer meramente teórico, basta con revisar cualquier protocolo de tribunales de trabajo o boletín de jurisprudencia para verificar cuántas de las sentencias dictadas en casos de empleo no registrado, o deficientemente registrado son pagadas pacíficamente por los empleadores condenados.

Como conclusión diremos, entonces, que *los contratos de trabajo cuasi formales e informales son inestables y están destinados a extinguirse, dejando a ambos contratantes en una situación peor de la que estaban inicialmente*.

VI. *Cosmik Debris* (30)

¿Y qué tiene que ver Frank Zappa en todo esto? Además de aportar el nombre a cada sección de este Divertimento y musicalizar los momentos en los cuales escribí estas reflexiones, fue en 1975, es decir, un año después de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, que el genial Frank editó el álbum "One Size Fits All", algo así como "Una Talla para Todos". Y este es precisamente el aspecto de la idea de Centeno que analizamos en este trabajo.

Pero aun cuando los tiempos y los gobiernos cambien y se barajen proyectos de reformas y retoques de la legislación laboral con miras a influir sobre el mercado de trabajo para terminar con su crisis mediante la generación de demanda de trabajo, si lo seguimos haciendo con la mirada puesta solo en la figura del trabajador, es posible que nada vaya a cambiar.

Mientras en la República Argentina la legislación no se ajuste a la realidad y el régimen legal aplicable y sus exigencias, *sigan siendo iguales para todo tipo de empleador, seguirán llevando a este tipo de emprendimientos y, por ende, a los trabajadores, hacia un irremediable fracaso*.

Una vez más, en la República Argentina *la realidad termina ajustándose para cumplir con la legislación,* situación que, como intentamos demostrar, *nunca ocurre de un modo inocuo*.

¿Por qué siempre seguimos haciendo lo mismo? ¿Y cómo es que esperamos un cambio? Una famosísima frase, atribuida al genial Albert Einstein **(31)**, define a la locura como hacer siempre lo mismo y esperar resultados diferentes. ¿Será entonces, que los argentinos estamos locos? No creemos que sea así. Muy posiblemente solo seamos un poco necios y nos alcance con usar nuestras mentes cual si fueran paracaídas. Es que como también, decía Frank "las mentes son como los paracaídas: solo funcionan cuando se abren".

(29) BO 17/12/1991.

(30) Del álbum "Apostrophe [*]" (1974).

(31) Aun cuando la frase se atribuye a Einstein, existe mucha controversia sobre su verdadero autor.

Habemus teletrabajo: ¿cuáles son los alcances del deber de indemnidad del empleador en esta nueva modalidad de prestación de servicios?

Francisco Marcelo Amado (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto.— III. Normativa aplicable.— IV. El deber de prevención y previsión del empleador. Su proyección particular con relación al teletrabajador.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.— VII. Jurisprudencia.

I. Introducción

La reciente ley 27.555 (en adelante, LT), sancionada por el Congreso Argentino, incluye como una nueva modalidad contractual laboral al *teletrabajo*. Si bien ya existía, previamente, relaciones de trabajo que operaban bajo esta forma, lo hacían en una zona gris. En efecto, al no existir una normativa que regulase específicamente esta forma de laborar, no estaban claros los derechos del trabajador y los límites a las facultades del empleador.

La pandemia fue, si se quiere, la gota que rebalsó el vaso. Obligadas por la situación de emergencia sanitaria, muchas relaciones laborales (incluso en el ámbito público) mutaron a esta modalidad. La necesidad de reglamentar esta situación, evitando excesos patronales y haciendo efectivo el principio protectorio (art. 14 bis, CN), se hizo inaplazable.

La nueva legislación es, por lo tanto, un avance en materia de derechos del trabajador **(1)**. Seguramente será perfectible, y la práctica lo dirá. Ya hay varios autores que la han valorado críticamente **(2)**. Lo que no puede negarse, en-

(*) Abogado (Universidad Nacional del Sur). Maestrando en la modalidad virtual de la maestría en derecho del trabajo y relaciones laborales internacionales (UNTREF).

(1) Se ha opinado en este sentido al decir: "... [L]a ley es muy positiva y contiene como fuente principal las recomendaciones efectuadas por la Organización Internacional del Trabajo..." (DEVOTO, Pablo A., "La ley 27.555: el nuevo régimen legal del contrato de teletrabajo. Una norma necesaria dictada en pos de la mejora continua del empleo y la calidad en el trabajo", LLOnline (AR/DOC/2755/2020), p. 11).

(2) "Ya en sus dos primeros artículos la ley dibuja un círculo de delegaciones que permitiría suponer una cierta intrascendencia en su dictado y anticipa así, lo poco que, en definitiva, termina regulando" (CHITI, Stella Maris, "Nueva ley de teletrabajo", LLOnline [AR/DOC/2658/2020], p. 1); "... nuevos errores conceptuales y de técnica legislativa y la contradicción de delegar en otra futura ley el marco definitivo, cuando la misma norma establece un texto material dentro de la LCT en el art. 102 bis..." (DE DIEGO, Julián A., "La ley transitoria de Teletrabajo 27.555 y sus proyecciones, reformas y reglamentación", LLOnline [AR/DOC/2711/2020], p. 3); "La primera observación es que la norma comentada ha sido dictada en un momento de excepción, como es el de la cuarentena, para ser aplicada luego de su incierta finalización a una realidad que se vislumbra, pero que no conocemos con precisión. Desde esta perspectiva el dictado de la norma ha sido apresurado y su regulación hipotética, ya que, no tiene anclaje concreto con la realidad a la que va a regular (...). Como señalamos, desconocemos concretamente las secuelas de la cuarentena, pero es dable intuir que uno de los problemas centrales va a ser el desempleo y en consecuencia la generación

tiendo yo, es que trae soluciones a una realidad hasta el momento olvidada **(3)**.

Una de las cuestiones que seguramente traerán problemas, es lo atinente a la *indemnidad del trabajador* (o teletrabajador). Hasta qué punto, el empleador deberá extremar sus cuidados y deberes para que aquel no vea mermada la persona, o su patrimonio. El presente trabajo tiene por objeto abordar sumariamente esa cuestión.

II. Concepto

Se define al teletrabajo como aquel donde "la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los arts. 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación" (art. 102 bis, LCT).

Por lo que entonces, para que se vea *tipificada* esta *modalidad*, es necesario que se verifiquen requisitos que hacen al:

— lugar: Las tareas comprometidas se lleven a cabo en forma *total* o *parcial* en: 1. El domicilio del trabajador; o 2. En lugares distintos al establecimiento o establecimientos del empleador;

— medio empleado: El trabajador se valdrá de las llamadas TIC para cumplir su prestación; y

— factibilidad del medio: Es necesario que el tipo de servicios comprometidos sean pasibles de ser ejecutados en forma remota (art. 1º, LT);

Entonces, podrá darse el caso de un dependiente que presté tareas del modo indicado y a su vez presencialmente. Dependerá de cada caso.

Es oportuno recordar que el teletrabajo es *voluntario* y debe optarse por el en *formaescrita* (arts. 7º y 8º, LT). Esto quiere decir que nadie puede ser obligado a laborar de esa forma, salvo *fuerza mayor* acreditada debidamente (esto para quien originariamente era un trabajador presencial).

Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, existe la posibilidad de *reversibilidad* (art. 8º, LT). Por lo tanto:

— el trabajador que consintió dejar de trabajar en forma presencial (en parte o en todo caso), podrá revocarlo en todo momento. En ese caso, el empleador deberá darle tareas en su establecimiento; y

— el trabajador que originariamente se obligó al teletrabajo podrá solicitar cambiar a la presencialidad, en las condiciones que se fije por medio del convenio colectivo aplicable.

III. Normativa aplicable

III.1. La Constitución Nacional (CN), los Tratados de Derechos Humanos, normas de la OIT y las Constituciones Provinciales. El Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.).

Son especialmente importantes, sin perjuicio de su relevancia genérica, en tanto normas basales del sistema, los arts. 14 bis y 75, inc. 22, CN.

Con relación a la OIT, sin perjuicio de todos los Convenios ratificados por Argentina, algunos citan como aplicable el Convenio 177 de la OIT sobre Trabajo a Domicilio **(4)**. Es una cuestión discutida.

---

de empleo genuino... (...). La pregunta es si el régimen de la ley 27.555 es amable en ese sentido; y por lo visto creemos que no, ya que, esa no ha sido su finalidad, con lo cual, además, de no ser proactivo en ese aspecto, es hipotético" (FOGLIA, Ricardo A., "Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo", LLOnline [AR/DOC/2928/2020], ps. 8-7); y "Entendemos que, de todas formas, la redacción actual de la LTT tenderá a desalentar el uso de la modalidad en cuestión" (VILLARINO, Federico — FRENKEL, Alfonso, "La Ley de Teletrabajo: primeras aproximaciones", LLOnline [AR/DOC/2781/2020], p. 3).

(3) Específicamente, y con anterioridad a su dictado, existían únicamente algunas reglamentaciones escuetas, así como ciertas recomendaciones, que luego comentaré.

(4) DEVOTO, Pablo A., "La ley 27.555: el nuevo régimen legal del contrato de teletrabajo. Una norma necesaria dictada en pos de la mejora continua del empleo y la calidad en el trabajo", LLOnline (AR/DOC/2755/2020), p. 4; y FOGLIA, Ricardo A., "Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo", LLOnline (AR/DOC/2928/2020), p. 1.

Por su parte, el Cód. Civ. y Com., en tanto norma aplicable a las relaciones laborales (sin perjuicio de los a veces necesarios ajustes interpretativos o su carácter subsidiario), también será muy importante. Es fundamental su art. 1º, que indica la manera en que las distintas fuentes regulatorias conviven, el llamado "diálogo de fuentes".

III.2. La ley 27.555 y los Convenios Colectivos aplicables.

En principio, será aplicable la ley 27.555. Como establece en su art. 1º: "[T]iene por objeto establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades, que, por su naturaleza y particulares características, lo permitan" (lo destacado me pertenece).

Dada su *inclusión a la LCT* por medio del art. 102 bis, puede interpretarse que su aplicación se excluye de aquellos trabajos no regidos por dicha normativa.

Será aplicable, entonces, a las actividades alcanzadas por la LCT y a aquellas que (sin perjuicio de su estatuto particular) contemplen subsidiariamente de aplicación la 20.744. Además, si las partes pactasen su aplicación, también quedarán cubiertos por sus disposiciones.

A su vez, y como establece el citado art. 1º *in fine*, los *aspectos específicos* del teletrabajo para cada actividad quedarán regulados por la negociación colectiva, así como en aquellos que la LT expresamente se lo delega. Entiendo que nada impediría que por esta última vía se establezca (de no ser aplicable directamente) la vigencia de la LT para la actividad de que se trate.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en virtud del art. 2º, Cód. Civ. y Com., creo que es válida la *aplicación analógica* de la LT para aquellos casos donde no se aplica la LCT, ni se pactó la aplicabilidad de la ley 27.555. La razón, es que contiene normas que hacen a derechos básicos del teletrabajador, contemplando expresamente la situación especial en que este se encuentra. Sus soluciones se hacen extensibles a todo otro trabajador (sin perjuicio de los matices que puede realizar el intérprete) a situaciones equiparables, como una forma de hacer efectivo el principio protectorio (art. 14, CN).

III.2.a. La ley 20.744 (LCT). La ley 11.544. La ley 12.713. Otras normas complementarias

Si se incorporó expresamente a la LCT, es obvio que su normativa se aplica a esta modalidad. Expresamente establece la LT en su art. 3º que los teletrabajadores tendrán en los términos de la 20.744 "los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial".

También, es aplicable la ley 11.544 de Jornada Laboral, así como toda otra norma complementaria a las anteriores y que hace a la relación laboral. Con relación a la ley 12.713 sobre trabajo a domicilio, algunos la consideran aplicable, y otros la refieren como antecedente **(5)**.

III.3. Las leyes 19.587, 24.577, 26.773 y 27.348 demás normas complementarias

Será aplicable la ley 19.587 que establece en su art. 1º: "Las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo se ajustarán, en todo el territorio de la República, a las normas de la presente ley y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten".

Por su parte, la 24.577 indica en su art. 2º: "Están obligatoriamente incluidos en el ámbito de la LRT: a) Los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus municipios y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; b) Los trabajadores en relación de dependencia del sector privado; y c) Las personas obligadas a prestar un servicio de carga pública", explicando a continuación que el PEN podrá incluir a otros trabajadores de considerarlo oportuno. A su vez, las leyes 26.773 y 27.348 (en tanto complementarias de la 24.577) también resultan aplicables.

Asimismo, toda otra ley complementaria a las anteriores, o que se aplique a la actividad de que se trate, también deberá ser tenida en cuenta.

(5) FOGLIA, Ricardo A., "Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo", LLOnline (AR/DOC/2928/2020), p. 1.

III.4. Normas administrativas

Sin perjuicio de las anteriores, existe una extensa cantidad de normas expedidas por el PEN y otros organismos administrativos que también habrá que considerar. Me refiero no solo a las reglamentaciones de las leyes a las que referí, sino también a resoluciones de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT) y del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Haré referencia a ellas en la medida de que lo considere pertinente a los fines de este trabajo.

IV. El deber de prevención y previsión del empleador. **Su proyección particular con relación al teletrabajador**

IV.1. Generalidades

Ha dicho Grisolía, que "el deber de previsión importa la obligación del empleador de adoptar todas aquellas medidas que resulten adecuadas y necesarias —teniendo en cuenta las condiciones especiales en que se desarrollan sus actividades— para evitar que el trabajador sufra daños en su persona como en sus bienes" **(6)**.

Se trata, en definitiva, de un desprendimiento particular del *principio de no dañar a otro* (art. 19, CN). Como ha dicho la CS: "... [El art. 19 de la CN establece el 'principio general' que 'prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero': *alterum non laedere,* que se encuentra 'entrañablemente vinculado a la idea de reparación... (...)'..." el 'hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental'" **(7)**. Es importante recordar, también, que la CN prevé como contenido del *principio protectorio* la necesidad de garantizar al trabajador *condiciones dignas y equitativas de labor* (art. 14 bis, CN).

Se trata de hacer efectivo el *principio general* contenido en el art. 1710, Cód. Civ. y Com.: toda persona está obligada, en cuanto de ella dependa, evitar la causación de daños antijurídicos, adoptando todos los medios a su alcance para que no ocurran, se morigeren o cesen.

Establece la LCT en su art. 75 que el empleador debe observar (haciéndolas cumplir) las *disposiciones legales y reglamentarias* (remarcando las de higiene y seguridad), aplicando las medidas que sean necesarias, para "tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores". Con especial hincapié para aquellas *actividades fundamentalmente riesgosas, penosas o realizadas en ambientes insalubres*, dónde la posibilidad de sufrir lesiones o daños es más alta (es la aplicación específica de la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas del art. 1757, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, el art. 76, LCT, conmina al empleador a "reintegrar al trabajador los gastos suplidos por este para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo". La norma es clara al respecto. El empresario brindará al trabajador los bienes para que trabaje (de hecho, tiene obligación de hacerlo), y para el caso de que este último deba aportar él mismo elementos para el desempeño de su función, o tenga costos en exceso, deberán serle resarcidos todas las minoraciones patrimoniales.

IV.2. Los exámenes médicos

El empleador estará obligado, así como también la ART que contrate en ciertos casos, a realizarle al trabajador *revisaciones médicas*. Esto no es solo importante para la exclusión que contempla la 24.557 en su art. 6º (que ya se verá), sino también a los efectos de *preservar la salud del dependiente.*

Según los contempla el art. 1º de la res. de la SRT 37/2010, los estudios médicos comprendidos dentro del sistema son: a) preocupacionales; b) periódicos; c) previos a la transferencia de una actividad; d) posteriores a una ausencia prolongada; y e) previos a la terminación de la relación laboral.

Sin perjuicio de las disposiciones especiales que dicha disposición contiene, en materia de teletrabajo, entiendo que más allá del *examen preocupacional* para aquellos trabajadores que

(6) GRISOLIA, Julio A., "Manual de derecho laboral", Ed. Abeledo Perrot, 2019, p. 349.

(7) CS, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", LLOnline (AR/JUR/2113/2004).

comienzan su relación laboral de esta manera, también deberá realizársele un estudio a aquel que *cambia de modalidad*: de presencial a teletrabajo.

Asimismo, y dadas las características que esta forma de prestar servicios tiene (y que impiden un control directo), entiendo que sería adecuado que con cierta *periodicidad* se le hicieran revisaciones médicas, a los efectos de ver cómo viene la salud del trabajador bajo esta modalidad, y si es necesario algún tipo de terapia preventiva, indicársela. Así se evitará llegar a situaciones límites y riesgosas para el trabajador.

IV.3. La excepción de incumplimiento contractual. La acción preventiva del Cód. Civ. y Com.

La ley concede al trabajador expresamente en dicha norma la *excepción de incumplimiento contractual*: como se trata de un deber sinalagmático, su inobservancia deja al dependiente en la posibilidad de abstenerse de prestar tareas.

Para hacerlo, deberán darse las condiciones que establece el art. 75, LCT: "[E]l... [trabajo]... le fuera exigido en... [condiciones inadecuadas a las disposiciones normativas y]... siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca". Se trata, en definitiva, de seguir una conducta adecuada al *principio de la buena fe*, que debe primar en toda relación laboral (art. 63, LCT).

Entiendo que el trabajador (o la entidad gremial, fruto de una interpretación amplia del art. 1712, Cód. Civ. y Com.) podría, además, de valerse de la citada excepción, hacer uso de facultad contenida en el art. 1711 Cód. Civ. y Com.: *la acción preventiva*.

En efecto, dicha norma habilita a toda persona —con un interés razonable en su prevención— que *conozca el posible acontecer de un daño* (haya previsibilidad objetiva de ello) *o que de uno que se esté produciendo*, por una acción u omisión antijurídica de un tercero, a solicitar ante el poder judicial. Valiéndose del medio procesal que estime más idóneo (por su naturaleza, alguno urgente), podrá requerir ante la magistratura medidas razonables destinadas a *cesar o morigerar* esa situación, adecuadas a los principios de menor restricción posible e idoneidad (art. 1713, Cód. Civ. y Com.).

Para el caso de que se trate todavía de la posibilidad de un daño inminente, dado que la norma impone acreditar la *antijuridicidad* (art. 1711, Cód. Civ. y Com.), la actora podrá probar la omisión o el cumplimiento defectuoso de la normativa en materia de seguridad e higiene por parte del empleador o su ART.

IV.4. El deber de reparar

Como obvia derivación de lo anterior, y frente a su incumplimiento, está el *deber de indemnizar* (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) al dependiente lesionado tanto en su persona, como en sus bienes. Sin embargo, toda la normativa (más allá del Cód. Civ. y Com. y la LCT, especialmente la ley 19.587 y la 24.577) apunta a evitar esa instancia. Es decir, de lo que se trata es de *arbitrar todos los medios posibles para que el perjuicio no se concrete sobre el dependiente* (en un sentido amplio).

A los efectos indemnizatorios, los legitimados activos (en principio el trabajador, pero que se extenderá a sus sucesores) tendrá dos opciones, o, mejor dicho, tres. Legalmente, en virtud del art. 4º de las 26.773, la *actora deberá elegir disyuntivamente*: puede preferir la vía tarifada de la ley 24.577, o pedir una reparación el marco del Cód. Civ. y Com. La opción no solo que es *excluyente*, sino que también tendrá su *correlato procesal*: en el marco de la vía especial, al trabajador le bastará con acreditar el incumplimiento del empleador o una de las contingencias del art. 6º de la 24.577, así como la relación causal con el daño que alega, trasladándose al empresario la carga de una excepción. Por el contrario, de elegir la vía ordinaria del Cód. Civ. y Com., deberá probar el daño, la antijuridicidad (muchas veces superpuesta con el incumplimiento de una obligación), la relación de causalidad y el factor de atribución.

Sin embargo, como decía, tiene una tercera opción. Plantear la *inconstitucionalidad* del art. 4º de la 26.773, para luego demandar por la

vía especial a la ART (que tiene la obligación de responder de darse los presupuestos legales) y demandar al empleador por todo aquello que exceda de la tarifación el marco de la Cód. Civ. y Com.

Ahora bien, no puede olvidarse tampoco que, si el empleador incurre en algún *trato discriminatorio* (art. 16, CN) a los trabajadores que se desempeñan bajo esta modalidad, estos se verán habilitados no solo a reclamarle los perjuicios que derivados de esa conducta sufran, sino también a que cese en los términos del art. 1º de la ley 23.592.

IV.5. Las disposiciones de la 24.557. Accidentes y enfermedades laborales. Exclusiones

Es oportuno recordar que el sistema de riesgos de trabajo contempla dos *contingencias cubiertas* por el mismo (art. 6º, ley 24.557).

En lo que hace a los *accidentes*, la ley los define como: "[T]odo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo".

Por lo tanto, y en principio, todo daño que sufra en su persona el dependiente trabajando o como consecuencia o de él, será indemnizable por el empleador (o la ART). También, debe contemplarse a aquel que el trabajador sufre desplazándose al lugar de prestación de tareas (el llamado accidente *in itinere*), siempre y cuando no se dé la situación de desvío u alteración.

Dado que como lo define el art. 102 bis, LCT el teletrabajo puede ser efectuado "total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador", entiendo que la *posibilidad de un accidente in itinere es posible*. En efecto, si el trabajador no laborare en su domicilio, y debiera trasladarse para hacerlo, se está ante la situación que se pretende cubrir.

En lo que hace a las *enfermedades*, la 24.557 establece que serán contempladas "aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo". Sin embargo, también abarcará a aquellas que la Comisión Médica Central (por medio del procedimiento especial previsto) acepte como tales.

En lo que hace a las *exclusiones*, la 24.557 deja fuera de su ámbito a: 1. Los accidentes y enfermedades originados dolosamente por el trabajador o en fuerza mayor ajena al trabajo; y 2. Las incapacidades preexistentes a la relación laboral, acreditadas por examen preocupacional.

IV.6. Las disposiciones especiales de la 27.555 sobre seguridad, higiene e indemnidad del trabajador. La res. 1552/2012

Sin perjuicio del conjunto de normas anteriores aplicables (ratificadas en buena medida por lo dispuesto en el art. 3º, LT), también están las que prevé la norma especial. En lo que hace a la materia comentada, la LT tiene las siguientes disposiciones (los destacados me pertenecen) que en su parte pertinente establecen:

"Art. 9º— Elementos de trabajo. El empleador debe proporcionar el equipamiento —hardware y software—, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja. La compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.

"(...)

"En caso de desperfectos, roturas o desgaste en los elementos, instrumentos y/o medios tecnológicos que impidan la prestación de tareas, el empleador deberá proveer su reemplazo o reparación a fin de posibilitar la prestación de tareas. El tiempo que demande el cumplimiento de esta obligación patronal no afectará el derecho de la persona que trabaja a continuar percibiendo la remuneración habitual.

"Art. 10.— Compensación de Gastos. La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme las pautas que se esta-

blezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t.o. 2019) y sus modificatorias.

"Art. 14.— Higiene y seguridad laboral. La autoridad de aplicación dictará las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo con el objetivo de brindar una protección adecuada a quienes trabajen bajo la modalidad laboral del teletrabajo. El control del cumplimiento de esta normativa deberá contar con participación sindical. Asimismo, la autoridad de aplicación determinará la inclusión de las enfermedades causadas por esta modalidad laboral dentro del listado previsto en el art. 6º, inc. 2º, de la ley 24.557. Los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del art. 6º, inc. 1º, de la ley 24.557".

Como se lee de los artículos, lo que LT hace es o repetir normas que ya se encontraban en la normativa general, y a veces con algunos agregados particulares, sin perjuicio de delegar buena parte de la regulación a la normativa que se dicte como consecuencia de su sanción.

Me parece importante destacar que muchas de estas cuestiones, sin perjuicio de lo que disponga la reglamentación y los convenios colectivos, deberán *asentarse de forma detallada y debida en el contrato de trabajo.* Es oportuno recordar que para que esta modalidad sea válida, debe *celebrarse por escrito.* En consecuencia, será oportuno dejar asentado allí una serie de cuestiones relacionadas con lo que hace a esta temática, para evitar futuros inconvenientes.

En lo que hace a los *materiales de trabajo*, lo dispuesto es una adecuación de lo establecido en la LCT. El empleador deberá brindarlos, así como hacerse cargo de los costos que instalación, mantenimiento y reparación en su caso. O, en su caso, si optare por que el trabajador los aportare, deberá *compensarlo debidamente* (en consonancia con lo que dispongan los CCT). Asimismo, y con relación a las *roturas o desperfectos*, cuando las mismas implicaren privar al trabajador de los medios para trabajar, el empleador deberá correr con esos gastos, pagándole normalmente el salario.

Dado que se trata de una modalidad que *implica necesariamente gastos personales del trabajador*, la norma manda al empleador a compensárselos en la medida que tengan esa relación directa con el trabajo.

Entonces, en consonancia con lo dispuesto por la res. 1552/2012 de la SRT el empleador y la ART deberán contemplar (la resolución obliga al empleador a algunas expresamente) entre otras cuestiones que *el trabajador disponga* de: a) una silla ergonómica y adecuada para prestar tareas; b) una computadora con el software y hardware necesario para cumplir sus funciones; c) una conexión a internet adecuada a las exigencias de las tareas; d) un matafuegos; e) un botiquín de primeros auxilios, etcétera.

En lo que específicamente a *higiene y seguridad,* la LT delega en la reglamentación el dictado de la regulación pertinente. Prevé en cuanto a las *enfermedades* que la autoridad promoverá su inclusión dentro del listado al que refiere la ley 24.557. En la medida que esto no sea así, deberá valerse de las que ya están, así como del procedimiento ante la Comisión Médica Central. Sin perjuicio de ello, podrá tratarse de acreditar en juicio.

En lo que hace a los *accidentes*, la norma establece una presunción *iuris tantum*: los accidentes acaecidos en jornada, ocasión y lugar de trabajo. La carga de la prueba de que no lo son, una vez que se pruebe lo anterior, recaerá sobre el empleador. Aquí cobrará especial relevancia los exámenes médicos vistos. Si se prueba la relación causal, y el daño, el empresario deberá buscar probar la causa ajena.

Por lo que, en principio, y salvo fuerza mayor o dolo del trabajador, el empleador responderá por todo acontecimiento súbito y violento que resulte en un daño a la salud del dependiente. Es oportuno recordar que el art. 1730 define al caso fortuito o fuerza mayor como "el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado". Se agrega, también, que debe ser ajeno a la actividad de que se trate ese hecho. Por lo que responderá por todo lo que ocurra en hecho u ocasión de trabajo, salvo que se pruebe en contrario. Son aplicables analógicamente (o en su caso en forma directa si se optase por esa vía) las disposiciones sobre

riesgo o vicio de las cosas y actividades riesgosas del Cód. Civ. y Com.

Dado que la prestación se lleva en ausencia del empleador —o fuera de su control en buena medida—, las contingencias comprendidas pueden ser variadas. Hay *límites concretos a la fiscalización* que pueda hacer el empleador o la ART (las cuáles trataré más adelante) para anticiparse a esos riesgos. Deberá siempre y en todos los casos, respetarlos.

En lo que está bajo su control *a priori*, deberá asegurarse que *los medios que utilice el dependiente para trabajar* sean seguros y estén en condiciones que preserven su seguridad. En cuanto al *medioambiente* en que lo haga, también, siempre y cuando eso no sea una intromisión indebida en la privacidad o intimidad del trabajador. Si hubiera algún desperfecto del lugar, o circunstancia riesgosa y que pueda ser detectado (dentro de los límites) por el empleador o la ART, deberá buscar subsanarlo. De lo contrario, si no pudiese conocerlo por estarle vedado, de ocurrir una contingencia que se adecúe a los requisitos legales, deberá indemnizarse. Serán importantes, repito nuevamente, los *estudios médicos* periódicos para anticiparse a cualquier morbilidad u accidente que pudiese ocurrir. De no tomarse los recaudos necesarios, y producirse el daño, deberá indemnizarse.

Asimismo, el empleador deberá instruir [como parte de la formación **(8)**] al dependiente de todas aquellas *actitudes o conductas personales a seguir para mitigar y evitar posibles daños.* Su omisión, podrá hacerlo responder. Estaría exento de hacerlo, si probare en contra de la presunción que el trabajador las ignoró dolosamente.

En este sentido, y con relación al trabajador, entiendo que como consecuencia de los *deberes de buena fe y cooperación* que le competen (arts. 62 y 63, LCT), de conocer *riesgospotenciales* en el ambiente de trabajo, deberá denunciarlos. Su *ocultación dolosa*, entiendo significaría una excepción a la responsabilidad del empleador (en los términos del art. 6º de la 24.577). Sin embargo, este último deberá hacerse cargo de acreditarlo, destruyendo la presunción legal.

IV.7. El límite temporal al deber de indemnidad. La jornada laboral del teletrabajador

El art. 4º de la LT lo establece como otro de los puntos que deberán asentarse por *escrito*. Y esto tiene un sentido: sin perjuicio de su adecuación a las limitaciones generales del ordenamiento jurídico, debe tenerse en cuenta el *derecho a desconexión* (art. 5º, LT).

Dice la ley: "... La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias...". Incluso la normativa aclara que el software que se utilice debe estar diseñado de modo tal de no funcionar fuera de tiempo. Además, agrega, que el empleador no podrá sancionar al empleado por gozar de este derecho, ni tampoco exigirle por fuera del horario pactado. Obviamente debe entenderse como de *naturaleza irrenunciable* (art. 12, LCT).

No puede olvidarse, como otro de los elementos que incidirán en esta dimensión temporal es la previsión del *cuidado de personas convivientes* previstas por el art. 6º, LT.

Por lo tanto, toda *contingencia* que sufra el trabajador en su persona o bienes, y que tenga relación de causalidad con el trabajo, siempre que ocurra dentro de estos márgenes temporales, deberá ser *indemnizada por el empleador* (a menos que haya una causa legal de excepción).

Sin perjuicio de ello, y como consecuencia de los principios generales, si en virtud del *riesgo o vicio de las cosas* introducidas por el empleador —en cualquier momento— el trabajador o quien sea sufre perjuicios —independientemente de su naturaleza, siempre que se ajusten a los requisitos legales— deberán indemnizar-

(8) Más allá del derecho genérico a la formación, la LT dispone en su art. 11: "Capacitación. El empleador deberá garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral. La misma no implicará una mayor carga de trabajo. Podrá realizarla en forma conjunta con la entidad sindical representativa y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación".

las, ya sea como dueño o guardián (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.). Asimismo, si el trabajo se pudiese definir como una *actividad riesgosa* y dañase a alguien, también deberá indemnizarse (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.).

IV.8. Las facultades de control del empleador y la ART. La intimidad del trabajador. Su protección legal

La LT posee dos normas al respecto. El art. 15 expresamente prevé que todo *sistema de control* que se establezca, destinado a proteger al empleador en su información y propiedad, deberán contar con *participación sindical*. El fin, es que se proteja intimidad del dependiente y su privacidad.

Por su parte, el art. 16 conmina al empleador a disponer todas las *medidas necesarias* "para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja", aunque prohibiéndole establecer *software de vigilancia*.

Se trata de una problemática que ya había ocupado anteriormente el interés de la doctrina **(9)**. La razón, es que esta cuestión pone en juego un *derecho fundamental* del trabajador: su *intimidad* y la *inviolabilidad de su domicilio* (arts. 18, 19 y 75, inc. 22, CN). Como se ha destacado **(10)**, lo que se trata aquí es de *ponderar* dos derechos distintos: "Se delimita el poder de vigilancia exigiendo proporcionalidad con el objetivo perseguido, así como la responsabilidad del empresario para salvaguardar y garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador".

Por un lado, está la *facultad reconocida al empleador* para controlar la forma de ejercicio de la prestación por parte del trabajador, así como para proteger su capital empresario (arts. 64, 65 y 70, LCT). La 20.744 establece como límites específicos a esta prerrogativa (arts. 68, 70, 71 y 72, LCT): su *carácter funcional* **(11)** (destinado a satisfacer las necesidades organizacionales); la *dignidad e indemnidad* del trabajador; la puesta en *conocimiento* del dependiente **(12)**; y su *sujeción a control administrativo*.

Además, y dado que en muchos casos el teletrabajo se realizará en su domicilio, entiendo que cobra importancia lo dispuesto en el art. 73, LCT. De este modo el empleador no podrá, so pretexto del control que lo habilita la normativa laboral, violar la *libertad de expresión* del dependiente.

Por otro lado, está el referido derecho fundamental del trabajador, que también supondrá *otro límite concreto al empresario* (arts. 14 y 19, CN). Este último no podrá abrogar el contenido nuclear de la prerrogativa del dependiente—ningúnderechoesabsoluto—,buscándose siempre en virtud del *principio protectorio* (art. 14 bis, CN) aquella alternativa más conteste con la *dignidad* de aquel y que suponga la *menor invasión posible* de su intimidad. Desde el momento en que el teletrabajo supone ingresar en una esfera privada, es obvio que la privacidad debe tener una alteración, pero debe buscarse que sea lo más leve que sea factible.

Además, hay más allá de las disposiciones de la CN, como de la LCT, regulaciones de otra naturaleza como las de *contenido penal* que protegen al trabajador. Además, del delito de

(9) RICASOLI, Selene N., "El teletrabajo a domicilio y su incidencia en el derecho a la intimidad", LLOnline (AR/DOC/1643/2019); y ALTOMARI, Mónica C., "Implicancias de la implementación de políticas de seguridad de la información en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador", LLOnline (cita: 0003/402351).

(10) RICASOLI, Selene N., ob. cit., p. 4.

(11) "El control debe referirse exclusivamente a aspectos relacionados con el trabajo, pues la base del ejercicio del derecho del empleador es el control de la productividad de la empresa, y resulta evidente que, salvo en supuestos especiales, lo ajeno a lo laboral no puede legitimar la función de control. El empleador debe justificar la concreta necesidad del medio empleado a tal fin de responder a una identificada exigencia productiva" (ALTOMARI, Mónica C., "Implicancias de la implementación de políticas de seguridad de la información en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador", LLOnline [cita: 0003/402351], p. 5).

(12) "Los controles no deben ser subrepticios, el trabajador debe tener pleno conocimiento de que es monitoreado a fin de que pueda proteger su intimidad cuidando sus expresiones y conductas, para no exponer situaciones personales íntimas. El empleador que realiza controles ocultos viola el derecho a la privacidad del trabajador, ejerce de forma impropia su derecho de monitoreo laboral y vulnera el principio de la buena fe contractual" (ALTOMARI, Mónica C., ob. cit., p. 5).

violación de domicilio (art. 150 del Cód. Penal), así como los de violación de secretos y de la privacidad (arts. 153, 153 bis, 155, 156 y 157 bis del referido código).

Se ha destacado, con criterio que comparto: "... [L]a importancia de que el empresario deba definir en forma previa, requiriendo la conformidad de su dependiente, aquellas reglas de uso del ordenador y con carácter prioritario informar a los trabajadores tanto de la existencia del control como de las medidas aplicables, al estar en juego el derecho a la intimidad e incluso el derecho al secreto de las comunicaciones..." **(13)**.

A lo anterior, si se le suma al hecho de que esta modalidad debe ser *pactada por escrito* **(14)**, refuerza la idea de que el instrumento contractual debe contemplar una variedad de cosas de vital importancia. Cuando más i (en la medida que sea necesario) sea el contrato, mayor será la posibilidad de evitar futuros conflictos **(15)**. A su vez, la *formación del dependiente* también será relevante, para que sepa cómo proteger su intimidad y sus datos del mejor modo posible, utilizando los medios a su alcance.

Entiendo totalmente atinado lo dispuesto por el art. 4º de la citada res. 1552/2012 de la SRT: "Establécese que el empleador, previo consentimiento del trabajador y notificando fecha y hora cierta de visita, puede verificar las condiciones del lugar determinado por el trabajador para la ejecución de su tarea, a través de un profesional del área de Higiene y Seguridad de la Empresa, quien puede ser acompañado por un técnico de la ART o un representante de la Entidad Gremial". De no derogarse esta norma, será plenamente aplicable. Sin perjuicio de ello, sería conveniente agregarla en la reglamentación que se efectúe.

Toda violación a estos deberes tendrá como obvia consecuencia (habiéndose producido menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales) la obligación de indemnizar y cesar en la conducta violatoria.

V. Conclusiones

El teletrabajo, como realidad del mundo laboral, es cada vez más actual. Sin ser un fenómeno reciente, su difusión se ha acentuado en la actualidad fruto de distintas circunstancias, pero pronunciadamente por la pandemia del COVID-19. Esta situación que nos ha tocado vivir como mundo, precipitó la necesidad de una legislación que se haga cargo de esta modalidad de prestar servicios. Y esa fue la finalidad de la comentada ley 27.555.

Sin perjuicio, de las múltiples mejoras, o críticas que puedan hacerse al texto normativo, yo considero que el balance es positivo. Ahora bien, eso no me impide reconocer que la norma necesita de una reglamentación profusa y de una negociación colectiva activa. En efecto, la LT es como ella misma lo asume, la que fija los lineamientos básicos de esta nueva modalidad de la LCT. Sin embargo, por sí sola, es insuficiente.

Son varias las cuestiones a reglamentar, pero siendo el objeto de este trabajo la indemnidad del trabajador me interesa remarcar la necesidad de que se legisle: a) en materia de accidentes y enfermedades laborales; b) prevención, seguridad e higiene; c) controles del empleador, la ART y sus límites; y d) la intimidad del trabajador y su protección.

También, y sin perjuicio de lo anterior (tanto ahora, sin reglamentación, como cuando la haya), será fundamental lo que las partes acuerden al momento de entablar la relación (no se

(13) RICASOLI, Selene N., "El teletrabajo a domicilio y su incidencia en el derecho a la intimidad", LLOnline (AR/DOC/1643/2019), p. 3.

(14) "... cabe destacar que el hecho del consentimiento del trabajador a ser monitoreado es de escasa relevancia, pues en materia laboral no puede ser considerado como vinculante en la renuncia de los derechos..." (ALTOMARI, Mónica C., "Implicancias de la implementación de políticas de seguridad de la información en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador", LLOnline [cita: 0003/402351], p. 5).

(15) "... resulta esencial el establecimiento de políticas claras que establezcan la correcta utilización de las herramientas informáticas, y que pongan en conocimiento del trabajador que dicho uso debe ser realizado exclusivamente en función de su actividad laboral. Asimismo, debe hacérseles conocer a los empleados el derecho y la intención de la empresa de realizar controles, como así también la modalidad y condiciones en que se realizarán los mismos..." (ALTOMARI, Mónica C., ob. cit., p. 10).

olvide que la ley fija la necesidad de que sea por escrito). Entiendo que será un modo no solo de cubrir las omisiones de la norma, sino también, como una manera de anticiparse a los problemas y conflictos en el futuro.

El teletrabajo es un desafío, y sin perjuicio de lo que se piense en cuanto a sus bondades o elementos negativos, se impone como tantas cosas en la realidad. Por ello, es positivo que contemos hoy con una norma que coloque los cimientos de lo que será una modalidad cada vez más común. Solo el tiempo mostrará sus huecos o puntos débiles, y en su caso, será ocasión de modificarla. Mientras tanto, bienvenida sea. Hasta que esté la reglamentación, habrá que interpretar el texto legal echando mano a los distintos preceptos que fija la LCT, el Cód. Civ. y Com. y la CN (arts. 14 bis y 75, inc. 22).

VI. Bibliografía

ALTOMARI, Mónica C., "Implicancias de la implementación de políticas de seguridad de la información en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador", LLOnline (cita: 0003/402351);

CHITI, Stella Maris, "Nueva ley de teletrabajo", LLOnline (AR/DOC/2658/2020);

DE DIEGO, Julián A., "La Ley Transitoria 27.555 de Teletrabajo y sus proyecciones, reformas y reglamentación", LLOnline (AR/DOC/2711/2020);

DEVOTO, Pablo A., "La ley 27.555: el nuevo régimen legal del contrato de teletrabajo. Una norma necesaria dictada en pos de la mejora continua del empleo y la calidad en el trabajo", LLOnline (AR/DOC/2755/2020);

DÍAZ, Jorge D., "Teletrabajo y esclavitud. Los teleoperadores de los llamados *call centers* o *contact centers*", LLOnline (cita: 0003/402839);

DÍAZ, Viviana L., "¿Exceso de TIC? El tecnoestrés y la tecnoadicción", LLOnline (AR/DOC/8034/2012);

FOGLIA, Ricardo A., "Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo", LLOnline (AR/DOC/2928/2020);

GARCÍA HAMILTON, Bernabé, "Aspectos legales de la modalidad del 'teletrabajo' en Argentina", LLOnline (AR/DOC/1590/2020);

GRISOLÍA, Julio A., "Manual de derecho laboral", Ed. Abeledo Perrot, 2019.

IRIARTE, Álvaro, "Nueva Ley de Teletrabajo", LLOnline (AR/DOC/2659/2020);

RICASOLI, Selene N., "El teletrabajo a domicilio y su incidencia en el derecho a la intimidad", LLOnline (AR/DOC/1643/2019);

SGUEGLIA, Enrique L., "El teletrabajo en la República Argentina, una perspectiva desde la Ley de Riesgos del Trabajo", LLOnline (AR/DOC/5146/2013);

VILLARINO, Federico — FRENKEL, Alfonso, "La Ley de Teletrabajo: primeras aproximaciones", LLOnline (AR/DOC/2781/2020).

VII. Jurisprudencia

CS, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", LLOnline (AR/JUR/2113/2004).

Nuevos paradigmas en la intimidad del trabajador y su imagen en el mundo de las relaciones laborales (*)

Gabriel E. Lanzavechia (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La concepción de los paradigmas y el Derecho: su readecuación social en el marco de cambio.— III. El nuevo escenario la Intimidad del trabajador y su imagen frente a la evidente colisión con la facultad de control por parte del empleador.— IV. Colofón.— V. Bibliografía.

I. Introducción

Para comenzar, debemos introducir al lector en los aspectos histórico-contextuales que han devenido como producto de este cambio de paradigma.

Todo comenzó por la aparición de un agente denominado SARS-CoV-2 (coronavirus), el cual se identificó por primera vez, en la República Popular de China, más precisamente en la ciudad de Wuhan, para el mes de noviembre 2019, donde se la detectó un tipo nuevo de neumonía, que no se tenía conocimiento hasta el momento. Para enero de 2020 se comenzó a delimitar la naturaleza del virus, el cual inmediatamente se lo relacionó con el virus SARS que décadas atrás tuvo en vilo a gran parte de la población de Oriente. Semanas después comenzaron las primeras muertes producto del virus y la advertencia de su alto nivel de contagio. El gobierno chino actuó con la intención de aislar el virus decretando una cuarentena, pero el escape de este era inevitable, ya se había trasladado a ciudades y países vecinos. Para fines de enero 2020 este había desembarcado en Europa, en su período invernal. Un mes más tarde, había alcanzado y extendido a más de 40 países en todo el globo. Inicialmente, las grandes potencias minorizaron la problemática invisible y hasta incluso comenzaron a advertir que el brote generaba una disminución en la contaminación en diversos espacios naturales. Dada la actuación gubernamental de diversos Estados,

(*) Base del publicado en Revista Argentina de Derecho Común, IJ Editores, octubre 2020, 5ª ed. especial COVID-19.

(**) Abogado, Profesor Universitario e Investigador. Auxiliar Letrado del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 7 del Depto. Judicial San Martín del Poder Judicial de la Pcia. de Buenos Aires. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Profesor Adjunto en Derecho de Familia, Derecho Financiero y Tributario, Práctica Profesional Supervisada e Interpretación del Derecho, de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor Adjunto en Derecho Procesal y Práctica Profesional II, Teoría del Proceso y Derechos Reales (Civil IV) de la Universidad Católica de La Plata. Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social I y Derecho del Trabajo II, del Instituto Universitario Escuela Argentina de Negocios. Miembro del Seminario Permanente de Investigación de la Persona Humana, Familia y Sucesiones, por el Instituto Ambrossio L. Gioja de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho de Familia del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Autor de publicaciones sobre temas de su especialidad.

los cuales comenzaron a recluir a las personas y contraer sus economías, comienza a advertirse pronóstico negativo en cuanto al crecimiento económico a nivel mundial. Así las cosas, los gobiernos comenzaron a cerrar aquellos espacios de público masivo, como así también las instituciones de concurrencia habitual, sean de formación y educación en todos sus niveles. Comienzan las primeras cuarentenas efectivas. Para el día 11 de marzo del año 2020, la Organización Mundial de la Salud, declara la pandemia, atendiendo al alto grado de propagación de la nueva amenaza virológica mundial.

A partir de allí, los países mantuvieron una constante: confinamiento, reclusión, cierre de fronteras y aislamiento obligatorio. Nuestro país no fue la excepción.

En la actualidad **(1)**, al momento de la redacción del presente, lleva el contador —humano— ascendiendo a 28.744.422 personas infectadas y 920.456 muertes.

II. La concepción de los paradigmas y el derecho: su readecuación social en el marco de cambio

Siguiendo aquella perspectiva sostenida **(2)**, la evolución del derecho puede definirse como un estadio de colisión y estratificación constante, donde no se puede identificar una idea pasiva y de única construcción en la cual el sujeto humano únicamente añade; a lo culturalmente creado, una idea más sin existir conflicto.

Por el contrario, la sociedad avanza y retrocede desmedidamente en razón de múltiples causales, que van desde cuestiones políticas, económicas, sociales, religiosas, climáticas, tecnológicas, entre otras; las cuales se asientan sobre necesidades públicas de la inmensa mayoría de los individuos que la componen.

Por ello, producto de los cambios que se insertan, es menester readaptar las consideraciones de las construcciones culturales que la rigen a los efectos de salvaguardar la convivencia pacífica de todos los individuos.

Así las cosas, entendido el derecho como una construcción cultural constante y dinámico; frente al cambio en la sustancia del pensamiento legislativo, jurisprudencial y/o doctrinario, como así también de origen fáctico (esto es cuando la sociedad impulsa el cambio a través de la movilización político-social) se genera la necesidad de modificación de las normas jurídicas vigentes produciendo la adecuación de estas. Todo lo cual, como juego de dominó, se produce un cambio de paradigma al cual denominaremos el repensar social. Es, por ello, que se afirma que existe una intrínseca relación entre: sujeto humano-cambio cultural-proceso de readecuación; toda vez que el primero, inserto en la convivencia social, advierte en mayor o menor medida las causales de avance y de retroceso mencionadas anteriormente, gestándose así la idea, o noción de necesidad de provocar un cambio cultural para readecuar la movilización referida, y establecer nuevamente un estadio normado o normal; y por ello, la aparición de la nueva norma legal. Debemos agregar, que ese repensar social queda anidado a los condicionamientos tempo-espaciales que; a su vez, determinan al sujeto —elemento vital de la fórmula mencionada en el párrafo anterior— y que, consecuentemente, afectan al cambio de paradigma; formando parte de aquellas causales, por lo que referiremos al tiempo y espacio como el aspecto contextual en el que se desarrolla la fórmula mencionada.

Es así como podemos concluir que los cambios sociales que se gestan son el producto del destino final que construye el sujeto humano en la convivencia con el otro; es decir, la intersubjetividad, y que, en estricta readecuación con los cambios, yace el paradigma naciente, dentro de un marco contextualizado tempo-espacialmente. Por ello, el sujeto humano, en lo que normativamente respecta, opera adecuando las normas vigentes, o bien, llenando los vacíos legales advertidos por estos, a fines de readecuar el cambio cultural.

III. El nuevo escenario la intimidad del trabajador y su imagen frente a la evidente colisión con la facultad de control por parte del empleador

Siguiendo el orden de ideas, debemos advertir que la pandemia COVID-19 ha implica-

(1) BBC web, link, https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060, fecha de consulta 13/09/2020.

(2) LANZAVECHIA, Gabriel E., "La gratuidad en las actuaciones de defensa del consumidor: hoy, un ideal incumplido", Cita: MJ-DOC-13498-AR | MJD13498, Fecha: 05/04/2018.

do un impacto cultural sumamente gravitante en nuestro Mundo. No solo hablamos desde los aspectos sanitarios y/o médicos, sino que toda área científica, social, económica, cultural, educacional, laboral, etc., se verá afectada y transformada.

Así las cosas, el sin fin de implicancias socioculturales que sostiene sobre sus hombros la Humanidad, que hoy nos encuentra en un estado de shock a la espera del reinicio —¿o recomienzo?— deben ser canalizadas por los académicos y científicos e internalizadas por los ciudadanos, puesto que esta nueva realidad ha venido para quedarse.

Por ello, para comenzar a deshilar entre las distintas ciencias, este humilde aporte pondrá el foco en el ámbito de las relaciones laborales, y más precisamente en las cuestiones propias al funcionamiento de la empresa y la intimidad e imagen de los trabajadores.

Desde investigaciones anteriores **(3)** se advierte en la praxis que las relaciones laborales han dado un vuelco en el carácter de las prestaciones —objeto del contrato de trabajo— de tipo presencial en establecimiento de la empresa hacia una de carácter virtual y a la distancia. Es, por ello que, para lograr la actividad laboral, se debe recurrir a los distintos tipos de plataformas virtuales y/o digitales y demás herramientas tecnológicas **(4)**.

A través de ellas, los Trabajadores participan en las distintas actividades formales de su labor que fueran asignadas y propuestas por el empleador dentro de su faz de dirección, a fines de cumplir su prestación contractual laboral.

Las actividades más comunes corresponden a comunicaciones por parte de los trabajadores, de un lado, como ser el empleo de correo electrónico empresarial, la captación de grabaciones de voz, utilización de herramientas de captación de imagen, videos, propuestas de trabajo bajo la utilización de PDF y archivos de los más variados; los cuales también tienen un entramado particular que debería analizarse jurídicamente, pero no será objeto del presente. Del otro lado, los empleadores quienes participan activamente en la propuesta de actividad laborativa para la consecución del objeto empresarial, ejerciendo sus diversas facultades conforme ley, entre ellas dirección, control y vigilancia, disciplinarias, etc.

Esto quiere decir que las prestaciones laborativas se han transformado, surgiendo nuevos modos de realización, principalmente a través de la tecnología, pudiendo realizar estas a la distancia.

Nótese, en lo inmediato, como se ha sancionado una ley —cuestionada o no— que regula el teletrabajo (ley 27.555), en sus diversas formas. Lo que destacamos no refiere al contenido normativo, ni la sustancia, ni finalidad de la ley, sino más bien a la vertiginosidad con la que se incorporó el andamiaje legislativo para dar una posible solución al nuevo impacto social.

Existía la necesidad de reformar la ley.

Recuerdo en incesantes horas de estudio sobre la temática, los primeros proyectos de ley sobre la temática, sin embargo, jamás se positivizaron quedando como meros proyectos que demostraban la intención del legislador de querer adecuar las relaciones laborales a las nuevas tecnologías.

Intención que quedaba trunca. Pero, con los sucesos actuales la necesidad superó todo obstáculo.

Ahora bien, el supuesto conflictivo identificado en este nuevo paradigma se produce en caso de la utilización de los programas específicos tecnológicos en donde la imagen —y su reproducción— y la intimidad de los trabajadores queden expuestas, como así también aquellas herramientas entregadas por el empleador para la realización de la actividad laborativa, como por ejemplo correo electrónico institucional, sistemas de telefonía celular, GPS, etcétera.

De ello, surgen varios interrogantes, a saber:

¿Qué implicancias y alcances tiene la exposición de la intimidad como así también de imagen? ¿Se debe requerir autorización para la

(3) LANZAVECHIA, Gabriel E., "La intimidad laboral y la facultad de control a la luz de los principios del derecho de la buena fe laboral y solidaridad jurídica. Análisis jurisprudencial en las Cámaras Nacionales del Trabajo", Ed. Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina, 2019, 1ª ed.

(4) Entre las que se pueden destacar Zoom, Google Meets, Dúo, Skype, entre otras plataformas privadas.

reproducción y control? ¿Cómo debe operar el consentimiento? ¿Quién lo debe otorgar? ¿Hay responsabilidad en caso de propagación de la imagen y/o violación a la intimidad? ¿Hasta dónde puede llegar el control que efectúa el empleador con relación a sus trabajadores? ¿Cuáles son los límites del uso que tiene el trabajador respecto de estas herramientas?

Frente a lo planteado, claramente nos encontramos en el marco de un conflicto de derechos de raigambre constitucional que merece ser analizado integralmente por los científicos del derecho, a fin de establecer criterios de unidad y otorgar seguridad jurídica en las relaciones individuales laborales.

Aquel claramente se encuentra anidado a aquel choque de derechos intimidad del trabajador y su Imagen (art. 19, CN y Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional) se frente a la evidente colisión con la Facultad de Control por parte del Empleador (art. 14, CN y Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional).

Veamos a continuación cada uno de ellos.

III.1. El derecho a la intimidad del trabajador

A los efectos de delimitar el concepto de Intimidad, seguiremos las voces de los juristas que a lo largo de los años han delimitado el significado que suscita el derecho a la intimidad. Por su parte, Santos Cifuentes explica que no hay distinción entre vida privada e intimidad, sino que para él son sinónimos. Se encarga de explicar el concepto de vida privada:

"... [A]demás, de todo lo que comprende y encierra el secreto, que es todo lo que compone y construye para sí en soledad el individuo, es decir, aquellas parcelas más ocultas de su ser y de su actividad, ignoradas e impenetrables para los demás en general y que solo ha comunicado a un individuo o a muy cercanos allegados, sino también un espacio menos restringido, ya que, abarca lo reservado o confidencial propio de la convivencia social y en compañía con el selecto grupo de personas que lo rodean habitualmente, concepto que, al considerarse en la sociedad histórica donde se vive, está en gran medida condicionado por los factores morales y socio-políticos característicos de esa convivencia..." **(5)**.

En síntesis, explica que la intimidad comprende el secreto, y todo lo que el individuo crea, construye, desarrolla en soledad. Comparte muchas similitudes con lo expuesto por los criterios mencionados *ut supra* del diccionario. Agrega que ese actuar del hombre en la vida privada al compartir sus intimidades, muchas veces está condicionado por factores morales, sociales y políticos que resultan propios de la convivencia humana. Por otro lado, Julio César Rivera, cuya postura es compartida por Cifuentes, define a la intimidad como: "... [E]l derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está delimitado por las necesidades sociales y los intereses públicos..." **(6)**. Lo coincidente en cuanto a concepto entre Rivera y Cifuentes es que consideran que la intimidad se encuentra delimitada por determinados factores, como ser sociales, políticos, públicos.

Por su parte, Matilde Zavala de González precisa el concepto: "El derecho a las intimidades, entonces, el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de esta en lo personal, en sus expresiones y sus efectos" **(7)**. Asimismo, Isidoro Goldenberg lo circunda como aquel derecho que permite al individuo "preservar aquella parte de su existencia no comunicable" **(8)**.

Mientras que Mosset Iturraspe y Piedecasas expresan en su obra que el respeto pleno o integral de la persona humana tiene que ver con la tutela de su privacidad, entendida como: "... [A]quellos aspectos que el hombre guarda alejados de terceros, para sí mismo o sus íntimos; no sometidos a la curiosidad de las demás personas, del resto de la comunidad. No se tra-

(5) CIFUENTES, Santos, "Derechos Personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 9

(6) RIVERA, Julio C., "Derecho a la intimidad", LA LEY, 1980-D, 912.

(7) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Derecho a la intimidad. Comentario de Cipriano", Ed. Néstor Amílcar, LA LEY, 1983-C, 1123.

(8) GOLDENBERG, Isidoro, "La tutela jurídica en la vida privada", LA LEY, 1976-A, 581.

ta de una cuestión que tiene que ver con el individualismo, el egoísmo, la actitud misógina o el desprecio por la vida en relación. Muy por el contrario..." **(9)**. Asimismo, podemos agregar la idea del maestro Arese quien refiere a la intimidad del trabajador como un derecho humano laboral **(10)**.

En la obra compartida por Trigo Represas, Salas y López Mesa, estos autores exponen que: "... El derecho a la intimidad es el derecho de toda persona a que se le respete en su vida privada y familiar, y a evitar injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona. Se hieren las afecciones legítimas del ofendido, o producen dolor, angustia y humillación..." **(11)**. Por su parte, María Angélica Gelli resalta que es de vital importancia diferenciar o distinguir lo que es privacidad de lo que es intimidad, entendiendo que la segunda deriva de la primera, y expresa: "... [E]l derecho de ser dejado a solas, a velar y excluir de las miradas de terceros la interioridad, los pensamientos, el núcleo central de la personalidad. Como se advierte, no se trata de impedir que el Estado reprima conductas o las imponga, sino de preservar del conocimiento ajeno— público, sea estatal o no— aquellos derechos, de resguardar el derecho y silencio de las personas" **(12)**. Por su parte, Bustamante Alsina, compartiendo la postura, cita a Marco Risolía, expresando. "... La vida privada gira en torno de intereses particulares que excluyen la intromisión ajena y transcurre en un ámbito circunscrito, que no llega a excluir, sin embargo, el contacto con los demás. Existe otro ámbito más ceñido: el de la intimidad que es la ciudadela de la vida privada; lo que allí sucede es de acceso vedado salvo el consentimiento del interesado..." **(13)**.

Entre otros autores, podemos mencionar a Hernán Racciatti **(14)**, podría decirse que sigue como un lineamiento general, en parte, el criterio dejado por los diccionarios, determinando a la intimidad como esa parte de la personalidad que se encuentra reservada a una persona, un grupo o una familia, y, por lo tanto, su protección debe tener por objeto, el secreto de determinados aspectos de la vida de la persona. Por otra parte, una postura totalmente diferente e interesante, acorde a la idea pragmatista que he adoptado y la cual comparto en esta tesis, es la de Morales Prats quien expresa: "... [I]ntimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del poder judicial..." **(15)**.

Esto enmarca la idea que se plantea en el marco teórico respecto del Pragmatismo, en donde los conceptos son abstracciones que pueden no corresponder a una época o tiempos determinados puesto que el mundo se encuentra en constante variabilidad, por ende, establecer ideas o conceptos generales resultaría una ardua tarea que a veces quedaría trunca.

Los supuestos básicos que podríamos obtener, con base en los autores mencionados, y con respecto al derecho a intimidad son: 1. Comprende el conjunto de pensamientos, sentimientos, hábitos y demás secretos que el individuo resguarda para sí; 2. Es el individuo quien por su libre voluntad, decide hacer trascender este conjunto de secretos, a quienes considere, con base en su estrecha relación; 3. La intromisión en esta esfera íntima, ya sea de

(9) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS A., Miguel, "Código Civil Comentado (Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía)", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, t. Responsabilidad Civil, arts. 1066 a 1136, p. 65.

(10) ARESE, César, "Derechos Humanos Laborales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, título de obra.

(11) SALAS, E. — TRIGO REPRESAS, Félix A. — LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil Anotado", Ed. LexisNexis De Palma, Buenos Aires, t. IV-A, 1999, citan CC Jun., 07/05/1987, DJ 988-I-365.

(12) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Ed. La Ley, 2008, 4ª ed. ampliada y actualizada", t. I, arts. 1º a 43, p. 333.

(13) RISOLÍA, Marco, "La protección Jurídica de la Intimidad", Anales de la Academia Nacional de Derecho, 15, p. 101 en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La violación a la intimidad y su adecuada reparación", LA LEY, 1989-E, 40.

(14) Cf. RACCIATI, Hernán, "El derecho a la intimidad (Algunas reflexiones sobre el art. 1071 bis del Código Civil", LA LEY, 1984-C, 1010.

(15) MORALES PRATS, "La tutela penal de la intimidad: privacy e informática", Barcelona, 1984.

cualquier modo, comprende una violación al derecho de la intimidad, que debe ser reparado.

Si bien, es dificultoso realizar un concepto que delimité la verdadera concepción de un derecho tan amplio como lo es el derecho a la intimidad, puesto que existen diferentes cuestiones como hemos podido observar a lo largo de los conceptos citados de los diversos juristas, es interesante la frase "el derecho a ser dejado a solas" *(to be let alone o diritto di essere lasciasti soli)*. Entiendo que ella expresa la verdadera esencia del derecho pero solo si es entendida en una interrelación con la sociedad, puesto que ser simplemente dejado a solas implica como afirma Zavala de González "subjetividad", es decir, la soledad propiamente dicha, pero lo que importa para el derecho a la intimidad es la intersubjetividad, que esa soledad sea sin intervención de un tercero; ese espacio íntimo en el que el hombre libre puede pensar y sentir, sin ser invadido, considerando así la intimidad como una parte de la libertad humana.

En ese orden de ideas, y previo a analizar la temática laboral, debemos resaltar el hito marcado por nuestro más alto Tribunal en el conocido caso "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida" (CS, Fallos: 306:1892); el cual ha consagrado al derecho a la intimidad y derecho a la privacidad en los estratos jurídicos de nuestro país.

Esta sentencia, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que el derecho a la intimidad y privacidad encuentran su fundamento constitucional en el art. 19 de la Carta Magna, y que en relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de la autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, en suma, las acciones, hechos o datos, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.

Por ello, se resalta que el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar y la amistad, si no otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse su intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen.

Es menester destacar que este fallo resultó de trascendental relevancia, no solo por sus implicancias políticas, sino también por el nivel de análisis que se otorgó al Derecho a la Intimidad como tal, ubicándolo en un estrato superlativo de análisis en materia de derechos.

Entendiendo de esta manera, que producto de este impacto jurídico el derecho a la intimidad se ha insertado en la mente de los operadores jurídicos como un derecho notorio a la hora de ser evaluado. Consecuentemente, los fallos con posterioridad a "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida", resultaron claramente marcados por este nuevo criterio e impacto jurídico.

Así las cosas, y con el devenir de los tiempos, nuevas formas de violación a la intimidad han ido desarrollándose, producto del impacto de la era tecnológica, entre otras cuestiones.

Por ello, es que el criterio de la evolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de intimidad se ha ido ampliando hacia esos horizontes; es decir, aquellos que están contextualizados por medios tecnológicos y de información.

Conforme lo dicho, puede resaltarse la Jurisprudencia de la CS en "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios" (28/10/2014) CSJ 522/2013 (49-R), en donde la actora promovió demanda por el uso indebido de su imagen, haciendo un uso comercial de ella sin autorización, entendiendo en consecuencia un avasallamiento de sus derechos personalísimos. La sentencia de primera instancia condenó a la empresa por considerar que habían incurrido en negligencia culpable al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de nuevos contenidos de difusión de la imagen de la actora, la cual se encontraba difundida en sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico; resultando que apelada dicha sentencia, la Cámara de Apelaciones resolvió revocar parcial-

mente, haciendo lugar la demanda únicamente contra Google; encuadrando la responsabilidad en la Subjetiva, descartando la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil de la Nación.

Identificado que fuera por la Corte Suprema de los derechos en pugna, a saber, por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, el derecho al honor y a la imagen; resultando que el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el art. 19 de la CN. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Así, en CS, Fallos: 306:1892 el Tribunal estableció que el citado art. 19:

"... [P]rotege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones. familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento...".

Concluye la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, que no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los motores de búsqueda de acuerdo con las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Por su parte, en autos "Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina SRL s/ daños y perjuicios" (30/12/14) CSJ 561/2010 (46-D) CSJ 544/2010 (46-D), nuestro más Alto Tribunal entendió que las cuestiones planteadas en el presente juicio resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en la causa: CSJ 522/2013 (49-R) "Rodríguez, María Belén c. Google lnc. s/ daños y perjuicios", por lo que tiene por reproducidos los fundamentos en dicha causa por razón de brevedad, manteniendo el criterio de la Responsabilidad Subjetiva en materia de responsabilidad por motores de búsqueda.

Por último, en "Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ hábeas data" (12/09/2017) CIV 114474/2006/CSl, la actora inició dos demandas contra Google Inc.; en los términos de la Ley 25.326 (Protección de Datos Personales), donde solicitó que la demandada eliminara de sus archivos informáticos, los datos personales; puesto que los utilizaba sin su consentimiento previo; y que, además, la demandada vincula su nombre con sitios de Internet de prácticas sexuales, más la indemnización respectiva por daños y perjuicios. La Cámara de Apelaciones advierte que las cuestiones de responsabilidad se encuentran vertidas en "Rodríguez, María Belén" (CS, Fallos: 337:1174), siendo que en dicho fallo se trató el concepto del "efectivo conocimiento", puesto que importa el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda.

Agrega la CS en el presente fallo, a diferencia de "Rodríguez", que los buscadores de imágenes como el de la demandada no "captan", "reproducen" ni "ponen en el comercio" imágenes en el sentido empleado por los arts. 31 de la ley 11.723 y 53 del Cód. Civ. y Com., sino que simplemente facilitan al usuario de internet, el acceso a la información mediante un enlace, a las imágenes que pueden ser captadas y/o reproducidas, en lo que consecuentemente resuelve bajo los fundamentos del precedente mencionado en este párrafo, confirmando la sentencia apelada.

Así las cosas, nótese que la en la actualidad existe un amplio margen de vulneración a la intimidad, privacidad e imagen, producto del avance de la tecnología; advirtiendo así, un cambio de paradigma en todas las relaciones individuales, y no solo las que correspondan al área laboral.

Sin perjuicio de advertir lo referido, debe destacarse que el impacto de la Pandemia ha hecho proliferar el uso de tecnologías, tal como se expresó anteriormente, y como consecuencia, la

conflictividad producto de este nuevo suceso, se verá exponenciada.

III.2. El derecho a la imagen de los trabajadores a través de las TIC

Por su parte, la imagen importa una construcción individual subjetiva la cual es insertada en la sociedad y que vincula elementos característicos del sujeto al cual se lo vincula. Por lo que, innegablemente, tiene un tenor de identidad, toda vez que permite otorgar cierta entidad a los sujetos vinculados **(16)**. Asimismo, también comprende un carácter subjetivo de contenido público-social por cuanto esta es proyectada a la otredad.

En tal sentido, la imagen puede ser directamente atribuida a la persona —propia imagen o imagen propiamente dicha— o bien, a elementos subjetivos que se encuentran indirectamente relacionados a la persona y que no responden a un aspecto de la individualidad física, por ejemplo, la voz. Por lo que, consecuentemente, se propicia una correlación particular y única con la persona humana, siendo esta de una naturaleza propia e individualizante que permiten diferenciar a dicho sujeto del resto de la comunidad.

Lovece sostiene: "... [L]a imagen es un valor simbólico de significación en el campo social tanto público como privado, contribuye a las relaciones de reconocimiento entre los miembros de la comunidad, y como emanación de la personalidad humana es merecedora de una adecuada tutela jurídica..." **(17)**; traduciéndose dicha tutela en la potestad para poder requerir ante el órgano jurisdiccional la salvaguarda de aquella representación simbólica. Esto es, ya sea desde la imagen directa o propia imagen, como así también a aquella expresión que se encuentre ligada de manera indirecta al sujeto.

En el supuesto de imagen ligada indirectamente al sujeto, se encuentran todos aquellos elementos característicos que resultan intangibles, pero que sirven para la determinación de este; resultando así que dentro de este supuesto encontramos la voz de este.

Así las cosas, el derecho a la imagen se encuentra tutelado en las diversas Convenciones Internacionales, entre las que se pueden destacar Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. V), Pacto de San José de Costa Rica (art. 11) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

Dentro del derecho interno, originalmente el Código Civil de la Nación no contenía protección expresa al derecho en tratamiento, siendo que la protección de esta se encontraba anidada en la Ley de Propiedad Intelectual, siendo así que la Ley 11.723 del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (1933), en su art. 31 dio tutela expresa al retrato fotográfico; el cual no podía ser puesto en el comercio sin autorización expresa de la persona misma, y una vez muerta esta, por parte de su cónyuge y/o descendientes directos y/o en su defecto padre y madre; y, ante la falta de cualquiera de estos la publicación es libre. La limitación este derecho personalísimo que yacía en dicho andamiaje lo era por fines científicos, didácticos y culturales; o bien cuando los hechos o acontecimientos lo eran por fines públicos.

Posteriormente, la Ley 21.173 incorporó al cuerpo normativo el art. 1071 bis **(18)** en el Código Civil de la Nación (1975), el cual incluyó no solo a la imagen, sino también al derecho a la intimidad, siendo este supuesto motivo por el cual ha devenido confusión y superposición entre los mencionados (derecho a la intimidad y la imagen), resultando que en casos diversos se los ha entendido como un mismo derecho. Sin perjuicio de ello, en materia de derecho a la imagen, la norma precitada particularmente identificaba a la publicación de retratos; es decir, la imagen contenida en un instrumento particular.

(16) Siguiendo los lineamientos generales propuestos en LANZAVECHIA, Gabriel E., "El Derecho a la Imagen: Alcance y contenido en el Código Civil y Comercial de la Nación", 15/02/2019, Doctrina, Lanzavechia, Gabriel E., MJ-DOC-14813-AR | MJD14813.

(17) LOVECE, Graciela, "El derecho personalísimo a la propia imagen", Microjuris, 18/02/2008, MJ-DOC-3360-AR | MJD3360.

(18) Art. 1071 bis: El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se han promovido interesantes cambios y progresos con relación en el derecho en análisis. La ubicación metodológica que pensó el legislador fue centrada, en aspectos inherentes a la persona, por lo que el instituto tratado corresponde al Libro Primero, de la Parte General, el tít. I, la Persona humana, cap. 3, de los derechos y actos personalísimos.

En tal sentido la norma identifica dos supuestos particulares. Por un lado, los derechos personalísimos, que comprenden aquellas potestades subjetivas con relación a la persona humana de carácter absoluto, vitalicio, innato, inalienable, esencial, extrapatrimonial, indisponible y de carácter privado. Mientras que por otro lado los actos personalísimos son aquellos los cuales tienen una vinculación indirecta a la personalidad; y que precisamente importan actuaciones de los sujetos que tienen

Resulta interesante la perspectiva de Bueres sobre el objetivo que persiguió la nueva normativa sobre la materia: "... La nueva normativa, en sintonía con la Constitución Nacional y los tratados internacionales firmados por la República Argentina, coloca a la persona humana, al sujeto, en un estado donde su consideración tiene un valor intrínseco absoluto. Su condición no puede ser instrumentalizada" **(19)**.

Adentrándonos específicamente en el articulado, el art. 51 del Cód. Civ. y Com. dispone la inviolabilidad de la persona humana, la cual tiene derecho a su reconocimiento y respecto de su dignidad. Es decir, el ordenamiento jurídico contempla a la personalidad subjetiva como un valor; el cual es absoluto. No se admite violación alguna, ni tampoco disposición de esta con excepción de lo que expresamente habilite el ordenamiento jurídico, siendo que para que opere dicha disposición, además, de encontrarse tipificada, no debe ser contraria a la moral; buenas costumbres; ni deben perjudicar a la persona ni a terceros. Esto último se explica en la regulación dispuesta por el art. 55 del mismo cuerpo normativo donde se dispone que el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres; siendo que el consentimiento no se presume, sino que es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

El art. 52 del Cód. Civ. y Com. regula que la afectación a los derechos personalísimos da lugar a la prevención y reparación de los daños sufridos; es decir, acciones de carácter: preventivas o resarcitorias.

Finalmente, el art. 53 del Cód. Civ. y Com. regula el derecho a la imagen propiamente dicho; estableciendo que para captar o reproducir la imagen o voz de una persona, es necesario el consentimiento —como requisito esencial— destacándose que la norma congloba de manera expresa la voz y la imagen dentro del derecho a la imagen, veamos:

"Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

Las excepciones estipuladas por la norma corresponden a uso de la imagen por cuestiones de actos públicos, intereses científicos, culturales o educacional prioritario, o bien el ejercicio regular de un derecho de informar; supuestos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la problemática a tratar.

Ahora bien, con relación a este derecho, y tal como se expuso el conflicto acaece en caso de la utilización de los programas específicos que correspondan al desarrollo de videoconferencias, en donde la imagen —y su reproducción— de los trabajadores quedan expuestas.

En tal sentido, se requiere la readaptación con base en una nueva esfera de prestación laboral en aquellos supuestos donde estas sean reali-

(19) BUERES, Alberto J., "Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado", Ed. Hammurabi, 2015, t. I, p. 97.

zadas por fuera del ámbito de la empresa, surgiendo el interrogante respecto del límite de la facultad de control y vigilancia a cargo del empleador, puesto que este podría llegar incluso hasta la esfera doméstica del trabajador.

III.3. La facultad de control por parte del empleador y su alcance

Frente al nuevo paradigma debemos indagar si nuestro ordenamiento jurídico es suficiente para regular el nuevo contexto de relaciones laborales individuales, otorgando las máximas de protección a la Intimidad y la Imagen.

En ese sentido, podemos afirmar que, en materia de derecho del trabajo, no existe en la actualidad, en nuestro país, un marco legislativo específico de naturaleza laboral que regule de manera acabada la problemática mencionada *ut supra*, y, el cual provea Seguridad Jurídica en nuestra sociedad dentro de las relaciones laborales.

Si bien podemos observar en los arts. 70 y sst. de la Ley de Contrato de Trabajo que se establecen ciertos criterios que limitan a los mecanismos de control por parte del empleador; ellos respetando la Dignidad de la persona Humana, la ley laboral —tal como afirman los diversos autores **(20)**— se reduce a los controles estrictamente personales; es decir, ingreso y egreso del establecimiento laboral, y control durante la ejecución de las tareas. Pero, no queda salvaguardada la posibilidad que hoy se advierte frente a la utilización de los nuevos sistemas informáticos, los cuales la ley no regula, pudiéndose advertir de esta manera un cambio de paradigma en cuanto se trate de materia de control e intimidad, y la notoria insuficiencia legislativa que permita resguardar a las partes contratantes de esta situación.

Tal como sostiene Grisolía **(21)**, quien refiere que el avance tecnológico ha producido la aparición de nuevos sistemas de controles de la actividad laboral de los trabajadores, ellos son los controles visuales, auditivos, procedimientos industriales que se utilizan para controlar la actividad de los trabajadores, sobre los cuales no existen normas expresas como en otras legislaciones que regulen su implementación.

Por ello, es menester analizar el cambio de paradigma respecto del control que puede efectuar el empleador respecto del trabajador, salvaguardando la intimidad de este. Por su parte, los autores Kelly, Diego S. De Jorge, M. Verónica, refieren que dichas situaciones no tienen una respuesta en la legislación vigente, ya que, no existe una norma específica en Argentina que regule el uso y el control de los medios electrónicos en el ámbito laboral **(22)**.

Consideramos por lo expuesto que las nuevas relaciones laborales se encuentran en un constante proceso de redefinición, siendo que este instituyente produce un bombardeo en la institución misma —lo ya regulado— por lo que deviene la necesidad de la readaptación y readecuación de los institutos jurídicos.

Adunase la interesante reflexión efectuada por Cristina Mangarelli, quien expresó en el artículo Protección de la Vida Privada del trabajador en el lugar de trabajo: "... Por el contrato de trabajo se obliga a desempeñar el servicio en forma personal y bajo órdenes del empleador, por lo que se encuentra más expuesto que en otros tipos contractuales a que se vulneren los derechos de la persona, requiriendo protección especial. La facultad de control conlleva la de controlar el cumplimiento del trabajo, pero el trabajador conserva en el lugar de trabajo los derechos de la personalidad..." **(23)**. Agrega la mencionada autora: "... Si bien hace años que la doctrina laboral viene advirtiendo acerca de la necesidad de protección del trabajador ante los adelantos técnicos, últimamente el requerimiento de protección se ha acrecentado. El desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información, y la utilización cada vez más frecuente en las empresas de sistemas de controles visuales, auditivos y otros, han aumentado los riesgos de vulneración del derecho a que

(20) Grisolía, entre otros, ver fs. correspondientes a "Facultad de Control".

(21) Cf. GRISOLÍA, Julio A., "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 326.

(22) KELLY, Diego S. — DE JORGE, M. Verónica, "Tecnología y Derecho del Trabajo. Una mirada analítica", Publicado en: LA LEY 19/10/2017, 19/10/2017, 11, Cita Online: AR/DOC/2789/2017, p. 1.

(23) MANGARELLI, Cristina, "Protección de la Vida Privada del trabajador en el lugar de trabajo", DT 2011-2268, AR/DOC/2362/2011, 2011, párr. 4º.

se respete la vida privada del trabajador en el lugar del trabajo, y de que sufra daños de entidad..." **(24)**.

Por nuestra parte, comprendemos a la facultad de control como una potestad indirecta de la facultad de dirección; es decir, quien dirige debe controlar todos los aspectos propios de la empresa, para que esta logre su cometido y genere prosperidad no solo a los propietarios, sino también a los trabajadores y a la sociedad en sí; para lo cual, la norma consagra que esta facultad sean dentro de los límites de la empresa, quedan fuera del marco todas aquellas conductas que no han sido contempladas oportunamente que se dan dentro del marco de la tecnología. Por ejemplo, podríamos plantear ¿Qué ocurre con la utilización de las Herramientas Informáticas que aporta el trabajador y vuelca su información? ¿Qué ocurre con la utilización de Internet? ¿Qué ocurre con la utilización de Correo Electrónico? ¿Qué ocurre con la exposición de la imagen del trabajador a través de plataformas virtuales de videoconferencia, entre otras? Situaciones que han excedido hoy en día el marco que ha regulado antiguamente la norma.

Adunase a lo expuesto que, frente a los conflictos jurídicos de tal naturaleza, se debe recurrir necesariamente, producto de la insuficiencia legislativa, a la aplicación de leyes análogas a los efectos de la dilucidación de supuestas controversias y en caso de que correspondan. Tal como es el caso, de la interpretación de los alcances de la Intimidad y el derecho a la imagen, en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley de Datos Personales, entre otras que resultan de gran utilidad —para la individualización de alcances y contenido— en la aplicación en el derecho del trabajo, o bien la aplicación de los principios generales del derecho.

IV. Colofón

Tal como se afirmó *ut supra*, entendiendo al derecho como una construcción cultural constante y dinámico; frente al cambio en la sustancia del pensamiento legislativo, jurisprudencial y/o doctrinario, como así también de origen fáctico (esto es cuando la sociedad o los hechos de la naturaleza o sociales impulsan el cambio a través de la movilización político-social) se genera la necesidad de modificación de las normas jurídicas vigentes produciendo la adecuación de estas.

Es, por ello, que afirmamos oportunamente que la evolución del derecho puede definirse como un estadio de colisión y estratificación constante, donde no se puede identificar una idea pasiva y de única construcción en la cual el sujeto humano únicamente añade; a lo culturalmente creado, una idea más sin existir conflicto.

La sociedad avanza y retrocede desmedidamente en razón de múltiples causales, que van desde cuestiones políticas, económicas, sociales, religiosas, climáticas, tecnológicas, entre otras; las cuales se asientan sobre necesidades públicas de la inmensa mayoría de los individuos que la componen, siendo que en estos últimos tiempos la aparición de un suceso tan extraordinario como lo es la pandemia que nos gobierna, los cambios han surgido de una forma exponencial.

Que, producto de los cambios que se insertan, es menester readaptar las consideraciones de las construcciones culturales que la rigen a los efectos de salvaguardar la convivencia pacífica de todos los individuos.

En atención a los sucesos actuales (pandemia COVID-19) se advierte un vuelco de la actividad laborativa presencial hacia una de carácter virtual. Es, por ello que, para lograrla prestación laboral, se debe recurrir a diversos tipos de plataformas virtuales y digitales, como así también del uso de herramientas tecnológicas que en muchos casos son utilizadas como herramientas de trabajo en los términos del art. 84 de la LCT.

Sin perjuicio de ello, afirmamos que, en materia de derecho del trabajo, no existe en la actualidad, en nuestro país, un marco legislativo específico de naturaleza laboral que regule de manera acabada la problemática referida en el presente, el cual provea Seguridad Jurídica en nuestra sociedad dentro de las relaciones laborales. Así las cosas, se advierte la necesidad de establecer y crear criterios uniformes a los efectos de la limitación e interpretación de ambos derechos, siendo que esto puede lograrse únicamente a través de la positivización de principios laborales que permitan, no solo resultar de elementos guías para la resolución de las con-

(24) MANGARELLI, Cristina, ob. cit., párr. 6º.

troversias, sino también de ejes rectores en la interpretación de todos los casos.

De lo expuesto, se deduce la necesidad de legislar con relación a la problemática referida, esto es, el conflicto jurídico entre la Intimidad del Trabajador y su Imagen (art. 19, CN y Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional) se frente a la evidente colisión con la Facultad de Control por parte del Empleador (art. 14 y Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional) frente al nuevo paradigma instaurado por la pandemia COVID-19.

V. Bibliografía

1. ARESE, César, "Derechos Humanos Laborales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, título de obra.

BUERES, Alberto J., "Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado", Ed. Hammurabi, 2015, t. I.

CIFUENTES, Santos, "Derechos Personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008.

GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Ed. La Ley, 2008, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. I, arts. 1º a 43.

GOLDENBERG, Isidoro, "La tutela jurídica en la vida privada", LA LEY, 1976-A, 581

GRISOLIA, Julio A., "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

KELLY, Diego S. — DE JORGE, M. Verónica, "Tecnología y Derecho del Trabajo. Una mirada analítica", Publicado en: LA LEY 19/10/2017, 19/10/2017, 11, Cita Online: AR/DOC/2789/2017.

LANZAVECHIA, Gabriel E., "El Derecho a la Imagen: Alcance y contenido en el Código Civil y Comercial de la Nación", 15/02/2019, Doctrina, Lanzavechia, Gabriel E., MJ-DOC-14813-AR, MJD14813.

LANZAVECHIA, Gabriel E., "La gratuidad en las actuaciones de defensa del consumidor: hoy, un ideal incumplido", Cita: MJ-DOC-13498-AR | MJD13498, Fecha: 05/04/2018.

LANZAVECHIA, Gabriel E., "La intimidad laboral y la facultad de control a la luz de los principios del derecho de la buena fe laboral y solidaridad jurídica. Análisis jurisprudencial en las Cámaras Nacionales del Trabajo", Ed. Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina, 1ª ed., 2019.

LOVECE, Graciela. "El derecho personalísimo a la propia imagen", *Microjuris,* 18/02/2008, MJ-DOC-3360-AR | MJD3360.

MANGARELLI, Cristina, "Protección de la Vida Privada del trabajador en el lugar de trabajo", DT 2011-2268, AR/DOC/2362/2011, 2011, párr. 4º.

MORALES PRATS, "La tutela penal de la intimidad: *privacy* e informática", Barcelona, 1984.

MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS A., Miguel, "Código Civil Comentado (Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía)", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, t. Responsabilidad Civil, arts. 1066 a 1136.

RACCIATI, Hernán, "El derecho a la intimidad (Algunas reflexiones sobre el art. 1071 bis del Código Civil", LA LEY, 1984-C, 1010.

RISOLIA, Marco, "La protección Jurídica de la Intimidad", *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 15, p. 101, en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La violación a la intimidad y su adecuada reparación*, LA LEY, 1989-E, 40.

RIVERA, Julio C., "Derecho a la intimidad", LA LEY, 1980-D, 912.

SALAS, E. — TRIGO REPRESAS, Félix A. — LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil Anotado", Ed. Lexis-Nexis - De Palma, Buenos Aires, t. IV-A, 1999, citan CC Jun., 07/05/1987, DJ 988-I-365.

ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Derecho a la intimidad. Comentario de Cipriano", Ed. Néstor Amílcar, LA LEY 1983-C, 1123.

El comercio justo: impulsor del trabajo decente

María Alejandra Kindzersky (*)

Sumario: I. Inicios del comercio justo.— II. Los principios internacionales del comercio justo.— III. Origen de los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) de Naciones Unidas.— IV. Objetivos de desarrollo sostenible.— V. Datos importantes con relación a los ODS.— VI. Comercio justo en Latinoamérica y Argentina.— VII. El comercio justo y sus puntos de contacto con los ODS.— VIII. El comercio justo y su relación con el trabajo decente.— IX. Conclusiones.— X. Bibliografía.

I. Inicios del comercio justo

El concepto de comercio justo nace como tal en el año 1959. Empezó como una colaboración entre importadores sin ánimo de lucro, comerciantes de países desarrollados y pequeños productores en países en vías de desarrollo.

Muchos de estos productores se veían aplastados a la vez por los precios bajos del mercado y por su dependencia elevada de intermediarios, de este modo, vieron en el comercio justo la oportunidad de mantenerse, evitando a los intermediarios y accediendo directamente a los mercados internacionales.

A lo largo de los años, se crearon cada vez más Organizaciones de Comercio Alternativo en varios países, funcionaban en estrecha colaboración con grupos de voluntarios, así como las llamadas "Tiendas del Mundo".

En 1987, 11 importadoras europeas constituyen la Asociación Europea de Comercio Justo, y dos años más tarde se crea IFAT (hoy WFTO, Organización Mundial de Comercio Justo) que actualmente agrupa a 400 organizaciones de todo el mundo.

Además de su Oficina Global, WFTO tiene cuatro redes regionales: WFTO-África (anteriormente COFTA), WFTO-Asia, WFTO-América Latina y WFTO-Europa. América del Norte y la Cuenca del Pacífico solo se organizan informalmente como una región.

En 1988, en un esfuerzo por ampliar la distribución de productos de Comercio Justo a los puntos de venta habituales, una organización holandesa de comercio alternativo "Solidaridad", encontró una manera innovadora de aumentar sus ventas sin comprometer la confianza de los consumidores. La organización creó un sello llamado "Max Havelaar", que garantizaba que los productos cumplían con una serie de criterios medioambientales y de trabajo.

El concepto se impuso y en pocos años iban surgiendo muchas organizaciones parecidas en Europa y América del Norte como "Fairtrade Foundation", "TransFair" y "Rattvisemarkt" que certificaban el Comercio Justo, siguiendo los pasos de Max Havelaar y fomentando de este modo las ventas en sus países.

Las organizaciones crearon y lanzaron sus propias campañas y marcas de certificación independientemente.

De esta forma, en 1997, las distintas organizaciones para el Comercio Justo de diversos países decidieron crear *Fairtrade Labelling Organization* (FLO) International, una organización cuya misión consiste en establecer los estándares de comercio justo a nivel internacional, apoyar, inspeccionar, certificar a los productores en

(*) Magíster.

desventaja y armonizar el mensaje de todo el movimiento.

Cinco años más tarde lanzó un Sello de Certificación Internacional de comercio justo llamado Fairtrade (*International Fairtrade Certification Mark*).

En 2004 la Asociación Internacional de Comercio Justo (WFTO) desarrolla un sistema de evaluación de las organizaciones y formaliza la marca Organización de Comercio Justo de IFAT, para las entidades que cumplen con los requisitos. Al año siguiente, comienza a funcionar el sistema de gestión de la calidad con el fin de mejorar y unificar las normas, definiciones y procedimientos actuales.

Los principales productos que se comercializan son:

— Bananos.

— Cacao.

— Café.

— Algodón.

— Flores.

— Azúcar.

— Té.

— Azúcar.

— Fruta Fresca.

— Miel.

— Jugos.

— Arroz.

— Especias y hierbas.

— Vino.

II. Los principios internacionales del comercio justo

II.1. Creación de oportunidades para productores con desventajas económicas

La reducción de la pobreza mediante el comercio constituye la parte fundamental de los objetivos de la organización. Esta apoya a los pequeños productores marginados ya sean empresas familiares independientes, o agrupados en asociaciones o cooperativas. Su objetivo, es que puedan pasar de la pobreza y la inseguridad de los ingresos a una autosuficiencia económica y propia. La organización cuenta con un plan de acción para llevarlo a cabo.

II.2. Transparencia y responsabilidad

La organización es transparente en su gestión y en sus relaciones comerciales. Es responsable ante todos sus grupos de interés y respeta la sensibilidad y confidencialidad de la información comercial que le es proporcionada. La organización encuentra medios apropiados y participativos para involucrar a los empleados, miembros y productores en sus procesos de toma de decisiones.

Asegura que la información pertinente sea proporcionada a todos sus socios comerciales. Los canales de comunicación son buenos y abiertos a todos los niveles de la cadena de suministro.

II.3. Prácticas comerciales justas

La organización comercializa con preocupación por el bienestar social, económico y ambiental de los pequeños productores marginados y no maximizan sus ganancias a expensas de ellos.

Se busca mantener relaciones a largo plazo basadas en la solidaridad, la confianza y el respeto mutuo que contribuyen a la promoción y el crecimiento del Comercio Justo.

El Comercio Justo reconoce, promueve y protege la identidad cultural y las habilidades tradicionales de los pequeños productores como lo reflejan en sus diseños artesanales, productos alimentarios y otros servicios relacionados.

II.4. Pago de un precio justo

Un precio justo es aquel que ha sido establecido de mutuo acuerdo por todos a través del diálogo y la participación, que proporciona un pago justo a los productores y también puede ser sostenido por el mercado.

II.5. Asegurar ausencia de trabajo infantil y trabajo forzoso

La organización se adhiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y a la ley nacional-local sobre el empleo de los niños. La organización asegura que no hay trabajo forzoso en su mano de obra y/o miembros o trabajadores a domicilio.

Las organizaciones que compran productos de Comercio Justo de los grupos de productores ya sea directamente o a través de intermediarios aseguran que no se utiliza el trabajo forzoso en la producción y los productores cumplen con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, y la ley nacional/local sobre el empleo de los niños. Cualquier participación de niños en la producción de artículos de Comercio Justo (incluyendo el aprendizaje de un arte tradicional o artesanal) siempre es comunicada y monitoreada y no afecta negativamente al bienestar, la seguridad, los requisitos educativos y la necesidad de jugar de los niños.

II.6. Compromiso con la no discriminación, equidad de género y libertad de asociación sindical

La organización no discrimina en la contratación, remuneración, acceso a la capacitación, promoción, terminación o jubilación por motivos de raza, casta, origen nacional, religión, discapacidad, género, orientación sexual, unión de membresía (afiliación sindical), afiliación política. HIV/sida, estatus o edad.

Proporciona oportunidades para las mujeres y los hombres a desarrollar sus habilidades y fomenta activamente las solicitudes de las mujeres para puestos de trabajo y para los cargos de liderazgo en la organización. La organización toma en cuenta las necesidades especiales de salud y seguridad de las mujeres embarazadas y madres en periodo de lactancia. Las mujeres participan plenamente en las decisiones concernientes al uso de los beneficios resultantes del proceso de producción.

Respeta el derecho de todos los empleados a formar asociaciones y afiliarse a sindicatos de su elección y a negociar colectivamente. Cuando el derecho a afiliarse a sindicatos y la negociación colectiva está restringido por la ley y/o el medio ambiente político, la organización permitirá medios de asociación independiente y libre y la negociación para los empleados. La organización asegura que los representantes de los empleados no son objeto de discriminación en el lugar de trabajo. Las organizaciones que trabajan directamente con los productores aseguran que las mujeres siempre sean retribuidas por su contribución al proceso de producción, y cuando las mujeres hacen el mismo trabajo que los hombres se les paga con la misma tarifa que a los hombres. Las organizaciones también buscan garantizar que, en situaciones de producción donde se valora menos el trabajo femenino que el trabajo de los hombres, el trabajo de las mujeres sea revalorado para igualar las tarifas de remuneración y a las mujeres se les permita llevar a cabo trabajos de acuerdo con sus capacidades.

II.7. Asegurar buenas condiciones de trabajo

La organización proporciona un entorno de trabajo seguro y saludable para los empleados y/o miembros. La organización cumple, como mínimo, con las leyes nacionales y locales y convenios de la OIT sobre salud y seguridad.

Las horas de trabajo y las condiciones del medio ambiente de trabajo (CyMAT) para los empleados y/o de los miembros (y cualquier trabajador a domicilio) cumplan con las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales y locales y los convenios de la OIT.

Las organizaciones de Comercio Justo son conscientes de las condiciones de salud y seguridad en los grupos de productores de quienes ellos compran. Ellos buscan, de manera permanente, crear conciencia sobre temas de salud y seguridad y mejorar las prácticas de salud y seguridad en los grupos de productores.

II.8. Facilitar el desarrollo de capacidades

La organización tiene por objeto aumentar los efectos positivos de desarrollo para los pequeños productores marginados a través del Comercio Justo.

II.9. Promoción del Comercio Justo

La organización crea conciencia sobre el objetivo del Comercio Justo y de la necesidad de una mayor justicia en el comercio mundial a través de este.

II.10. Respeto por el medio ambiente

Las organizaciones que producen productos de Comercio Justo maximizan el uso de materias primas de fuentes gestionadas en forma sustentable en sus áreas de distribución, comprando a nivel local cuando sea posible.

Utilizan las tecnologías de producción que buscan reducir el consumo de energía y en lo posible las tecnologías de uso de energías renovables que reduzcan al mínimo las emisiones de gases de efecto invernadero. Ellos tratan de minimizar el impacto de sus residuos sobre el medio ambiente.

Los diez principios del Comercio Justo

III. Origen de los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) de Naciones Unidas

De acuerdo con la página de Naciones Unidas: "Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se gestaron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en 2012. El propósito era crear un conjunto de objetivos mundiales relacionados con los desafíos ambientales, políticos y económicos con que se enfrenta nuestro mundo.

Los ODS sustituyen a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), con los que se emprendió en 2000 una iniciativa mundial para abordar la indignidad de la pobreza. Los ODM eran objetivos medibles acordados universalmente para hacer frente a la pobreza extrema y el hambre, prevenir las enfermedades mortales y ampliar la enseñanza primaria a todos los niños, entre otras prioridades del desarrollo.

Durante 15 años los ODM impulsaron el progreso en varias esferas importantes: reducir la pobreza económica, suministrar acceso al agua y el saneamiento tan necesarios, disminuir la mortalidad infantil y mejorar de manera importante la salud materna. También iniciaron un movimiento mundial destinado a la educación primaria universal, inspirando a los países a invertir en sus generaciones futuras. Los ODM lograron enormes avances en la lucha contra el VIH/sida y otras enfermedades tratables, como la malaria y la tuberculosis".

El legado y los logros de los ODM han brindado experiencias que se han usado para los nuevos Objetivos, concretado el 25 de septiembre de 2015,

Los ODS constituyen un compromiso para abordar problemas más urgentes a los que hoy se enfrenta el mundo. Para alcanzar estas metas, todo el mundo tiene que hacer su parte: los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y personas como nosotros.

IV. Objetivos de desarrollo sostenible

1. Fin de la pobreza: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.

2. Hambre cero: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

3. Salud y bienestar: Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.

4. Educación de calidad: Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

5. Igualdad de género: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

6. Agua limpia y saneamiento: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

7. Energía asequible y no contaminante: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.

8. Trabajo decente y crecimiento económico: Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

9. Industria, innovación e infraestructura: Promover una industrialización inclusiva y sostenible.

10. Reducción de las desigualdades: Reducir las desigualdades en y entre los países.

11. Ciudades y comunidades sostenibles: Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

12. Producción y consumo responsable: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

13. Acción por el clima: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

14. Vida submarina: Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

15. Vida de ecosistemas terrestres: Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

16. Paz, justicia e instituciones sólidas: Promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas.

17. Alianza para lograr los objetivos: Revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.

Los ODS coincidieron con otro acuerdo histórico celebrado en 2015, el Acuerdo de París aprobado en la Conferencia sobre el Cambio

Climático (COP21). Junto con el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres, firmado en el Japón en marzo de 2015, estos acuerdos proveen un conjunto de normas comunes y metas viables para reducir las emisiones de carbono, gestionar los riesgos del cambio climático y los desastres naturales, y reconstruir después de una crisis.

Los ODS nos invitan a todos a crear un planeta más sostenible, seguro y próspero para la humanidad.

V. Datos importantes con relación a los ODS

— Más de 1000 millones de personas han salido de la pobreza extrema (desde 1990).

— La mortalidad infantil se ha reducido en más de la mitad (desde 1990).

— El número de niños que no asisten a la escuela ha disminuido en más de la mitad (desde 1990).

— Las infecciones por el VIH/sida se han reducido en casi el 40% desde 2000).

VI. Comercio justo en Latinoamérica y Argentina

En Latinoamérica, se encuentra la "Coordinadora Latinoamericana y del Caribe de Pequeños Productores y Trabajadores de Comercio Justo" (CLAC). La misión de CLAC es la de representar y promover los intereses, el empoderamiento y el desarrollo de sus miembros y sus comunidades. En la actualidad, cuenta con más de 700 organizaciones miembros en 24 países del continente.

En la Argentina el principal producto de Comercio Justo es el vino, donde seis bodegas poseen hoy la certificación, distribuidas en un total de 4.000 hectáreas de viñas cultivadas en las provincias de Mendoza y La Rioja. Por las ventas de dicho producto se benefician casi 1.000 trabajadores y 270 pequeños viticultores.

También se certifican, en otras regiones de nuestro país, miel, artesanías, yerba mate, manzanas, peras, arándanos, entre otros; siendo la mayoría exportados.

VII. El comercio justo y sus puntos de contacto con los ODS

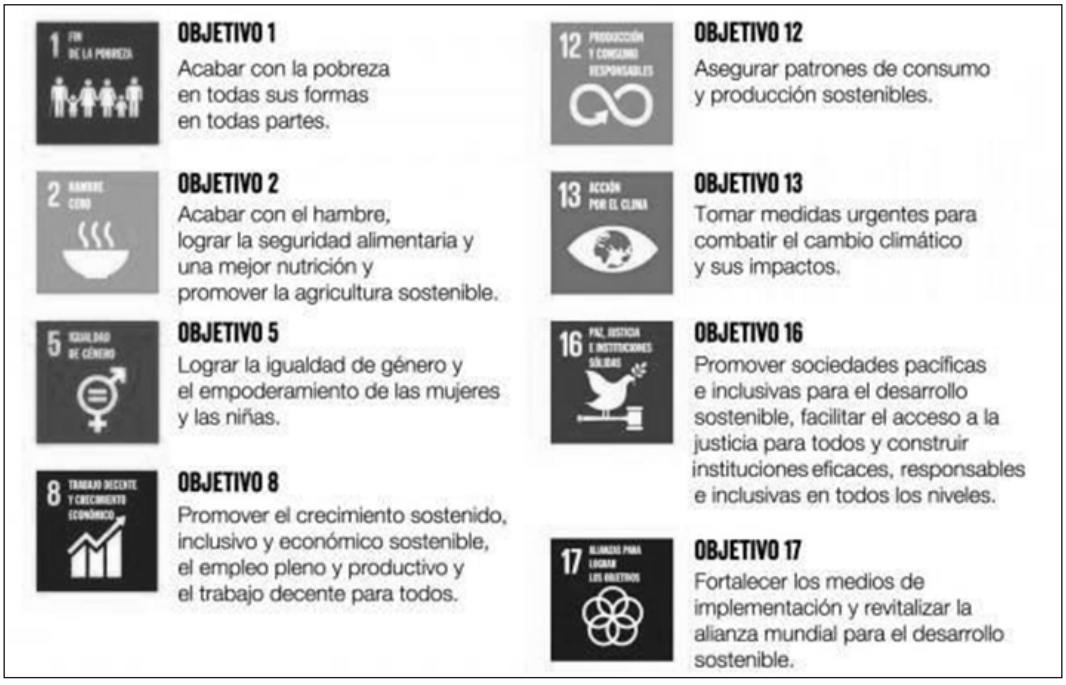
El Comercio Justo desea fomentar la cultura de un abastecimiento y consumo responsables. Cada vez más empresas se comprometen con el "abastecimiento responsable" esto significa la compra de materias primas en condiciones justas y sostenibles como parte fundamental de su manera de hacer negocios.

Además, los estándares de Comercio Justo incluyen requisitos para las prácticas agrícolas respetuosas del medio ambiente. Las áreas principales son: un uso reducido y seguro de agroquímicos, un manejo apropiado y seguro de residuos, el mantenimiento de la fertilidad del suelo y de los recursos hidrológicos, y el no uso de organismos genéticamente modificados.

Como vimos, los 17 ODS están integrados, ya que, reconocen que las intervenciones en un área afectarán los resultados de otras y que el desarrollo debe equilibrar la sostenibilidad medioambiental, económica y social.

El Comercio Justo comparte 8 de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y, por ende, ambos buscan erradicar la pobreza, poner fin al hambre, alcanzar la igualdad de género, fomentar un desarrollo económico sostenido, inclusivo y con trabajo decente, promover pautas de producción y consumo sostenibles, tomar medidas para combatir el cambio climático, abogando por la paz.

Temáticas compartidas entre Comercio Justo y ODS



El Comercio Justo es un ejemplo de Alianza Mundial para lograr los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS 17). Contribuye a erradicar la pobreza y garantizar los recursos económicos mínimos, a través de la creación de un comercio internacional en condiciones más equitativas, entre pequeños productores y consumidores (ODS 1). Ayuda a la seguridad alimentaria y la agricultura sostenible promoviendo actividades y transferencia de conocimientos para incrementar la productividad en las organizaciones de pequeños productores (ODS 2).

Busca alcanzar la igualdad de género con la promoción de la participación plena de las mujeres y con igualdad de condiciones en las labores productivas y comerciales (ODS 5). El movimiento promueve condiciones de trabajo dignas y busca erradicar el trabajo forzoso y trabajo infantil. Además, apoya la libertad de asociación, negociación colectiva y la no discriminación (ODS 8).

Asimismo, el enfoque de desarrollo que propone es "multi-stakeholder", porque incluye a varios actores de las cadenas globales de valor: productores, trabajadores, cooperativas, empresas, exportadores, importadores, supermercados, tiendas especializadas y consumidores finales. Además, es multinivel, porque los niveles local, nacional, regional y global comparten una responsabilidad común y construyen juntos nuevos caminos de sostenibilidad.

Podemos concluir que tanto el Comercio Justo como los ODS tienen como fundamento, no dejar nadie atrás.

VIII. El comercio justo y su relación con el trabajo decente

Como dijimos, el Comercio Justo representa una alternativa al comercio convencional y se basa en la cooperación entre productores y consumidores.

Es, por ello, que una de sus características más importantes es que ofrece a los productores un trato más justo y condiciones comerciales más provechosas. Esto les permite mejorar sus condiciones de vida y hacer planes de futuro. Para los consumidores, el comercio justo es una manera eficaz de contribuir a una mejora en la calidad de vida, a través de sus compras diarias.

El Comercio Justo es un modelo comercial que pone al centro los seres humanos y la sostenibilidad social, económica y ambiental de las sociedades; dignificando el trabajo, respetando el medio ambiente y fomentando una gestión responsable y sostenible de los recursos naturales.

Durante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre 2015, el trabajo decente y los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente (creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social) se convirtieron en elementos centrales de la nueva Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.

El Objetivo 8 de la Agenda 2030 insta a promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el trabajo decente, y será un ámbito de actuación fundamental para la OIT y sus mandantes.

Es, por ello, que podemos relacionarlo de manera directa con la premisa principal del trabajo decente, como "la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres" (OIT).

El Comercio Justo facilita a los pequeños productores un acceso directo al mercado en condiciones justas y equitativas, creando un canal de comercialización sostenible, solidario y de calidad, lo más directo posible entre productores y consumidores. También, apunta a una sostenibilidad integral, en todas sus dimensiones (social, económica y ambiental), con un enfoque de "responsabilidad compartida" entre todos los actores involucrados en las cadenas comerciales.

Por otro lado, impulsa la promoción y el respeto de los derechos humanos y laborales, fomentando un justo reconocimiento del trabajo de trabajadores agrícolas y artesanales.

Como ya dijimos, el Comercio Justo protege los derechos básicos de los trabajadores tal como los establece la Organización Internacional del Trabajo (OIT) e incluye estándares que apuntan a generar:

— Desarrollo social y laboral: Para los pequeños productores, los estándares de Comercio Justo exigen una estructura organizativa que les permita llevar un producto al mercado para el que existe demanda.

Todos los miembros de la organización deben tener acceso a la toma de decisiones y, en la medida de lo posible, participar en las actividades de la organización. Dicha organización debe establecerse de manera transparente para sus miembros y no deberá discriminar a ningún miembro o grupo social.

En el caso de las situaciones de trabajo contratado, los estándares Comercio Justo exigen a la compañía que otorgue derechos sociales y seguridad a sus trabajadores, deben estar registrados, tener obra social, cobertura de riesgos de trabajo, etcétera.

— Desarrollo económico: Para la mayoría de los productos, los estándares exigen a la industria el pago de un precio mínimo y de una prima a los productores.

El precio mínimo permite al productor cubrir los costos de una producción sostenible. La prima es dinero adicional para que los productores o los trabajadores de una plantación inviertan en la mejora de sus condiciones de vida y está destinado a mejorar la situación de las comunidades locales en cuestión de salud, educación, medio ambiente, economía, etcétera.

Por último, podemos generar una relación directa con los empleos verdes. Son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente, ya sea en los sectores tradicionales como la industria o la construcción, o en sectores emergentes como las energías renovables y la eficiencia energética.

Para la OIT, el concepto empleos verdes resume la transformación de economías, lugares de trabajo, empresas y mercados laborales en una economía sostenible y de bajo carbono, que ofrezca oportunidades de empleo decente para todos. Como vimos, el Comercio Justo pone especial interés en la generación de este tipo de empleos.

IX. Conclusiones

Hemos visto a lo largo de esta ponencia, que, si se aplican los principios de Comercio Justo, las metas del trabajo decente y los ODS de manera simbiótica, lograremos un mundo económicamente justo y ecológicamente sustentable.

El Comercio Justo es un modelo comercial que pone el foco en los seres humanos, en la sostenibilidad social, económica y ambiental, dignificando el trabajo, respetando el medio ambiente y fomentando la gestión responsable. Por ello, al tener como base la sustentabilidad, se puede generar una aplicación efectiva de los ODS.

También el Comercio Justo está en la misma línea que la "Laudato Si" del Papa Francisco. Esta encíclica, nos llama a ser protagonistas de una solución desde lo humano, lo ambiental y lo económico, creando modelos de crecimiento basados en la producción, el consumo y posconsumo con conciencia ambiental, social y económica desde una óptica positiva.

Nos invita a crear nuevos hábitos, nuevos valores, valores ambientales que buscan el bien común, este bien común tomado como principio supremo para toda la humanidad.

Posee una crítica del consumismo y el desarrollo irresponsable con un alegato en favor de una acción mundial rápida y unificada "para combatir la degradación ambiental y el cambio climático".

Por último, Comercio Justo es coherente con la definición de trabajo decente, permitiendo un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de cualquier tipo y que se lleva a cabo con protección social e incluye el diálogo social.

El Comercio Justo no deja de tener en cuenta todos los elementos fundamentales para un desarrollo sostenible, respetuoso de los derechos humanos, laborales y medioambientales, en un clima de igualdad y paz.

El Comercio Justo, los ODS buscan el bien común para el mundo globalizado en el que vivimos, en el cual, siguiendo las palabras de la encíclica "tenemos un desafío urgente: proteger Nuestra Casa Común y a todos los que en ella habitamos".

X. Bibliografía

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), "Trabajo decente", recuperado de: http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm.

"Comercio Justo". Recuperado de: https://comerciojusto.org/que-es-el-comercio-justo-2/.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), "Objetivos de Desarrollo Sustentable". Recuperado de: https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html.

https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/.

https://www.odsargentina.gob.ar/Los17objetivos.

https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm.

CLAC Coordinadora Latinoamericana y del Caribe de Pequeños Productores y Trabajadores de Comercio Justo. Recuperado de: http://clac-comerciojusto.org/.

Tutela anticipada

Emilio E. Romualdi

Sumario: I. Introducción.— II. Requisitos de procedencia.— III. Procedimiento.— IV. Conclusión.

I. Introducción

En estos tiempos de pandemia, se ha producido la necesidad más extendida de utilizar la herramienta de lo que denomina tutela anticipada.

Ello así, en virtud de la necesidad de resolver pretensiones procesales cuya urgencia no permite la sustanciación de un proceso de conocimiento de manera plena y en los que las medidas cautelares tradicionales son ineficientes. Ello así, porque lo que se requiere es un anticipo provisional de jurisdicción y las cautelares tradicionales lo que aseguran es el cumplimiento de la sentencia definitiva no son suficientes para garantizar los derechos de los justiciables.

La necesidad del debido proceso como garantía constitucional del debido derecho de defensa en juicio, genera natural consumo del tiempo **(1)** que aun cuando no se cause un consumo patológico del mismo **(2)** produce la necesidad de dar una solución inmediata en casos particulares a fin de que se produzca la resolución del conflicto derecho tiempo.

En algunas leyes de procedimiento provinciales aparece regulado, entre las que se incluye la discutida ley 15.057 de la Provincia de Buenos Aires, pero, dada la generalidad del trabajo, voy a dejar el debate terminológico y otros aspectos teóricos y limitarme a destacar los aspectos centrales de orden práctico.

II. Requisitos de procedencia

Los requisitos de procedencia de los procesos urgentes de tutela anticipada son los siguientes.

II.1. Casi certeza del derecho invocado

Si bien es cierto se carece de una norma concreta sobre este particular, tanto la doctrina **(3)**, como la jurisprudencia **(4)** y algunas disposiciones vigentes **(5)** y los proyectos de introducción en la normativa de este instituto procesal **(6)** establecen como requisito que el derecho tenga una fuerte probabilidad de cercana a la certeza. En el art. 21 de la ley 15.057 este requisito menguarse al sostener que procede" siempre

(1) RIVAS, Adolfo A., La "Revolución Procesal", Revista de Derecho Procesal, 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988, p. 113.

(2) RIVAS, Adolfo A., ob. cit., p. 114.

(3) DE LOS SANTOS, Mabel, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", JA 1997-IV-800, p. 31; RIVAS, Adolfo A., ob. cit., p. 139. PEYRANO, Jorge, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", JA 1997-II-926.

(4) CNFed. Civ. y Com., sala II, "Deutche Bank Argentina SA s/ ISSB s/ cautelares", S. 05/03/1997.

(5) Art. 232 bis, Cód. Proc. Civ. y Com. Chaco; art. 232 bis, Cód. Proc. Civ. y Com. Corrientes.

(6) Entre otros art. 67, Anteproyecto para la Ciudad de Buenos Aires (Morello, Arazi y Kaminger); art. 21 bis, Anteproyecto de modificación Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (Ateneo de Estudios Procesales de Rosario.

que se acredite probabilidad cierta de la verosimilitud del reclamo". A pesar del texto algo ambiguo e impreciso me parece que aún en este caso no basta la simple verosimilitud, sino la existencia en interés tutelable cierto y manifiesto, en un grado de convicción tal que permita al juez adoptar una medida de extrema magnitud como establecer un anticipo de jurisdicción.

II.2. Urgencia. Irreparabilidad del daño

Como sostiene Ribas **(7)** estas medidas se fundan en la indisponibilidad del derecho o bien al que se lo vincule. Así se requiere que la tutela sea inmediata e imprescindible a riesgo que en caso contrario se produzca una frustración del derecho de quien requiere la medida **(8)**. En los presentes tiempo de pandemia el instituto ha sido utilizado para ordenar la reinstalación de trabajadores despedidos. En este caso como consecuencia de las medidas de emergencia (decs. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020 y 605/2020) se dictan los decs. 329 del 31 de marzo de 2020 y 487 del 18 de mayo de 2020 y 467 del 26/07/2020 donde se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días. Asimismo, los citados decretos prohibieron las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por idéntico plazo, quedando exceptuadas de dicha prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo. En ese marco, se dispuso también que los despidos y las suspensiones que se hubieran adoptado en violación a lo establecido en el art. 2º y primer párrafo del art. 3º de los aludidos decretos, no producirían efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Este contexto, más allá del alcance a cada supuesto particular que no es objeto de estudio ahora, permitió tener por acreditados los presupuestos de prohibición que habilitaban la procedencia de la medida

II.3. Contracautela

Si bien es cierto muchos autores consideran que a veces no es necesaria la contracautela **(9)** la procedencia de esta depende de las normas procesales aplicables y el criterio de cada magistrado al momento de otorgar la medida. Excede el marco de este trabajo las diversas apreciaciones sobre el efecto de cosa juzgada y la revisión de esta que los diversos autores en los trabajos aquí citados realizan en sus diversos escritos. No obstante, todos coinciden en que la medida podrá ser revertida o dará derecho a la percepción de daños y perjuicios por un pronunciamiento posterior de revisión de la cosa juzgada anticipada. En este marco, el juez conforme la certeza podrá limitarse a pedir una caución juratoria o una caución real adecuada a la situación de hecho.

No obstante, ello, en el proceso laboral la contracautela o no es exigible o es solamente juratoria dado el principio de gratuidad.

III. Procedimiento

Ciertamente, como ya dije, los procesos urgentes en general no tienen un proceso establecido normativamente.

En este contexto, me parece adecuado distinguir entre dos supuestos.

III.1. Existencia de un proceso de conocimiento en trámite

En este caso considero que la tutela anticipada debe llevar el trámite de los incidentes similares al que se utiliza para las medidas cautelares conforme las normas procesales del lugar donde se litiga. Este tipo de incidente garantiza el principio de bilateralidad —postergada—, la producción de prueba si es necesario, y el debido derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida.

III.2. Inexistencia de un proceso de conocimiento en trámite

En este caso el objeto de la pretensión procesal es la obtención de la medida cautelar satisfactiva. No obstante, como regla, dada su

(7) RIVAS, Adolfo A., ob. cit., p. 139.

(8) CAMPS, Carlos E., "La medida cautelar innovativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA 2005-IV-1458.

(9) DE LOS SANTOS, Mabel, "Medida autosatisfactiva...", ob. cit., p. 31; RIVAS, Adolfo A., ob. cit., p. 139. PEYRANO, "Reformulación...", JA 1997-II-926; GALDÓS, Jorge M., "El contenido y el continente...", JA 1998-III-659.

precariedad, es claro que se requiere un posterior proceso de conocimiento que ratifique la misma donde se ventilen la totalidad de las circunstancias que configuraron el hecho cuya consecuencia jurídica fue objeto de la medida satisfactiva.

Ello así porque la extensión del efecto jurídico del acto alcanzado por la medida requiere de un debate pleno que garantice de manera incuestionable los derechos de las partes.

IV. Conclusión

Ciertamente, el otorgamiento de estas medidas requiere por parte del juez de prudencia toda vez que ella "es normativa pues su fin es determinar lo que debe hacerse o no" **(10)**. "La prudencia tiene por objeto las cosas humanas y sobre las que puede haber deliberación [...]. El hombre que delibera rectamente, absolutamente hablando es el que, ajustándose a la razón, acierta en lo práctico y lo mejor [...], por lo tanto, la prudencia es práctica; y en consecuencia es necesario tenerla en lo general y en lo particular, y más en esto último que en lo primero" **(11)**.

La prudencia no deriva del conocimiento, ella es un estado emocional del sujeto que le permite deliberar rectamente, anteponiendo la razón, la equidad y el equilibrio a fin de lograr la solución más adecuada.

De esto último, se trata al otorgar una medida de tutela anticipada, de establecer una solución de equidad basada en la razón que permita una solución concreta y eficiente al derecho del legitimado activo de la medida.

(10) ARISTÓTELES, "Ética Nicomaquea", Ed. La Nave de los Locos, Buenos Aires, 2002, p. 142.

(11) ARISTÓTELES, ob. cit., p. 138.

COMISIONES MÉDICAS

Constitucionalidad del art. 1° de la ley 27.348. Competencia territorial.

1. — Es constitucional el art. 1 de la ley 27.348, toda vez que la reforma introducida por esta normativa tuvo en miras que los reclamos fundados en la Ley de Riesgos del Trabajo requieran la necesaria intervención de los organismos médicos creados a fin de determinar la existencia de una minusvalía resarcible en el marco de dicho régimen, lo que resulta razonable, pues se advierte incuestionable en este tipo de reclamos la necesidad de requerir la intervención de expertos en medicina para que informen en relación a la existencia de la incapacidad de que se trate, y demás información que, de resultar necesaria, permita esclarecer la existencia de un nexo causal con el trabajo, a fin de posibilitar un adecuado juzgamiento al respecto ya además las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el artículo 51 de la ley 24.241 reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad requeridos.

2. — No se observa que, en este específico caso, exista un desplazamiento de la competencia territorial, pues observo que en el escrito inicial se denuncia que el tanto domicilio del actor como el lugar de trabajo y de reporte se ubican en la Provincia de Buenos Aires, por lo que, a la luz de las previsiones del art. 1º de la ley 27.348 no existiría obstáculo para que la comisión médica que deba intervenir corresponda a esa jurisdicción.

CNTrab., sala II, 07/10/2020. - Alanis Ayala, Franco Joel c. Omint Art SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/44656/2020]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara constitucional el art. 1 de la ley 27.348.

Expediente N° 42.845/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 7 de 2020.

Considerando:

El sentenciante de grado, a fs. 18/19, declaró la incompetencia territorial de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en las presentes actuaciones; ello suscita los agravios de la parte actora en los términos del memorial obrante a fs. 19/23.

En primer lugar cabe poner de resalto que de las constancias de autos surge que el actor invocó que tanto su domicilio como el lugar de trabajo y de reporte se encuentran ubicados en la Provincia de Buenos Aires (ver fs. 4/5), en este sentido, todas las facetas contempladas en el art. 1° de la ley 27.348, se verifican en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y, lo cierto es que, al momento de promoverse la presente demanda (21/11/2019, ver cargo de fs. 15) ya se encontraba operativa la adhesión de esa Provincia al nuevo régimen legal y creadas las Comisiones Médicas respectivas (conf. Ley Prov. de Bs. As. N° 14.997 y Res. SRT. 23/2018).

En relación a la inconstitucionalidad de las disposiciones aquí cuestionadas de la ley 27.348, sobre este tema ya se ha expedido esta Sala en causas de aristas similares, "Burghi, Florencia V. c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial" Expte. 37.907/2017, SI 74.095 del 03/08/2017; "Craviotto, Lucía F. c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial" Expte. 46.136/2017, SI 74.608 del 02/10/2017. Y, a la misma conclusión ha arribado la Sala X por análogos fundamentos en el Fallo "Corvalán, Héctor E. c. Swiss Medical ART SA s/ accidente-ley especial" Expte. N° 29.091/17, sentencia del 30/08/2017.

En primer lugar corresponde precisar que la cuestión sustancial traída al conocimiento de esta instancia revisora recae en la constitucionalidad del art. 1° de la ley 27.348, en la medida que, en lo pertinente, dispone que "...la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el artículo 51 de la ley 24.241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo" y que "Será competente la comisión

médica jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador, al lugar de efectiva prestación de servicios por el trabajador o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador y su resolución agotará la instancia administrativa".

Ahora bien, la cuestión inherente a la legitimidad y constitucionalidad de la obligatoriedad de transitar un proceso o etapa administrativa para habilitar el acceso a la justicia debe analizarse en base a la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ángel Estrada y Cía. SA c. resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96). s/ recurso extraordinario" de fecha 05/04/2005, que fuera receptada en el dictamen de la Fiscalía General ante esta Cámara N° 72.879 del 12/07/2017.

En dicho precedente, el Máximo Tribunal determinó que este tipo de cuestión debe ser analizada "...con el alcance derivado de la doctrina de Fallos: 247:646 y, la más próxima de Fallos: 321:776. De conformidad con ellas, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (v. Jorge Tristán Bosch: "¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos Para Juzgar a La Administración Pública?". Víctor Zavalía Editor, 1951; ps. 55 a 64, y 160) prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente".

"...Que conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de EE.UU.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (confr. doctrina de los casos Texas & Pacific Railway c. Abilene Cotton Oil., 204 U.S. 426; Far East Conference c. United States, 342 U.S. 570; Weinberger c. Bentex Pharmaceuticals, Inc., 412 U.S. 645)".

Desde dicha perspectiva de análisis, cabe precisar que la normativa procesal cuestionada cumplimenta adecuadamente los presupuestos considerados. Ello así por cuanto la reforma introducida por la ley 27.348 tuvo en miras precisamente que los reclamos fundados en la Ley de Riesgos del Trabajo requieran la necesaria intervención de los organismos médicos creados a fin de determinar la existencia de una minusvalía resarcible en el marco de dicho régimen, lo que resulta razonable, pues se advierte incuestionable en este tipo de reclamos la necesidad de requerir la intervención de expertos en medicina para que informen en relación a la existencia de la incapacidad de que se trate, y demás información que, de resultar necesaria, permita esclarecer la existencia de un nexo causal con el trabajo, a fin de posibilitar un adecuado juzgamiento al respecto. Por otra parte, las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el artículo 51 de la ley 24.241 reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad requeridos.

Cabe valorar así también que el procedimiento administrativo asegura que el trabajador cuente con asistencia letrada y en lo esencial otorga la posibilidad de requerir la revisión judicial de lo que decidan tanto la comisión médica local, como la Comisión Médica Central.

En tal contexto debe ponderarse que el sistema previsto otorga a la comisión médica jurisdiccional un plazo para decidir de 60 días, que solo puede ser prorrogado por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, debidamente fundadas; disponiéndose la perentoriedad de los plazos y que a su vencimiento queda expedita la vía judicial. Consecuentemente, lo expuesto en torno a la demora que conllevaría la tramitación de la vía administrativa carece de suficiente fundamento.

Asimismo, no se contempla que exista una privación de acceso a la justicia natural, pues, como se viera, dicha posibilidad se encuentra expresamente prevista. Tampoco se observa que, en este específico caso, exista un desplazamiento de la competencia territorial, pues observo que en el escrito inicial se denuncia que el tanto domicilio del actor como el lugar de trabajo y de reporte se ubican en la Provincia de Buenos Aires, por lo que, a la luz de las previsiones del art. 1° de la ley 27.348 no existiría obstáculo para que la comisión médica que deba intervenir corresponda a esa jurisdicción. Por lo tanto, las apreciaciones efectuadas al respecto resultan abstractas, en la medida

que no se ha planteado un obstáculo concreto y específico del demandante para acceder, de así requerirlo, a la intervención de la Justicia del Trabajo de esa Provincia en la etapa procesal pertinente.

Sin perjuicio de ello, cabe memorar que es facultad discrecional del legislador local decidir qué tribunales serán los competentes para tramitar y resolver los conflictos suscitados en su jurisdicción, sin que esa decisión esté sometida a reglas limitantes, cuando tal circunstancia, por si sola, no constituye un perjuicio para el justiciable, en tanto cualquiera sea el órgano jurisdiccional competente debe asegurar los derechos que le asistan.

Sobre la base de lo expuesto, cabe concluir que los cuestionamientos ensayados en relación a la afectación de derechos garantizados por la Constitución Nacional, resultan meramente dogmáticos y conjeturales, pues no se observa un planteo concreto y específico en relación a un agravio actual de la demandante por el cual resulte imperioso un acceso inmediato a la instancia judicial.

En sintonía con todo lo expuesto, cabe memorar que, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, pues configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como "última ratio" del orden jurídico (CSJN, 24, 2, 81, "Vialco SA c. Agua y Energía Eléctrica", LA LEY 14/07/1981, p. 2; 02/02/1993, "Coccia Jorge c. Nación Argentina", en Fallos: 316:2624; 26/12/1996, "Monges, Analía c. UBA", en Fallos: 319:3148; 312:235, entre muchos otros). En el caso de autos se trata de una norma adjetiva que, como dijera, no restringe su derecho a una revisión judicial de lo que eventualmente se decida en sede administrativa, sino que difiere ésta por un lapso prudencial en el supuesto de existir agravio, a una etapa procesal posterior. En definitiva, la normativa cuestionada no priva al litigante del acceso a la justicia ordinaria por lo que no se advierte afectación a garantía constitucional alguna. Por otra parte, no se observan argumentos que permitan verificar —con la precisión que la importancia de la cuestión merece—, el menoscabo que habría originado la aplicación de la disposición cuestionada sobre derechos constitucionalmente garantizados, por lo que su petición aparece como una invocación genérica de agravios conjeturales, desprovista de argumentos que justifiquen la descalificación constitucional perseguida. De la doctrina elaborada por el más Alto Tribunal se desprende que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional causándole de ese modo un gravamen; y, para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición cuestionada. Por las razones expuestas, corresponde confirmar la desestimación del planteo de inconstitucionalidad bajo examen.

Asimismo, tal como sostuvo el Sr. Fiscal General en el Dictamen N° 72.879 del 12/07/2017 (emitido en el causa "Burghi" antes citada), la cuestión aquí analizada no se enmarca en la doctrina fijada por la Corte Federal en los casos "Castillo, Ángel c. Cerámica Alberdi" (07/09/2004), "Venialgo, Inocencia c. Mapfre" (13/03/2007) y "Obregón, Francisco c. Liberty" (17/03/2012), pues lo que allí se analizó ha sido la centralización federal de los reclamos en detrimento de la jurisdicción local y no la legitimidad de fijar una instancia administrativa previa con carácter obligatorio.

En consecuencia, por las razones expuestas, corresponde confirmar la resolución de fs. 18/19 e imponer las costas de Alzada en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 2do párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 37 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125, 2ª parte de la ley 18.345), el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución de fs. 18/19. 2) Imponer las costas de Alzada en el orden causado. 3) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1° de la ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Gregorio Corach. — Miguel Á. Pirolo.*

RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Prueba. Eficacia de la prueba testimonial. Existencia de la relación laboral respecto de ambos codemandados. Procedencia de la multa del art. 2° de la ley 25.323.

1. — Corresponde concluir que entre el trabajador y el demandado existió relación de dependencia toda vez que los testigos instados por este último corroboran las características de la actuación personal y las funciones desarrolladas por el dependiente pues tomaron conocimiento personal sobre los hechos sobre los cuales declararon y concuerdan con las tareas y las condiciones laborales descriptas en el escrito inicial.

2. — De los términos del responder conjunto de ambos demandados y del intercambio telegráfico habido entre las partes surge que la prestación de servicios estaba reconocida igualmente por la codemandada ello así teniendo en cuenta el

reconocimiento de la prestación de servicios y el contexto fáctico que habilitó la operatividad de la presunción contemplada por el art. 23 LCT en relación a uno de ellos, lo que proyecta dicho efecto presuncional en el caso del otro codemandado, quien sustentó su postura defensiva en similares términos.

3. — Las personas demandadas han utilizado en forma conjunta e indistinta los servicios de un trabajador por lo que aplicando la solución que contempla el art. 26 LCT (cuando actúan conjuntamente varias personas físicas) es evidente que asumieron en forma simultánea el rol de empleadores plurales que describe la norma y las consecuencias de su obrar como tal, por lo que tratándose de una misma prestación laboral asumen en forma conjunta las obligaciones emergentes del vínculo laboral habido entre las partes.

4. — Es procedente adicionar el incremento contemplado por el art. 2 de la ley 25.323, toda vez que al considerarse en situación de despido indirecto y al no existir plazo alguno para efectuar el requerimiento legal, el trabajador intimó válidamente al pago de las indemnizaciones por despido injustificado y no surge de autos que las demandadas hubieran puesto a su disposición la liquidación final ni que ofreciera hacerlo con posterioridad sino que, incluso, todavía continúa discutiendo en esta instancia la naturaleza jurídica de la relación laboral y en ese contexto no puede resultar eximida de abonar esa multa.

CNTrab., sala V, 07/10/2020. - Tavio, Víctor Hugo c. Chamorro, Pedro Brisuela y otro s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/44659/2020]

Expediente N° CNT 31.944/2016/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 7 de 2020.

La doctora *Ferdman* dijo:

I. La sentencia de fs. 360/363 que hizo lugar parcialmente a la demanda, fue apelada por la codemandada Pedro Brizuela Chamorro en los términos y con los alcances que surgen del memorial de fs. 366/368 y por la parte actora a fs. 369/378, replicados a fs. 384/386 y fs. 387/393, respectivamente. Asimismo, el Dr. Antonio Noya —por derecho propio— recurre los honorarios regulados a su favor por considerarlos reducidos a fs. 368.

II. Liminarmente corresponde memorar que en el inicio el actor refirió que prestó servicios a las órdenes de Mary Emilce Lombardo y de Pedro Brizuela Chamorro en el taller de tapicería explotado por ellos, desde el día 01/03/1979 y en los períodos que detalla, realizando tareas de costura, corte y confección, armado de tapices, atención a clientes, cobranzas de proveedores, manejo de caja del local comercial, levantando pedidos personalmente en el domicilio de los clientes para luego ser el encargado de su entrega y de las cobranza respectivas, así como la supervisión de la producción, en los lugares, días y horarios que describen hasta el 12/06/2015 cuando le negaron tareas por lo que inició el presente reclamo.

En su responde, las accionadas explicaron que nunca tuvieron un vínculo laboral con Víctor Hugo Tavio y que en realidad era un conocido que de vez en cuando traía algunos trabajos propios al taller de los cuales recibía un porcentaje de la ganancia. Aseveraron que el actor nunca quiso trabajar en relación de dependencia para ellos en atención a la incompatibilidad del registro laboral con los beneficios sociales de los que gozaba (ver fs. 37).

Cabe señalar que en lo substancial, el Magistrado me precede determinó la procedencia de la acción por despido incoada por Víctor Hugo Tavio contra Pedro Brizuela Chamorro y acogió favorablemente las indemnizaciones previstas por los arts. 2 de la ley 25.323 y 80 LCT, al advertir el cumplimiento de los recaudos estipulados por esas normas. Para decidir de ese modo tuvo en especial consideración el intercambio telegráfico, la contestación de demanda donde se reconoció la prestación de servicios del actor, resultando operativa la presunción que contempla el art. 23 LCT, que no fue desvirtuada a través de las declaraciones testimoniales brindadas por los Sres. T. y S., las cuales, por el contrario, le permitieron concluir que el accionante prestó servicios en forma dependiente a las órdenes del codemandado Chamorro Brizuela desde el año 1979, aunque con las interrupciones temporales allí expuestas. En definitiva, concluyó que en el caso, y con relación al codemandado Brizuela, se configuró una relación laboral dependiente en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo estableciendo la responsabilidad indemnizatoria a cargo del codemandado.

Tal conclusión motivó los agravios que plantea el demandado, Chamorro Brizuela, quien cuestiona la valoración de la prueba testimonial realizada por el sentenciante *a quo* y la conclusión a la que arribó en orden a la existencia de un vínculo dependiente con su parte. En este sentido, afirma que el actor no demostró en la causa la forma de cumplimiento de las tareas que detalla en el inicio ni que estuviera sujeto a su poder de dirección, alegando que el Sr. Tavio prestaba servicios como personal transitorio realizando trabajos esporádicos en su pequeño negocio de tapicería. Cuestiona, también, la antigüedad determinada a partir del año 1979 pues considera que no se acercó

a la causa ninguna prueba que acredite tal circunstancia.

Sin embargo, adelanto que a la luz de los hechos controvertidos, los elementos del expediente y los sólidos fundamentos de la sentencia, la queja no puede ser receptada en la medida en que las manifestaciones que ensaya el recurrente no logran modificar lo resuelto sobre el aspecto en debate.

Digo ello porque la lectura del fallo apelado revela que el magistrado de grado concluyó que en el caso devino operativa la presunción de veracidad que contempla el art. 23 LCT, que no fue desvirtuada por prueba en contra, puesto que, en rigor de verdad las declaraciones aportadas por T. (fs. 61) y S., por el contrario, refuerzan y corroboran la presunción legal mencionada.

En esta inteligencia, las conclusiones a las que arribó el sentenciante *a quo* no son asumidas en forma adecuada en el memorial, que merecían —en el mejor de los casos— una crítica de otro tenor —más eficaz— en relación a cada uno de los aspectos del fallo que se consideraban equivocados (art. 116 LO), por cuanto se omitió indicar qué pruebas desvirtuarían la presunción legal operativa en autos y de qué modo acreditarían la ajenidad del codemandado en la dirección y organización del comercio donde prestó servicios el actor.

Según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponde declarar desierto el recurso de apelación si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando, en consecuencia, escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que distan de contener una crítica concreta y razonada de los argumentos que sostienen a aquél (Fallos: 315:689 y 316:157).

La crítica supone un análisis de la sentencia mediante raciocinios que demuestren el error técnico, la incongruencia normativa o la contradicción lógica de la relación de los hechos que el juez considera conducentes para la justa composición del litigio, de su calificación jurídica y de los fundamentos de derecho que sustentan su decisión, por ello la ley procesal exige que esa crítica sea razonada, es decir que el apelante refute las conclusiones que considera erradas, requisito que, en el caso, no encuentro cumplido, por cuanto en el memorial bajo estudio se soslayan los argumentos y las conclusiones sustanciales a las que arribó el magistrado de grado.

Repárese que nada se alegó ante esta alzada para explicar de modo alguno las circunstancias que motivaron el intento de registrar al actor oportunamente como trabajador y no se indica de qué modo el argumento allí desarrollado acreditaría su postura defensiva; tampoco se detalla cuáles serían eventualmente, los elementos probatorios que sustentarían su posición ni se explica en qué sentido las declaraciones rendidas en autos resultan contradictorias entre sí o con los hechos invocados al demandar. Nada de ello se manifestó ante esta alzada, y en este marco, la reiteración de los argumentos expuestos al contestar la acción no configura agravio en la medida en que no reemplaza la crítica concreta y razonada que exige el art. 116 de la LO, lo que impone desestimar el agravio sobre el segmento en debate

Solo a mayor abundamiento debo señalar que los testigos instados por el demandado corroboran las características de la actuación personal y las funciones desarrolladas por el trabajador pues tomaron conocimiento personal sobre los hechos sobre los cuales declararon y concuerdan con las tareas y las condiciones laborales descriptas en el escrito inicial, por lo que en tales aspectos les otorgaré plena eficacia probatoria y convictiva sobre el tema en controversia (cfr. arts. 90 LO y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

III. Por el contrario, el magistrado *a quo* rechazó la acción dirigida contra Mary Emilce Lombardo al considerar que en su caso, las declaraciones testimoniales no permiten colegir que tuvo injerencia en el establecimiento donde prestaba tareas el actor, por cuanto los testigos dicen conocerla únicamente en el carácter de esposa de Chamorro, subrayando además que la codemandada no reconoció la prestación de servicios en el intercambio telegráfico.

Tal concusión motivó los agravios que plantea la actora, al afirmar que en el caso se configuraron los presupuestos para condenar a ambos demandados, quienes en conjunto sustentaron su posición defensiva en las mismas razones y fundamentos al afirmar que no existió una relación laboral entre ellos y el actor. Sostiene que ambos codemandados fueron sus empleadores y apoya su tesitura en las declaraciones de los testigos A., D. L. y R. y agrega que la propia codemandada en su comunicación reconoce que fue la titular del negocio donde se desempeñó, acompañando notas de pedidos y facturas realizadas de puño y letra por aquella, así como una constancia de pago del seguro que demostrarían su injerencia en la dirección del negocio, que fue negada por la accionada y su intervención en el mismo, conjuntamente con Chamorro Brizuela.

En este orden de ideas principio por señalar que de los términos del responde conjunto de ambos

codemandados y del intercambio telegráfico habido entre las partes (ver fs. 28) surge que la prestación de servicios estaba reconocida igualmente por la codemandada Mary Emilce Lombardo (ver fs. 31/40); ello así, el reconocimiento de la prestación de servicios y el contexto fáctico que habilitó la operatividad de la presunción contemplada por el art. 23 LCT en relación al codemandado Chamorro Brizuela, proyectan dicho efecto presuncional en el caso de la codemandada Lombardo, quien sustentó su postura defensiva en similares términos al sostener que el actor era un conocido que de vez en cuando traía algunos trabajos propios al taller de los cuales recibía un porcentaje de la ganancia, que cobraba personalmente, "(...) y daba un porcentaje del importe por el uso del lugar y las máquinas que utilizaba (...)" (ver fs. 37 y las comunicaciones de fs. 27 y 28), lo cual me permite colegir que en su caso también existió el reconocimiento aludido.

Sentado ello, lo cierto es que en la causa ninguna prueba idónea produjo la codemandada tendiente a desactivar la presunción dispuesta por el citado art. 23 en tanto que la misma sólo desconoció el vínculo dependiente que se le atribuye, sin negar de modo alguno su titularidad en la explotación comercial y sin desconocer la instrumental que obra en el sobre anexo 8284 que acredita en definitiva la ubicación del establecimiento donde prestó servicios el actor en la calle Ramón Falcón 5957 de esta ciudad, que fue negada en el intercambio telegráfico, y su injerencia en el manejo del negocio, sin dejar de soslayar que la codemandada, también reconoció la intención de registrar al actor como trabajador dependiente, como lo indiqué *ut supra*, sin dejar de advertir que la prueba testimonial instada conjuntamente con el demandado tampoco resultó apta para desvirtuar la consecuencia presuncional prevista por el art. 23 ya citado, esto es acreditando que el "hecho de la prestación de servicios" hubiere estado motivada en otras "circunstancias, relaciones o causas" distintas a un contrato de trabajo resultando, lo cual —reitero— no fue acreditado por dicha parte toda vez que no produjo ninguna prueba que acreditara su versión. (cfr. arts. 90 LO y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Se desprende entonces que el accionante integró los medios personales de los que se valieron los codemandado para cumplir su actividad (cfr. art. 5 LCT), que no se trató más que de un trabajador definido por el art. 25 de la LCT contratado por un empleador de los definidos por el art. 26 de la LCT y que la relación que existió fue una de las contempladas por el art. 22 de dicha norma legal.

En definitiva, las personas demandadas han utilizado en forma conjunta e indistinta los servicios de un trabajador por lo que aplicando la solución que contempla el art. 26 LCT (cuando actúan conjuntamente varias personas físicas) es evidente que asumieron en forma simultánea el rol de empleadores plurales que describe la norma y las consecuencias de su obrar como tal, por lo que tratándose de una misma prestación laboral asumen en forma conjunta las obligaciones emergentes del vínculo laboral habido entre las partes.

En esta inteligencia no dejo de soslayar que resulta operativa la presunción prevista por el art. 55 de la LCT —extremo que no fue cuestionado ante esta alzada— lo que lleva a tener por ciertos los hechos que alega el trabajador en el lìbelo inicial entre lo que se encuentra la fecha de ingreso y la remuneración percibida, salvo prueba en contrario que en el caso no se ha producido.

Por todos los fundamentos expuestos, encontrándose configuradas las notas distintivas y tipificantes del contrato de trabajo en la vinculación de autos (cfr. arts. 4, 20, 21, 23, 25 y 26 de la LCT), corresponde extender la condena contra la codemandada Mary Emilce Lombardo quien resulta solidariamente responsable por las obligaciones contraídas con el dependiente que trabajó al mismo tiempo bajo sus órdenes.

En consecuencia, el desconocimiento del vínculo efectuado por los accionados a las intimaciones que a tal efecto cursó el reclamante el 15 de junio de 2015 (cuya autenticidad y recepción en destino se encuentra corroborada con la informativa producida a fs. 124) constituyó injuria de tal gravedad que no consintió la prosecución del vínculo (cfr. arts. 242, 245 y 246 de la LCT) por lo que le asistió derecho para considerarse despedido con fecha 2 de julio de 2015 debiendo la parte demandada asumir solidariamente las consecuencias de su obrar ilegítimo.

Desde esta perspectiva, concuerdo con el sentenciante que me precede al admitir los reclamos indemnizatorios en los términos del art. 245 y conc. LCT, no obstante lo cual propicio adicionar el incremento contemplado por el art. 2 de la ley 25.323, toda vez que el actor realizó la intimación del 2 de julio de 2015, receptada por las demandadas el día 7 de ese mes año conforme informe de correo de 124, destinada a percibir la indemnización por despido y no obstante ello, debió iniciar estas actuaciones a tal fin.

En este orden de ideas, no comparto las observaciones que formula el juez *a quo* en torno a la falta de intimación en los términos de la norma bajo estudio, toda vez que, esta disposición legal establece que: "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter

obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50% (...).

Tal como lo sostuvo esta Sala en los autos "Bargas, Marcelo A. c. Sistema Tercerización y Servicios SA y otro s/ despido" (SD 83.992 del 17/02/2020) la norma transcripta no dispone plazo alguno para efectuar la interpelación allí requerida, con lo cual basta que el reclamante la efectivice de modo fehaciente sin que medie impedimento idóneo para hacerla en la misma comunicación rescisoria. No obsta a ello lo normado por el art. 255 bis de la LCT (t.o. ley 26.593) en cuanto alude al plazo del art. 128 LCT para el pago de las remuneraciones e indemnizaciones correspondientes a la extinción del contrato de trabajo, si como en el caso la demandada con su accionar lo obligó a litigar.

Lo cierto es que al considerarse en situación de despido indirecto y al no existir plazo alguno para efectuar el requerimiento legal, el trabajador intimó válidamente al pago de las indemnizaciones por despido injustificado (ver telegramas del 03/07/2015 concomitante con la rescisión y del 07/03/2016 ver informe del Correo Argentino de fs. 124) pues no surge de autos que las demandadas hubieran puesto a su disposición la liquidación final ni que ofreciera hacerlo con posterioridad sino que, incluso, todavía continúa discutiendo en esta instancia la naturaleza jurídica de la relación laboral y en ese contexto no puede resultar eximida de abonar esa multa.

Por ello, no advierto fundamento alguno para excluir a la demandada de abonar la multa cuestionada por lo que postulo, en consecuencia, modificar la sentencia en este aspecto y admitir la multa con fundamento en la normativa citada.

En tales términos propicio revocar el decisorio de grado y adicionar la multa bajo estudio, que alcanza a la suma de $55.450 (190000 + 21666/4), dando respuesta al agravio que en este sentido articuló la actora en el capítulo c) del memorial recursivo.

IV. Por su parte, en los términos que surgen del capítulo h) del memorial recursivo, el actor cuestiona el rechazo del reclamo en concepto de horas extras, pues afirma que la jornada cumplida fue la denunciada en el intercambio telegráfico y en el inicio, cumpliendo con los requisitos del art. 65 de la ley 18.345, circunstancias que fueron acreditadas con la prueba testimonial instada por su parte.

Desde tal perspectiva de análisis, la sucinta referencia que se advierte en el memorial en torno a la jornada de trabajo, no cumple con las pautas exigidas por el art. 116 LO, ya que no se cuestiona en forma puntual y razonada las consideraciones que al respecto efectuó el magistrado que me precede al advertir las interrupciones en la jornada laboral que surgen de la prueba testimonial rendida en autos, especialmente de las declaraciones aportadas por D. L., G. y H. que contrarían la posición actoral en orden a la extensión de la jornada cumplida, tal como lo advirtió el magistrado *a quo* al sostener que ni las pausas en la jornada ni su extensión que detallaron los testigos, formaron parte del relato inicial. Esta deficiencia recursiva sella la suerte de la apelación de la actora en lo relativo a la jornada, pues, como lo ha señalado la doctrina, la ley adjetiva requiere un análisis razonado del fallo y también la demostración de los motivos que se tienen para estimarlo erróneo, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa al apelante, no puede haber agravio que atender en la alzada, pues no existe cabal expresión de éstos (cfr. Falcón, Enrique M., "Código Procesal", T. II, p. 266).

En base a todo lo expuesto, propicio confirmar la sentencia en este aspecto.

V. Progresará el agravio articulado por el actor en el punto d) del escrito recursivo relativo al rechazo de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT pues si bien de las misivas enviadas se verifica que no se han respetado los plazos previstos por el art. 3 del decreto 146/2001, lo cierto es que al cese del vínculo intimó la entrega de las certificaciones dispuestos por dicha norma (ver telegramas del 07/03/2016 según informe del Correo Argentino de fs. 124) y la demandada nunca puso tales constancias a su disposición ni ofreció hacerlo con posterioridad, motivos por los cuales la queja deviene admisible. Por otra parte y tal como ha establecido la jurisprudencia mayoritaria con criterio que comparto, el plazo previsto por el art. 3 del decreto 146/2001, tiende a que el empleador cumpla con la entrega de los certificados previstos por el art. 80 de la LCT lo que no ocurre cuando este niega la existencia de la relación laboral, pues en este supuesto es claro que no cumplirá con su obligación de entregar la certificación Aludida, ni ninguna otra derivada de las normas laborales. (CNAT, Sala III, 15/04/2003, "Blanco, Ernesto c. Club San Jorge SA", ver asimismo Sala I, SD 83.418 del 28/02/2006, "Vendrell, Carlos A. c. Sousa SA y otro s/ despido").

En definitiva, por las razones expuestas, sugiero revocar en este segmento la sentencia apelada y condenar solidariamente a las demandadas a abonar la suma de $30.000 ($10.000 mejor remuneración, mensual normal y habitual determinada en origen que se confirma en esta instancia, por tres salarios) en concepto de multa art. 80 LCT.

En tal orden de razonamiento el apelante solicita se subsane la omisión contenida en la sentencia de primera instancia, en orden a la intimación a la accionada de entregar la certificación de servicios al actor, bajo apercibimiento de astreintes (fs. 20 vta). Planteada así la cuestión lo solicitado deviene extemporáneo

en esta etapa del procedimiento, en la medida en que ello será factible a partir de la fecha en que se verifique el incumplimiento de la parte a su obligación de extender las certificaciones del art. 80 de la LCT en el plazo otorgado, las cuales regirán hasta el día de efectivizarse la entrega de estos instrumentos.

VI. De acuerdo a lo normado por el art. 132 bis de la LCT propicio confirmar su desestimación, pues la sanción establecida por dicha norma se encuentra dirigida a penalizar la falta de ingreso a los organismos de seguridad social de los aportes respectivos, por lo que no resulta aplicable a los casos de una relación totalmente clandestina en que el empleador no retiene los aportes violando sus obligaciones como agente de retención, sino que mantiene a los trabajadores fuera del sistema, fundamentos por los cuales corresponde confirmar lo decidido en la instancia de origen.

VII. El juez de primera instancia concluye que no prospera el reclamo por las vacaciones año 2013 y 2014, porque aquellas no son compensables en dinero conforme lo dispuesto en el art. 162 LCT.

Tal conclusión motivó los agravios que formula el actor en el capítulo b) del memorial revisor, afirmando que no puede rechazarse el concepto reclamado, simplemente por no mencionarse que el actor había gozado de dichos descansos pues resulta claro que si se intimó al pago quiere decir que se había gozado y no fueron oportunamente abonadas por las demandadas.

Bajo tales premisas, los argumentos ensayados por el apelante no constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia, conforme lo exige el art. 116 de la LO, sino que lo hacen exclusivamente alrededor de conjeturas carentes de fundamentos probatorios, por las cuales se requiere a la jurisdicción la admisión de un reclamo que en rigor de verdad, no fue debidamente articulado en el inicio, todo lo cual torna desierto el agravio planteado en el capítulo b) del memorial revisor.

VIII. Finalmente, se agravia la parte actora en relación al cálculo del rubro vacaciones 2015, alegando que a tal efecto el cómputo debió realizarse por 28 días, en atención a la antigüedad adquirida por el trabajador.

En este sentido no le asiste razón al recurrente al pretender que el cálculo del rubro "vacaciones proporcionales al cese del vínculo" se realice conforme los 28 días que le corresponderían al trabajador en un año calendario, de acuerdo a la antigüedad adquirida, pues las vacaciones proporcionales al cese conforman una indemnización que equivale al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada., tal como lo ha establecido el juez *a quo* al arribar a la suma que por tal concepto indica en la liquidación practicada a fs. 362 vta.

En este orden de ideas propicio conformar lo decidido en origen.

IX. De esta manera, la presente acción prospera por la suma de $1.128.245, monto resultante de la sumatoria de los rubros favorablemente admitidos en la instancia anterior, más los que se adicionan a la condena como consecuencia de lo decidido precedentemente en torno al incremento previsto por el art. 2 de la ley 25.323 $55.450 y la suma de $30.000 en concepto de la indemnización art. 80 LCT, que devengará los intereses establecidos en el decisorio de grado, que arriban firmes e incuestionados a esta alzada.

X. La solución propuesta implica adecuar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y proceder a su determinación en forma originaria, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos planteados en tal sentido.

La totalidad de las costas del proceso sugiero imponerlas solidariamente a cargo de las demandadas vencidas (conf. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por otra parte, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la ley 27.423, la observación del art. 64 del texto normativo sancionado por el Congreso de la Nación y la promulgación parcial dispuesta por el decreto 1077/2017 (art. 7), corresponde determinar cuál es la ley aplicable a los trabajos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho texto normativo.

Al respecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido por mayoría —con arreglo a lo decidido por ese Tribunal ante situaciones sustancialmente análogas— que en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la liquidación (Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, concluyeron que "el nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7 del decreto 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de Fallos: 268:352, 318:445 —en especial considerando 7—, 318:1887, 319:1479, 323:2577, 331: 1123, entre otros" (CSJ 32/2009 (45-E) / CS1, originario, "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 4 de septiembre de 2018).

Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas tareas pasadas durante la vigencia del

régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema.

De tal modo, en el caso, en tanto los trabajos profesionales por la labor cumplida en primera instancia se realizaron estando en vigencia la ley 21.839, el art. 38 LO, el art. 13 de la ley 24.432 y el decreto ley 16.638/1957, habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

A tal efecto, corresponde regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora (que incluye su actuación ante el SECLO) y de la demandada por su actuación en primera instancia, en el 17% y 14%, respectivamente, del capital de condena más intereses.

XI. Sugiero regular los honorarios de la representación letrada de las partes intervinientes en alzada en el 30%, de lo que, en definitiva, le corresponda a cada una de ellas por sus labores en la sede anterior (ley 27.423).

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto de la Sra. Juez de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1°) Modificar parcialmente la sentencia de grado y elevar el monto de condena a la suma de $1.128.245 (pesos un millón ciento veintiocho mil doscientos cuarenta y cinco) la que devengará los intereses fijados en la sentencia de grado desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago; 2) Hacer lugar a la demanda promovida por Víctor Hugo Tavio contra Mary Emilce Lombardo que resulta solidariamente responsable por los conceptos salariales e indemnizatorios determinados en autos; 3°) Costas y honorarios conforme lo propuesto en los puntos X y XI del primer voto; 4°) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 y punto 4 de la Acordada CSJN 15/2013 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Conste que la Dra. Graciela Liliana Carambia no vota en virtud de lo dispuesto por el art. 125 de la ley 18.345. — *Beatriz E. Ferdman. — Néstor M. Rodríguez Brunengo.*

TRABAJADOR PROFESIONAL

Existencia de relación de dependencia. Prueba del vínculo subordinado. El caso de los profesionales universitarios. Inaplicabilidad del dec. 6732/87.

1. — La actora se dedicaba a efectuar prestaciones personales en beneficio de la demandada pues se ocupaba de realizar visitas médicas de urgencia en materia pediátrica en beneficio de los afiliados de la accionada y son las personas que declaran en beneficio de la empresa los que reconstruyen un sistema de trabajo sujeto a directivas específicas de control. Ello por cuanto la actora, en su condición de médica zonal, debía cumplir las prestaciones a requerimiento de la accionada según las llamadas de la clientela, manteniendo una comunicación informática con el centro de control y percibiendo un rédito pecuniario por su labor personal, situación que encuadra en las previsiones del art. 21 de la LCT.

2. — Si bien el profesional universitario siempre debe prestar un servicio personal, si su prestación no es *intuite personae* y puede ser sustituida, nos encontraríamos en un ámbito ajeno al derecho del trabajo ya que en la medida que el sujeto prometa algo más que sus servicios o se nos presente como jefe de una organización de trabajo propia, no cabría admitir la posibilidad de que exista una relación de trabajo en los términos establecidos por el juego armónico de los arts. 21 y 22 de la LCT. A su vez, en la medida que la prestación profesional se desarrolle dentro del establecimiento empresario y con sujeción a un horario determinado, aun cuando éste admita cierto grado de elasticidad, resultaría, prima facie, aceptable la conclusión de que media relación de dependencia.

3. — Resulta inaplicable al caso el dec. 6732/87 porque la trabajadora no acreditó que los pagos regulados por dicha normativa fueran inferiores a lo abonado por sus prestaciones que tenían carácter discontinuo y eventual –es decir la prestación estaba subordinada a que la actora estuviera disponible y respondiese al llamado del paciente, sin que el tiempo de servicios pudiera ser estimado.

CNTrab., sala VI, 13/10/2020. - Blanco, Ibáñez Graciela c. Socorro Medico Privado SA s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/46579/2020]

Expediente N° CNT 70918/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 13 de 2020.

El doctor *Pose* dijo:

La demandada vencida sostiene que: a) la relación que la unió con la actora fue de carácter civil y que lo decidido por la juzgadora es contrario a la doctrina del Superior fijada en los casos “Cairone” y “Rica” : b) que no se acreditó que la relación se hubiera iniciado en septiembre de 2002 y c) que resulta improcedente la aplicación de la punición reglamentada por el art. 2° de la ley 25.323. A todo evento, cuestiona la validez

constitucional del decreto provincial N° 6732/1987 y los montos fijados en concepto de indemnización por preaviso y art. 8 de la ley 24.013 y los honorarios regulados en beneficio de los auxiliares de justicia.

Por su parte la actora persigue se fijen sus créditos sobre un mejor salario de $53.943,40 tomando como referencia el decreto provincial 6732/1987 y se haga lugar al reclamo de indemnización por vacaciones no gozadas. Por último, varios auxiliares de justicia persiguen la elevación de los emolumentos fijados en primera instancia.

Entiendo que, pese a las objeciones de las partes, el fallo de primera instancia debe ser confirmado: nos encontramos ante una de las controversias más comunes y complejas de nuestra disciplina generada por la inserción, dentro del sistema productivo, de los profesionales universitarios —en el caso una médico pediatra— que se integran como prestadores regulares de servicios dentro de organizaciones cuyo objetivo institucional es la prestación de servicios comunitarios, productivos o económicos. Cabe destacar que, en las primeras etapas del desarrollo de la disciplina social, los profesionales universitarios —médicos, contadores, abogados, etc.- eran considerados típicos trabajadores autónomos, no tutelados por las normas jurídicas que prohijaban la cobertura de los trabajadores manuales, carentes de un especial conocimiento en disciplinas de orden intelectual.

No obstante ello, la situación fue evolucionando a medida que se iba desarrollando la sociedad productiva con fuerte concentración de capitales, la aparición de las corporaciones y el desarrollo de entidades altamente especializadas en la prestación de servicios —-universidades, hospitales, compañías de seguros, etc.- en forma tal que, al presente, muchos profesionales deben optar entre integrarse como trabajadores dependientes a algunas de éstas organizaciones o, por el contrario, ingresar al mercado de productivo como trabajadores autónomos lucrando con su especial versación intelectual, siendo intangible la línea divisoria entre una y otra condición. Este fenómeno es reconocido por un vasto sector de la doctrina, puesto que, se habla de un creciente empobrecimiento y proletarización de la clase universitaria por la extensión de los estudios y la secularización de la cultura, lo que produce la aplicación de la normativa laboral en trabajos de orden intelectual que requieren autonomía técnica (De Ferrari, "Derecho del trabajo", T. I, p. 287 y ss.) y/o se señala que los profesionales universitarios pueden comprometer sus servicios tanto a través de contratos de trabajo como de locación de obras o servicios, como de mandato, determinando la inexistencia de un modelo al que remitirse en casos análogos (Caldera, "Derecho del trabajo", ps. 231/2; Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T. I, ps. 699/701).

En consecuencia, para resolver tales conflictos es preciso guiarse por una serie de indicios o presunciones, sin incurrir en conclusiones dogmáticas que estén en pugnas con los principios generales del derecho y la realidad económica y social. Así, si bien el profesional universitario siempre debe prestar un servicio personal, si su prestación no es "intuite personae" y puede ser sustituida, nos encontraríamos en un ámbito ajeno al derecho del trabajo ya que en la medida que el sujeto prometa algo más que sus servicios o se nos presente como jefe de una organización de trabajo propia, no cabría admitir la posibilidad de que exista una relación de trabajo en los términos establecidos por el juego armónico de los arts. 21 y 22 de la LCT. A su vez, en la medida que la prestación profesional se desarrolle dentro del establecimiento empresario y con sujeción a un horario determinado, aun cuando éste admita cierto grado de elasticidad, resultaría, *prima facie*, aceptable la conclusión de que media relación de dependencia (CNTr. Sala V, 16/04/2013, "Bado c. Instituto de Investigaciones Metabólicas SA"). Sin embargo, la circunstancia de que el profesional realice sus tareas fuera del ámbito empresario no sería, por sí sola, motivo para excluir la figura laboral (Montoya Melgar y Botia, "Abogados: Profesión liberal y contrato de trabajo", TSS 1991-3). En tanto y en cuanto los ingresos del profesional estén determinados por sumas fijas, percibidas periódicamente, debe aceptarse que la relación tiene un carácter dependiente o dirigido.

Por último, si bien la exclusividad no constituye una característica indispensable de la relación de trabajo (Badeni, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", T. I, p. 640; CNTr. Sala III, 24/06/2005, "Peña c. Odontología de Avanzada SRL", LNLSS 2005-1391; Sala IV, 31/05/2007, "Juárez c. Sucesores de José Zungri SRL", DT, 2007-B-1105; Sala VI, 02/04/1992, "Mazzet c. De Gennaro", DT, 1992-B-2065; Sala VII, 26/10/1995, "Santoro c. Ferry Líneas Argentinas SA", DT, 1996-A-966; Sala X, 16/10/2013, "Roldán c. Marsans Internacional Argentina SA") no puede aceptarse que un profesional preste servicios en beneficio de múltiples entidades ya que ello demuestra que está utilizando su autonomía técnica en un grado que resulta incompatible con la existencia de una relación dependiente (ver CSJN, 05/11/2019, "Zechner c. Centro Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno" ; CNTr. Sala V, 14/06/1991, "Sanatorio Mayo SA", JA, 1992-IV-sínt.; CSJSanta Fe, 30/03/2005, "Serrichio c. El Litoral SRL", LNLSS 2005-729). En tales supuestos, a criterio del suscripto, habría una mutación de la figura jurídica, ya que se produciría un salto cualitativo en el que la cuantificación de prestaciones personales denota una autonomía funcional que permite tipificar al profesional como su propio empresario.

En el caso a estudio, la actora se dedicaba a efectuar prestaciones personales en beneficio de la de-

mandada pues se ocupaba de realizar visitas médicas de urgencia en materia pediátrica en beneficio de los afiliados de la accionada y son las personas que declaran en beneficio de la empresa —esto es Guzmán, fs. 306 Borioli, fs. 315 y Aguilera, fs. 316— los que reconstruyen un sistema de trabajo sujeto a directivas específicas de control.

Ello por cuanto la actora, en su condición de médica zonal, debía cumplir las prestaciones a requerimiento de la accionada según las llamadas de la clientela, manteniendo una comunicación informática con el centro de control y percibiendo un rédito pecuniario por su labor personal, situación que encuadra en las previsiones del art. 21 de la LCT sin que lo resuelto por la Corte en los casos "Cairone" y "Rica" amerita una solución contraria. En el primero se hizo referencia a un profesional anestesiólogo que integra una entidad médica —Asociación de Anestesia, Analgia y Reanimación de Buenos Aires— que fija los aranceles a pagar gestionando el cobro del rédito profesional con el cual se forma un "pozo" que es distribuido según sistema de puntaje para sus integrante lo que excluía la posibilidad de subordinación jurídica (ver CSJN, 19/02/2015, "Cairone, Mirta G. c. Sociedad Italiana de Beneficencia", Fallos: 338:53, DT, 2015-5-977) y, en el caso "Rica" se esbozaron razones concretas para entender que las prestaciones del médico eran ajenas a las reglamentadas por la Ley de Contrato de Trabajo porque existía una autonomía funcional de la que careció Blanco Ibañez: el accionante era un médico neurocirujano que integraba la una Comisión directiva de su supuesta empleadora (ver sent. del 24/04/2018).

Por ello entiendo que el fallo debe ser confirmado ya que juega en beneficio de la presunción del art. 55 de la LCT, intimó infructuosamente la regularización de vínculo antes de romperlo y el pago de indemnizaciones tarifadas y la decisión de la juzgadora ha respetado los parámetros impuestos por las leyes 24.013 y 25.323.

Coincido con la sentenciante en que resulta inaplicable el decreto 6732/1987 porque la trabajadora no acreditó que los pagos regulados por dicha normativa fueran inferiores a lo abonado por sus prestaciones que tenían carácter discontinuo y eventual —es decir la prestación estaba subordinada a que la actora estuviera disponible y respondiese al llamado del paciente, sin que el tiempo de servicios pudiera ser estimado— ya que no puedo olvidar que: a) la actora cumplía su compromiso médico movilizándose con su vehículo ya que no prestaba servicios en las ambulancias de la empresa (ver testimonial de P., fs. 247); b) al finalizar su prestación podía o no ser requerida para un nuevo servicio; c) las prestaciones pediátricas no eran abundantes ya que Dra. Videla sólo las efectivizaba dos días a la semana (ver declaración de Roldán, fs. 248) y c) que la accionante tenía otros compromisos médicos al margen del que lo unió con la accionada.

Por último, las vacaciones no gozadas no son compensables en dinero ya que su dación persigue un fin higiénico y la preservación de la salud del asalariado (art. 162, LCT, crit. López, Centeno y Fernández Madrid, "Ley de contrato de trabajo comentada", T. II, p. 614; Cabanellas, "Tratado de Derecho Laboral", T. II, vol. 2, p. 496; Rubio, "Régimen legal del contrato de trabajo", p. 187; CNTr. Sala I, 23/06/2004, "Micelotta c. Entel", DT, 2004-B-1377; Sala III, 30/12/2008, "Carabajal c. Maída", DLSS 2009-517; Sala VI, 19/03/2003, "Rodríguez Lupo c. SOS Oprovi Argentina", JA, 2004-III--sínt.; Sala VIII, sent. 35.003, 30/04/2008, "Brizuela c. Empresa Colt SRL" ; Sala IX, 27/05/2004, "Pérez Crespo c. Tubing SA", DT, 2004-B-1534) siendo válida la interpretación legal propiciada por la juzgadora que no resulta lesiva del orden público laboral.

En mérito a lo apuntado, siendo razonables los honorarios impugnados (art. 38 L LO) entiendo corresponde: 1) Confirmar el fallo recurrido en todo cuanto fuera materia de recursos y agravios; 2) Imponer las costas de alzada por su orden atento la suerte de los respectivos recursos y 3) Fijar los honorarios de representación y patrocinio de los litigantes, por las tareas de alzada, en el 30% de la suma regulada en la instancia anterior.

La doctora *Craig* dijo:

Que adhiero al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la LO), el Tribunal resuelve: I. Confirmar el pronunciamiento de grado en todo cuanto fuera materia de recursos y agravios. II. Imponer las costas de alzada por su orden. III. Regular los honorarios de representación y patrocinio de los litigantes, por las tareas de alzada, en el 30% de la suma regulada en la instancia anterior. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Carlos Pose.* — *Graciela L. Craig.*

INCAPACIDAD PSICOLÓGICA

Apreciación de la pericia psicológica. Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, dec. 659/96.

Procede apartarse del porcentaje de incapacidad psicológico admitido por la Sra. Juez "a quo", pues si se observa en la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, aprobada por el Decreto 659/96, el apartado Psiquiatría, punto 2 R.V.A.N. de grado III, surge que no sólo requie-

re la verificación de "trastornos" de memoria y concentración durante el examen psiquiátrico –ausente en autos- y psicodiagnóstico, sino que agrega que las formas de presentación de este grado de afección van desde la depresión, las crisis conversivas, las crisis de pánico, fobias y obsesiones, dolencias, todas ellas, faltantes en el diagnóstico del actor, quien sólo presenta una R.V.A.N. con manifestación ansiosa.

CNTrab., sala VIII, 13/10/2020. - Sotelo, Juan Ramón c. Provincia Art SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/46578/2020]

Expte. N° 42958/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 13 de 2020.

La doctora *González* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia, que hizo lugar a la demanda, vienen en apelación la ART demandada y el perito médico legista.

II. Provincia ART SA se agravia a tenor de las motivaciones que lucen a fs. 159/161 vta., las cuales fueron contestadas por el actor a fs. 163/165.

III. En concreto, cuestiona los siguientes aspectos del decisorio anterior: a) la incapacidad psicológica reconocida al actor, en el 20% de la T. O., por RVAN grado III y b) todos los honorarios regulados a fs. 156 vta. por estimarlos altos.

IV. El perito médico a fs. 157/158 recurre sus honorarios por interpretarlos bajos.

V. El recurso de la ART demandada obtendrá parcial andamiento.

Arriba exento de crítica a este Tribunal, entre otros extremos: a) que el actor el 08/05/2013 cuando se encontraba en la cocina de un buque trabajando, con ollas de 50 litros, al trasladar una de ellas repleta de agua sintió un fuerte tirón en la cintura, que le impidió continuar trabajando; b) que se tuvo por aceptado el siniestro aludido por parte de la ART demandada, en los términos del art. 6° del Dec. 717/1996;c) que para la determinación de la incapacidad laboral resulta aplicable el baremo de la Ley 24.557 (conf. art. 9° de la Ley 26.773 y fallo de la CSJN de fecha 12/11/2009 *in re* "Ledesma, Diego M. c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial"); d) que la incapacidad física que presenta el actor, por hernia de disco lumbar operada, es del 20% de la T. O. y e) que los porcentajes y el procedimiento para el cálculo de los factores de ponderación son los que lucen a fs. 133 *in fine*.

Sentado ello, evoco que el perito médico legista sorteado en autos, en virtud de los puntos periciales propuestos por las partes que atañen a la faz psicológica del actor, solicito la realización de un informe psicodiagnóstico, el cual obra en el sobre que corre agregado por cuerda, identificado en grado como anexo 6778 y en esta instancia como S-906, sin observación de las partes (conf. art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Dicho informe, realizado por la Licenciada en Psicología Quiroga - UBA - MN..., sin observación de las partes (conf. art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), contiene la evaluación del estado psicológico del actor, llevada a cabo a través de entrevista semiestructurada y diversos test de la especialidad (Gestáltico Visomotor - Bender, HTP, Persona bajo la lluvia, Cuestionario Desiderativo y Rorschach).

En el informe aludido se dijo, en el apartado Síntesis Diagnóstica y Conclusión, lo siguiente: "(...) Del relevamiento de antecedentes personales no surge evidencia que sugiera la presencia de algún trastorno mental previo, de modo que no hay signos que indiquen algún trastorno de la personalidad. La conducta presenta características de personalidad que se ajustan a los parámetros de normalidad, con predominio de rasgos ansiosos. Tomando como elemento de evaluación la Tabla de evaluación de las incapacidades laborales y listado de enfermedades profesionales Ley 24.557, el entrevistado presenta un grado de incapacidad del 10%, situado dentro de las reacciones vivenciales anormales neuróticas, grado II con manifestación ansiosa."

El perito médico legista a fs. 132 vta. al analizar dicho informe psicodiagnóstico, en el acápite Consideraciones Médico-Legales Psiquiátricas, expresó que por las "alteraciones" en la memoria de fijación y evocación del actor, que señala la psicóloga en su informe (en el apartado Descripción del estado psíquico y aspectos conductuales actuales, sólo se indicó —escuetamente— que dichas memorias se encuentran "disminuidas"), concluyó que el Sr. Sotelo presenta una RVAN grado III, es decir un 20% de incapacidad laboral, parcial y permanente (10% más que la indicada por la Lic. en Psicología).

El porcentaje de incapacidad psicológica determinado por el perito médico legista, del 20% de la T. O., fue el admitido por la Sra. Jueza *a quo*.

De ahí que la ART demandada se agravia de esta última conclusión, porque entiende que en autos no hay elementos objetivos que convaliden una incapacidad psicológica de grado III. También señala que el perito médico en su evaluación no cumplió con el criterio de la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, aprobada por el Decreto 659/1996 y sus modificatorios. A su decir el actor presenta una RVAN grado I, que equivale a 0% de incapacidad.

Sobre el particular, considero que el agravio es admisible parcialmente. Si se observa en la Tabla de Evaluación aludida, el apartado Psiquiatría, punto 2 RVAN de grado III, surge que no sólo requiere la verificación de "trastornos" de memoria y concentración durante el examen psiquiátrico —ausente en autos— y psicodiagnóstico, sino que agrega que las formas de presentación de este grado de afección van desde la depresión, las crisis conversivas, las crisis de pánico, fobias y obsesiones. Dolencias, todas ellas, faltantes en el diagnóstico del actor, quien sólo presenta una RVAN con manifestación ansiosa.

Además, la disminución de la memoria de fijación y de evocación, señalada por la psicóloga carecen de explicación y se desconoce si son leves, moderadas o graves y si reúnen, o no, en el actor las características de "trastornos" que contempla el baremo legal para una RVAN de grado III (conf. art. 9° de la Ley 26.773), circunstancias que no fueron motivo de especial análisis por parte del perito médico legista.

En este orden de ideas, las particularidades del siniestro de autos unidas a las consideraciones que anteceden me conducen a apartarme del porcentaje de incapacidad psicológico admitido por la Sra. Juez *a quo* —en base a lo dictaminado por el perito médico legista— y mantener al respecto el diagnóstico originario formulado por la Licenciada en Psicología, de RVAN grado II, que equivale a una incapacidad psicológica del 10% de la T. O. (conf. arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Entiendo que esta cuantificación resulta la más adecuada para la afección que presenta el actor en su psiquis, a raíz del infortunio sufrido con fecha 08/05/2013, sin que el tratamiento psicoterapéutico indicado implique una remisión de su cuadro, ya que sólo permite al trabajador poder aceptar y sobrellevar, de la mejor manera posible, el déficit que presenta. Repárese, además, que en la demanda se reclamó por una incapacidad psicológica de igual tenor (del 10% de la T. O., ver fs. 11 vta. y 12).

Desde esta perspectiva de análisis, considero que el actor presenta una incapacidad psicofísica del 33,3% de la T. O. (20% inc. física +10% inc. psicológica + 3,3% factores de ponderación=), menor a la prevista en el decisorio anterior del 44,4% de la T. O.

Con el alcance indicado sugiero reliquidar el quantum de condena.

Por ello, a partir de los restantes factores de la fórmula legal que arriban firmes a esta instancia, junto con el criterio de aplicación del índice RIPTE expresado en grado, el actor resulta acreedor, en concepto de la indemnización prevista en el art. 14, inciso 2° apartado "a", de la LRT, a la suma de $446.094,66.- ($14.776,69.-x 53 x 33,3% x 65/38=), que supera el mínimo legal vigente a la fecha del infortunio, de $138.842,019.- (según Res. SSS N° 34/2013 II, $416.943 x 33,3%=), motivo por el cual corresponde estar al primer importe.

A lo expuesto, se debe agregar en concepto de indemnización adicional de pago único, conforme lo establece el art. 3° de la Ley 26.773, la suma de $89.218,93.- (446.094,66 x 20%=).

En resumen, el quantum nominal de condena importa la suma de $535.313,59.- ($446.094,66 + $89.218,93=), que acrecerá con los intereses previstos en grado.

A influjo de las razones que anteceden y de lo normado en el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación recomiendo mantener los pronunciamientos sobre costas y honorarios, bien que ahora referidos al nuevo monto de condena (capital e intereses), por resultar acordes a esta nueva solución.

Los honorarios recurridos, en función de la importancia, mérito y extensión de los trabajos realizados por los distintos profesionales que intervinieron en el proceso, no lucen elevados (conf. los arts. 6°, 7°, 8°. 37 y 39 de la Ley 21.839 y 38 de la LO).

En cuanto al límite porcentual previsto en el art. 8° de la Ley 24.432 en materia de costas, no se registra en el memorial agravio concreto, en los términos del art. 116 de la LO, en orden a la etapa procesal dispuesta en grado (del art. 132 de la LO) para su aplicación.

Por lo expuesto, propongo en este voto: se modifique parcialmente la sentencia apelada y en su mérito se fije el nuevo capital nominal de condena en la suma de $535.313,59.-,que acrecerá con los intereses previstos en grado; se mantengan los pronunciamientos sobre costas y honorarios, bien que ahora referidos al nuevo monto de condena (capital e intereses); se impongan las costas de Alzada en el orden causado, atento la índole de la cuestión debatida y particularidades de autos (art. 68, 2do párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se regulen los honorarios de la representación letrada del actor y de la ART demandada, por sus trabajos en esta instancia, en el 30% de lo asignado por la anterior (conf. art. 30 de la Ley 27.423).

El doctor Catardo dijo:

Que, por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: I. Modificar parcialmente la sentencia apelada y en su mérito fijar el nuevo capital nominal de condena en la suma de $535.313,59.-, que acrecerá con los intereses previstos en grado. II. Mantener los pronunciamientos sobre

costas y honorarios, bien que ahora referidos al nuevo monto de condena. III. Imponer las costas de Alzada en el orden causado. IV. Regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la ART demandada, por sus trabajos en esta instancia, en el 30% de lo asignado por la anterior. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente, devuélvase. — *María D. González. — Luis A. Catardo.*

COMPETENCIA

Competencialaboral. Póliza de seguro de retiro colectivo.

> Se revoca la decisión impugnada con arreglo a la cual el tribunal de grado decretó su falta de aptitud jurisdiccional para entender en las actuaciones promovidas contra una Compañía de Seguros, mediante la cual persigue el cobro de diferencias del importe correspondiente al rescate de la póliza de seguro de retiro colectivo, intereses y daño por lucro cesante, ya que el reclamo se halla fundado en normas de un convenio colectivo de trabajo -cuya constitucionalidad, incluso, ha sido cuestionada por el demandante- y resoluciones que -según denuncia el quejoso- en ese marco, hubo de dictar la autoridad administrativa de aplicación, circunstancias éstas no valoradas prudentemente por el a quo y que resultan reveladora de que, en el caso concreto, la jurisdicción para conocer en la presente causa resulta atribuible al fuero del trabajo (art. 2 inc. "a", ley 11.653 y su doctrina).

SC Buenos Aires, 21/10/2020. - Reggiani, Rubén Daniel c. La Estrella SA Cia. de Seguros de Retiro s/ cobro dif. seguro.

[Cita on line: AR/JUR/51210/2020]

Causa L. 122.160

La Plata, octubre 21 de 2020.

Antecedentes

El Tribunal de Trabajo N° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, con asiento en dicha ciudad, se declaró incompetente de oficio para conocer en las presentes actuaciones, sin costas (v. fs. 57/59).

Se dedujo, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 65/73), el que, denegado por el tribunal de origen (v. fs. 75 y vta.), fue concedido por esta Suprema Corte a fs. 164/165 vta., previa deducción de la queja respectiva (v. fs. 155/157 vta.; art. 292, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

A la cuestión planteada el doctor *Genoud* dijo:

I. El tribunal de trabajo se declaró incompetente para entender en las actuaciones promovidas por el señor Rubén Daniel Reggiani contra La Estrella SA Compañía de Seguros de Retiro, mediante la cual persigue el cobro de diferencias del importe correspondiente al rescate de la póliza de seguro de retiro colectivo, intereses y daño por lucro cesante. Dispuso su remisión al fuero civil y comercial departamental (v. fs. 57/59).

Con fundamento en el art. 2 inc. "a" de la ley 11.653 resolvió que la acción instaurada no involucra una controversia individual del trabajo entre empleadores y trabajadores fundada en la Ley de Contrato de Trabajo, ni en convenciones colectivas, laudos con eficacia de éstas, disposiciones legales o reglamentarias que rigen la materia. Descartó que lo pretendido, aun con cita en disposiciones del derecho común, se relacione con un vínculo laboral.

Con cita de doctrina legal de esta Suprema Corte (causa L. 80.593, "Vila", sent. de 03/10/2001), concluyó que la acción instaurada tenía origen en un contrato de seguro, de linaje comercial, regido por los arts. 153 y 156 de la ley 17.418.

Remarcó que la naturaleza del reclamo —tal como había admitido el actor en su demanda— versaba sobre el cobro de diferencias en el importe correspondiente al rescate de un seguro de retiro colectivo voluntario y lucro cesante. Y en orden a su celebración, sostuvo que las aseveraciones del actor no desvirtuaban su esencia ni el régimen legal aplicable al caso.

En síntesis, consideró que no mediaba en autos una hipótesis sobre presuntos incumplimientos del empleador de las obligaciones a su cargo, sino de una controversia en torno al monto liquidado y abonado por la compañía aseguradora en concepto de rescate del seguro, que el reclamante considera insuficiente y confiscatorio.

II. Contra esta decisión se alza el actor mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia —en lo sustancial— violación del art. 2 de la ley 11.653 (v. fs. 65/73).

Impugna las consideraciones efectuadas por el *a quo* para justificar la declinación de su competencia en el caso.

A fin de situar el conflicto en la órbita de la disposición que aduce infringida, refiere que la naturaleza y origen del Seguro de Retiro Complementario se remonta a su incorporación a la Convención Colectiva de Trabajo de Empleados de Comercio 130 del año 1975, por medio de un acuerdo celebrado el 21 de junio 1991 subscripto entre la Cámara Argentina de Comercio, la Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias, la Unión de Entidades Comerciales Argentina, y la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, y fue homologado por la disposición DNRT 4701, y su modificatoria por disposición DNRT 5883.

Colige que el aludido seguro no deriva de un acuerdo voluntario entre el empleador y la compañía de seguros, sino de en una convención colectiva de trabajo, de aplicación *erga omnes*, que constituye una fuente de regulación en la materia, conforme el art. 1 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello porque los afiliados resultan "coercitivamente" beneficiarios.

Objeta que el juzgador se valiera de la doctrina legal del precedente L. 80.593, "Vila", sentencia de 03/10/2001, para fundar su decisión. En tal sentido explica que en dicha causa se había reclamado por un seguro de vida colectivo —regulado en la ley 17.148—, mientras que en autos se persigue el cobro de un seguro de retiro colectivo, de distinta naturaleza.

Añade que el *a quo* debió realizar una interpretación amplia del art. 2 de la ley 11.653 en sintonía con los preceptos en juego. Explica que la presente controversia refiere a un seguro obligatorio que nace de un convenio colectivo y, por ende, resulta ajena a la materia civil y comercial.

III. El recurso no prospera.

III.1. Sin mediar traslado de la demanda, el tribunal actuante se inhibió de conocer en el presente reclamo.

Ello, merced a la naturaleza de las pretensiones deducidas y la ineficacia de las explicaciones del accionante para justificar la radicación peticionada.

III.2. Con los elementos obrantes en autos, se advierte que aun cuando los reclamos traídos con la demanda se funden en las disposiciones convencionales más arriba enunciadas (alguna de ellas impugnadas en su constitucionalidad) sus términos no permiten, a los fines de discernir la competencia, su adecuación a una relación de trabajo que defina la tramitación del juicio ante el fuero seleccionado.

No obstante alguna imprecisión terminológica que pueda achacarse al pronunciamiento recurrido, resulta acertada la interpretación del objeto del reclamo efectuado por el tribunal de origen, en la medida en que se halla en disputa la correcta liquidación en favor del demandante jubilado de la suma abonada por el rescate de la póliza de la que resulta beneficiario, y de los daños y perjuicios que —según adujo— le irrogara la compañía aseguradora, producto del pago insuficiente.

Emerge sin cavilaciones que la pretérita concesión de los beneficios previstos en el acuerdo celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios (tomadora de la póliza) y los representantes del sector empresario, a fin de establecer un sistema de seguro de retiro complementario (financiado por contribuciones a cargo del empleador), se enmarca en una argumentación inhábil para encausar el reclamo bajo la órbita de la justicia provincial del trabajo.

Ello denota la reiteración de los argumentos puestos a consideración del *a quo* a fin procurar la radicación de la causa del modo pretendido, al tiempo que deja en evidencia una crítica insuficiente que no consigue desvirtuar las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido.

En efecto, la gravitación que con insistencia atribuye el interesado a las condiciones pactadas colectivamente, que derivaran en la ulterior implementación del sistema de jubilación privado complementario otorgado por la Federación de Empleados de Comercio y Servicios (con la elección de La Estrella Cía. de Seguros para gestionar el fondo creado al efecto), carece de aptitud para enervar los motivos brindados por el *a quo* para inhibirse en la presente causa.

En este estado, en ausencia de otras constancias (v.gr. póliza) y ceñida la competencia de esta Corte a cuanto fue motivo de agravio, corresponde rechazar el pedido del interesado de que la causa tramite por ante el tribunal de trabajo,

IV. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído. Sin costas, en atención a la ausencia de contradicción y la índole de la cuestión resuelta, inclusive en lo referente a la queja articulada en los términos del art. 292 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (v. fs. 165; arts. 68 y 289, Cód. cit.).

Con los alcances indicados, voto por la negativa.

El doctor *Pettigiani,* por los mismos fundamentos del doctor *Genoud,* votó también por la negativa.

El doctor *Torres* dijo:

I. En mi opinión, el recurso debe prosperar por los fundamentos que habré de precisar a continuación.

I.1. Liminarmente es necesario mencionar que, al resolverse la queja impetrada en la presente causa, este Superior Tribunal en su primera intervención,

declaró que la decisión del órgano de origen —en donde se definió la naturaleza del conflicto suscitado entre las partes y se denegó la competencia de la justicia laboral provincial— resulta equiparable a definitiva (v. fs. 164/165 vta.).

I.2. Sentado lo anterior, corresponde señalar que reiteradamente ha declarado esta Suprema Corte que la competencia se determina, en principio, por la naturaleza jurídica de los reclamos que el actor propone a decisión judicial, es decir, por la índole de la acción ejercida. Luego, la aptitud jurisdiccional de los tribunales de trabajo resulta siempre que la pretensión se vincule con un contrato o relación de trabajo y se halle fundada en normas laborales, más allá de lo que la sentencia definitiva resuelva respecto de la procedencia de los derechos invocados (causas L. 33.717, "Villán", sent. de 02/04/1985; L. 80.103, "Taborda", sent. de 15/02/2006; L. 103.394, "Rosales", sent. de 15/07/2009; L. 98.074, "Braillard", sent. de 10/10/2010 y L. 117.016, "Moraga", sent. de 12/02/2015).

En este orden de ideas, conviene recordar que parte de la doctrina especializada explica que "...basta que exista una controversia jurídica en que se debatan cuestiones vinculadas al derecho del trabajo —acciones derivadas de disposiciones legales o reglamentarias de tal derecho— para que surja la competencia de los tribunales laborales, aunque las partes no sean trabajadores o empleadores" (Brito Peret, José I. y Comadira, Guillermo L., Procedimiento laboral en la Provincia de Buenos Aires, ley 7718. Comentada, anotada y concordada, Ed. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 1995, p. 11).

I.3. En la especie, la lectura de la pretensión planteada en el escrito de inicio da cuenta de que se encuentran en juego normas establecidas en una convención colectiva de trabajo: en el caso, la Convención Colectiva de Trabajo 130/75 —cuyo ámbito de aplicación resulta la actividad de empleados de comercio— y el régimen de retiro incorporado mediante disposiciones de la autoridad de aplicación competente homologadas legalmente.

En estas condiciones, siguiendo los lineamientos trazados en el apartado anterior, se impone concluir que no luce acertada la decisión del tribunal de grado, desde que el reclamo se halla fundado en normas de un convenio colectivo de trabajo —cuya constitucionalidad, incluso, ha sido cuestionada por el demandante— y resoluciones que —según denuncia el quejoso— en ese marco, hubo de dictar la autoridad administrativa de aplicación, circunstancias éstas no valoradas prudentemente por el *a quo* y que resultan reveladora de que, en el caso concreto, la jurisdicción para conocer en la presente causa resulta atribuible al fuero del trabajo (art. 2 inc. "a", ley 11.653 y su doctrina).

II. Por lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la parte actora y revocar la decisión impugnada en cuanto el tribunal de grado decretó su falta de aptitud jurisdiccional para conocer en la presente causa, cuya competencia se declara. En consecuencia, los autos deberán remitirse al órgano de origen a fin de que continúe el trámite según su estado.

Sin costas, en atención a la ausencia de contradicción y la índole de la cuestión resuelta, inclusive en lo referente a la queja articulada en los términos del art. 292 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (v. fs. 165; arts. 68 y 289, Cód. cit.).

Con los alcances indicados, voto por la afirmativa.

La doctora *Kogan,* por los mismos fundamentos del doctor *Torres,* votó también por la afirmativa.

El doctor *de Lázzari* dijo:

Entiendo, por los fundamentos volcados por el doctor Torres en su propuesta, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido.

Voto, entonces, por la afirmativa.

El doctor *Soria,* por los mismos fundamentos del doctor *Torres,* votó también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y se revoca la decisión impugnada con arreglo a la cual el tribunal de grado decretó su falta de aptitud jurisdiccional para conocer en la presente causa, cuya competencia se declara. En consecuencia, se remiten los autos al tribunal de origen para que continúe el trámite según su estado. Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaria firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — *Luis E. Genoud. — Eduardo J. Pettigiani. — Sergio G. Torres. — Hilda Kogan. — Eduardo N. de Lázzari. — Daniel F. Soria.*

SEGURIDAD SOCIAL

Asignaciones Familiares

Actualidades

Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia

Modificaciones al régimen general de asignaciones familiares

Gerardo M. Corti

Sumario: I. Introducción.— II. Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia.

I. Introducción

Con el presente trabajo retomamos el análisis profundizado de las prestaciones que el Régimen General de Asignaciones Familiares confiere en el ámbito de nuestro país.

En esta oportunidad abordaremos novedades que conciernen a aquellas contingencias sociales que afectan a las personas en sus primeros días de vida.

Estudios, políticas y estrategias motivadas en la protección de la primera infancia, resultan contestes en destacar la importancia de esta etapa inicial en el desarrollo humano **(1)**.

Durante los dos [2] primeros años de vida se forma biológicamente la mayor parte de los tejidos y órganos; se produce la mayor tasa de crecimiento corporal; se determina el potencial físico e intelectual que eventualmente se alcanzará; y se forma más del ochenta por ciento (80%) de la actividad intelectual.

Por lo tanto, el período conocido como de "los primeros 1.000 días de vida" (llamado así por ser el resultado de la sumatoria de los 270 días que se corresponden a un embarazo más los días del primer y segundo año de vida) se lo considera como una "ventana de oportunidades" para eventualmente construir un futuro protectorio de los vínculos tempranos, del desarrollo físico y emocional humano y de la salud integral.

Nuestro país cuenta con un amplio marco normativo que establece el derecho de todos los niños y niñas a la vida, a la salud integral (incluyendo la salud sexual y reproductiva), a un embarazo, parto y postparto respetado y humanizado y a una alimentación y nutrición adecuada.

Recientemente han surgido novedades en tal sentido que merecen su tratamiento en la presente sección.

(1) Ver, p. ej., Documento de Trabajo 143, noviembre de 2015, AULICINO, Carolina — GERENNI, Florencia — ACUÑA, Malena, "Primera infancia en Argentina: Políticas a Nivel Nacional - Programa de Protección Social y Programa de Educación", http://cippec.org/primerainfancia.

II. Atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia

II.1. Marco Normativo

Inicialmente debemos recordar que el art. 14 bis de nuestra CN declama: "... [E]l Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá:...la protección integral de la familia...".

Además, mediante su art. 75 se establece que —entre otras— será atribución del Congreso Nacional legislar y promover "... medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

Aún más, con la reforma constitucional del año 1994 se enfatizó el carácter tutelar de la institución de la "familia" al conferirle jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales tales como la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"; "La Declaración Universal de Derechos Humanos"; "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" **(2)**.

En ese mismo contexto debemos señalar que la "Convención sobre los Derechos del Niño" **(3)** [también de raigambre Constitucional en el ámbito nuestro País en función del art. 75 de la Carta Magna **(4)**], prevé que los Estados signatarios **(5)** adoptarán las medidas apropiadas para "... dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional..." **(6)**.

Bajo ese espíritu, se reconoce "... a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social..." y el compromiso de los países signatarios de adoptar "... las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional..." **(7)**.

Asimismo, mediante la Convención que nos ocupa, se conviene que esas prestaciones de la seguridad social "... deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre..." **(8)**.

Por último, cabe advertir que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño "... a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social..." adoptando las medidas internas que resulten necesarias "... para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el ves-

(2) Su art. 23 prescribe: "... La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos...".

(3) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York de los Estados Unidos de Norteamérica el día 20 de noviembre de 1989.

(4) Conforme apart. 22.

(5) La "Convención sobre los Derechos del Niño" es el tratado internacional sobre Derechos Humanos que cuenta con el mayor número ratificaciones. Al mes de noviembre de 2005, se registraba un total de ciento noventa y dos [192] países como Estados Partes de la Convención (Estados Unidos de Norteamérica y Somalia no lo habían ratificado).

(6) De acuerdo con el texto del art. 4º.

(7) Según art. 26 (apart. 1).

(8) De acuerdo con el art. 26 (apart. 2º).

tuario y la vivienda…" como así también "… para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero…" **(9)**.

Vale resaltar que mediante ley 23.849 **(10)** (aprobatoria del texto de esta Convención sobre los Derechos del Niño), se declaró que en la órbita de nuestro país se entiende por "niño" a todo ser humano desde el momento mismo de su concepción y hasta los dieciocho [18] años de edad.

No obstante, el encuadre legal aquí citado, la tutela a favor de la familia descripta la observaremos reflejada en toda la legislación del país.

Así las cosas —de análoga forma a la que fuera prevista en los párrafos que anteceden— la ley 26.061 **(11)** conocida como "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", ha resuelto conferir "… protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte…" **(12)**.

Precisemos que, mediante la citada norma, entre otros derechos y garantías fundamentales a favor de las niñas, niños y adolescentes de nuestro país, se reconoce la importancia de brindarles acceso a los beneficios de la seguridad social. Asimismo, se le reconoce el derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

Para ello, los Organismos del Estado deben establecer políticas y programas de inclusión tanto para los menores como para las demás personas que sean responsables de su manutención.

En atención a las implicancias del régimen de las asignaciones familiares, es dable advertir que mediante el art. 18 se prescribe expresamente: "… [L]as medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo…".

Asimismo, los Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social. Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud (conforme art. 14).

Por dec. 415 de fecha 17 de abril de 2006 **(13)**, se aprueba y reglamenta la citada ley, y se establece que el derecho a la atención integral de la salud del adolescente incluye el abordaje de su salud sexual y reproductiva.

Esto último también es receptado por la ley 26.150 **(14)** (de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el ámbito del Ministerio de Educación), que establece el derecho de todos los educandos a recibir instrucción

(9) Conforme art. 27.

(10) Sancionada el día 27 de setiembre de 1990 y promulgada el 16 octubre de 1990.

(11) Sancionada el día 28 de septiembre de 2005 y promulgada con fecha 21 de octubre de 2005.

(12) De acuerdo con el art. 1º.

(13) Publicado en el Boletín Oficial del 18 de abril de 2006 (BO 30.887).

(14) Publicada en el Boletín Oficial del día 24 de octubre de 2006 (BO 31.017).

sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. A los efectos de esta ley, se entiende como educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos.

La ley 22.431 **(15)** establece un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a estas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como, a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas que no la padecen **(16)**.

Por su parte debemos señalar que mediante la ley 26.378 **(17)** se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad **(18)** (junto a su protocolo facultativo), cuyo propósito principal "... es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente..." (conforme art. 1º).

En lo que resulta de interés para el presente trabajo, su texto reconoce el derecho que le asiste a las personas con discapacidad a contar con un nivel de vida adecuado, tanto para ellas como para sus familias (comprendiendo el acceso a alimentación, vestimenta y habitación adecuados), y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Los Estado Partes deben adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

Asimismo, tendrán que "... asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza; (...) asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados; (...) asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación..." **(19)**.

Mediante Ley 25.929 **(20)** se prevé que toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, tiene derecho a: a) ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas; b) ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantice la intimidad durante todo el proceso asistencial y tenga en consideración sus pautas culturales; c) ser considerada, en su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto; d) al parto natural, res-

(15) Publicada en el Boletín Oficial del 20 de marzo de 1981 (BO 24.632).

(16) Poseer Certificado Único de Discapacidad - CUD confiere la posibilidad de acceder a beneficios de Salud (conforme Ley 24.901 - Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad); Transporte (decs. 38/2004 y 118/2006); Libre Tránsito y Estacionamiento (Ley 19.279 —Automotores para Lisiados—, y dec. 1313/1993 —Símbolo Internacional de Acceso—); Eximición de Impuestos Municipales; Turismo; Asesoría Legal sobre legislación vigente en materia de discapacidad; Educación; Empleo entre otros. En tal entendimiento precisamos que la "situación de discapacidad" —generadora de la presente tutela— es la definida por la ley 22.431 (conocida como del "Sistema de Protección Integral de los Discapacitados") como toda "... alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que con relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral...".

(17) Sancionada con fecha 21 de mayo de 2008 y promulgada el día 6 junio de 2008.

(18) Según el texto de la Convención el concepto de "persona con discapacidad" incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

(19) De acuerdo con las prescripciones establecidas en el articulado 28.

(20) Publicada en el Boletín Oficial del 21 de septiembre de 2004 (BO 30.489).

petuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer; e) ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales; f) no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación, salvo consentimiento manifestado por escrito bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética; g) estar acompañada, por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto; h) tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales; i) ser informada, desde el embarazo, sobre los beneficios de la lactancia materna y recibir apoyo para amamantar; j) recibir asesoramiento e información sobre los cuidados de sí misma y del niño o niña; y k) ser informada específicamente sobre los efectos adversos del tabaco, el alcohol y las drogas sobre el niño o niña y ella misma.

Por su parte a toda persona recién nacida se le reconoce el derecho a: a) ser tratada en forma respetuosa y digna; b) a su inequívoca identificación; c) no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación o docencia, salvo consentimiento, manifestado por escrito de sus representantes legales, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética; d) a la internación conjunta con su madre en sala, y a que ella sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquella; y e) a que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo, así como de su plan de vacunación.

La ley 24.540 **(21)** sus modificatorias y complementarias, se establece el Régimen de Identificación de los Recién Nacidos y por el que se impone que toda niña o niño nacido vivo o muerto deban ser identificados junto a su madre. De esta manera se asegura su derecho a la identidad; se reducen las posibilidades de sustracción de bebés; y se evita la entrega de estos a las familias equivocadas.

Mediante la ley 26.485 **(22)** de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales se garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a: a) una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) la salud, la educación y la seguridad personal; c) la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) que se respete su dignidad; e) decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; f) la intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; g) recibir información y asesoramiento adecuado; h) gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; i) gozar de acceso gratuito a la justicia; j) la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; k) un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

II.2. Régimen general

La ley 24.714 **(23)** instituye, junto a sus normas modificatorias y complementarias, un Régimen de Asignaciones Familiares —con alcance nacional y obligatorio— a favor de los trabajadores que prestan servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada y pública nacional; para los beneficiarios de la Ley de Riesgos de Trabajo y del Seguro de Desempleo; para aquellas personas inscriptas y con aportes realizados en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyen-

(21) Publicada en el Boletín Oficial del 22 de septiembre de 1995 (BO 28.234).

(22) Publicada en el Boletín Oficial del 14 de abril de 2009 (BO 31632)

(23) Sancionada el 2 de octubre de 1996 y publicada en el Boletín Oficial del día 18 de ese mismo mes y año.

tes (RS) **(24)** establecido por la ley 24.977 **(25)**, sus complementarias y modificatorias; para los beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino **(26)**, beneficiarios del régimen de pensiones no contributivas por invalidez, y para la Pensión Universal para el Adulto Mayor **(27)**; como así también para los beneficiarios de la Asignación por Embarazo para Protección Social **(28)** y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social **(29)**.

El personal del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares [ley 26.844 **(30)**] se encuentra incluido en el "subsistema no contributivo" (inc. c del art. 1º de la ley 24.714), siendo beneficiario de la AUH y la AUE y excluido de los incs. a y b del citado artículo con excepción del derecho a la percepción de la Asignación por Maternidad.

El actual sistema confiere las siguientes prestaciones: a) asignación por hijo; b) asignación por hijo con discapacidad; c) asignación prenatal; d) asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal; e) asignación por maternidad; f) asignación por nacimiento; g) asignación por adopción; h) asignación por matrimonio; i) asignación universal por hijo para protección social; j) asignación por embarazo para protección social; y k) asignación por cuidado de salud integral incorporada recientemente por la ley 27.611 y será objeto de análisis en el presente trabajo (conforme se desprende del art. 6º de la ley 24.714).

Con la incorporación de las asignaciones universales se confirió protección a las familias sometidas a condiciones de vulnerabilidad social, reforzando —por los condicionantes que se han prescripto para el acceso al cobro total de la prestación— los niveles de escolarización; de controles sanitarios y de vacunación; y de documentación de todos los niños, adolescentes y personas con discapacidad que residen en el territorio de la República Argentina.

II.2.a. Dec. 840/2020

Mediante el dec. 840 de fecha 4 de noviembre de 2020 se introducen importantes modificaciones al Régimen de las Asignaciones Familiares en miras de mitigar el impacto socioeconómico de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con relación al COVID-19 **(31)**.

En este sentido, el decreto establece su aplicación a partir de las asignaciones que correspondan al mes de octubre 2020 (que fueron puestas al pago en el mes de diciembre 2020) y para las Asignaciones Familiares de pago extraordinario cuyo hecho generador se hayan producido a partir del mes de octubre de 2020.

Para la liquidación de períodos anteriores, se aplican los requisitos conforme a la normativa que se encontraba vigente en los respectivos períodos.

Las modificaciones introducidas son las siguientes:

i. Se elimina el límite máximo de cinco [5] niñas, niños, adolescentes y/o personas con discapacidad por grupo familiar, y se readecuan los requisitos que fueran oportunamente establecidos por el art. 6º del dec. 1602/2009 para el cobro de la AUH.

En tales términos la "... Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo o una sola de los padres o de las madres, tutor o tutora, curador o curadora o pariente por consanguini-

(24) Cobertura extendida por el dec. 593 de fecha 15 de abril de 2016, publicado en el Boletín Oficial del día 19 de abril de 2016 (BO 33.360).

(25) Publicada en el Boletín Oficial del día 06/07/1998 (BO 28.931).

(26) En adelante, SIPA.

(27) En adelante, PUAM.

(28) Según dec. 446 del 18 de abril de 2011, publicado en el Boletín Oficial con fecha 19 de abril de 2011 (BO 32.133). En adelante AUE.

(29) Según dec. 1602 del 18 de abril de 2009, publicado en el Boletín Oficial con fecha 30 de octubre de 2009 (BO 31.770). En adelante AUH.

(30) Publicada en el Boletín Oficial del día 12 de abril de 2013 (BO 32.617).

(31) El dec. 260 de fecha 12 de marzo de 2020 (BO 34.327) amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541.

dad hasta el tercer grado, por cada niña, niño y/o adolescente menor de dieciocho [18] años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de una persona con discapacidad; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado o empleada, emancipado o emancipada o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la presente Ley" (conforme actual redacción del art. 14 bis de la ley 24.714).

Para acceder a la AUH —en los términos indicados— se requiere que la niña, el niño, adolescente y/o la persona con discapacidad sea argentino o argentina nativo o nativa, naturalizado o naturalizada o por opción. Cuando la niña, el niño, adolescente y/o la persona con discapacidad y sus progenitores o las personas que los tengan a cargo sean extranjeras, deberán acreditar tanto la niña, el niño, adolescente y/o la persona con discapacidad como el titular que percibirá la AUH, dos [2] años de residencia legal en el país (es decir, se reduce de tres a dos años el requisito de residencia legal en el país. Cuando uno de los integrantes del grupo familiar sea de nacionalidad argentina no se exigirá el requisito de antigüedad de residencia, pero en todos los casos, solo corresponde si residen en el país).

Asimismo, se debe acreditar la identidad del titular del beneficio y de la niña, del niño, adolescente y/o persona con discapacidad, mediante Documento Nacional de Identidad (DNI). La condición de discapacidad deberá formularse en los términos del art. 2º de la ley 22.431 citado previamente **(32)**.

La persona que percibirá el beneficio debe tener a su cargo a la niña, al niño, adolescente y/o persona con discapacidad, en función de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y de conformidad con la documentación que la Administración Nacional de la Seguridad Social **(33)** disponga a estos fines.

Hasta los cuatro [4] años de edad —inclusive—, deberá acreditarse el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio. A partir de los cinco [5] años de edad y hasta los dieciocho [18] años, deberá acreditarse, además, la concurrencia a establecimientos educativos públicos.

Tanto el titular del beneficio como la niña, el niño, adolescente y/o persona con discapacidad deben acreditar que residen en el país.

ii. Por su parte, se dejó sin efecto el tope mínimo de ingresos para el cobro de las Asignaciones Familiares de los subsistemas de los incs. a y b del art. 1º de la ley 24.714, correspondiente al grupo familiar definido en el dec. 1667/2012 y que el límite máximo de ingresos de cada uno de los integrantes del grupo familiar se determinará en función de lo establecido por el art. 5º de la ley 27.160 **(34)** y sus modificatorias (Ley de Movilidad del Régimen de las Asignaciones Familiares).

Es decir, se elimina el tope mínimo de ingresos para el cobro de las Asignaciones Familiares para los trabajadores en relación de dependencia, titulares de ART, titulares de la Prestación por Desempleo y jubilados y pensionados.

iii. Para los trabajadores monotributistas, se suprimió el requisito de efectivización de las imposiciones mensuales que establece el inc. a' del art. 1º de la ley 24.714 y sus modificatorias y el art. 3º del dec. 593/2016, como condición para la liquidación de las asignaciones familiares a aquellas personas inscriptas en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS).

Además, a partir de la categoría I, se dispuso que continúan percibiendo únicamente la Asignación por Hijo con Discapacidad y —de corresponder— la Ayuda Escolar Anual por Hijo con Discapacidad.

iv. Para los trabajadores en relación de dependencia y para los titulares de ART, se derogó el art. 6º del dec. 702/2018, mediante el cual se dispuso el control del requisito de la realización de los aportes y contribuciones patronales, como

(32) Ver punto II.a.

(33) En adelante ANSeS.

(34) Art. 5º: "El tope de ingresos previsto en el art. 3º de la ley 24.714 y sus modificatorias, se ajustará de acuerdo con la variación que se produzca en la ganancia no imponible y/o en las deducciones por cargas de familia, previstas en el art. 23, inc. b de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997) y sus modificaciones y complementarias".

condición previa para la liquidación de retroactivos de las asignaciones familiares a aquellos titulares comprendidos en el inc. a del art. 1º de la ley 24.714, sus complementarias y modificatorias.

v. En virtud de la capacidad progresiva de los y las adolescentes y de que existen niñas, niños y adolescentes que se encuentran a cargo de terceros, se modificó el art. 7º del dec. 614/2013, permitiendo que el efectivo pago de las asignaciones familiares se realice a la madre, o al padre o, cuando medie acuerdo de ambos, a un tercero o, a la hija o al hijo adolescente desde los dieciséis [16] años de edad, independientemente del o de la integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación (en los casos de guarda, curatela, tutela y cuidado personal, el pago se realizará al guardador o a la guardadora, curador o curadora, tutor o tutora o cuidador o cuidadora que correspondiere).

vi. Ante las medidas de prevención sanitaria adoptadas en el contexto de la pandemia de COVID-19 que imposibilitaron realizar los trámites necesarios para el cumplimiento de la presentación de la "Libreta Nacional de Seguridad Social, Salud y Educación", mediante el decreto en estudio se tiene por cumplida —de manera excepcional— la presentación de aquellas correspondientes al año 2017 y anteriores (situación está que habilita continuar cobrando el ochenta por ciento mensual de la asignación).

Asimismo, se da por cumplida la presentación de la Libreta correspondiente a los años 2018 y 2019 (conforme res. ANSeS 168/2020). Así, quienes percibieron durante 2018 el ochenta por ciento mensual (80%) de la asignación por sus hijos o hijas hasta los cuatro [4] años de edad inclusive, cobrarán en el mes de diciembre de 2020 el veinte por ciento (20%) acumulado restante. Y quienes percibieron durante 2019 el ochenta por ciento (80%) mensual de la asignación por sus hijos o hijas, percibirán en diciembre de 2020 el veinte por ciento (20%) acumulado restante.

Para el pago del veinte por ciento (20%) acumulado de la asignación percibida durante el año 2020, excepcionalmente, los titulares deberán presentar una Declaración Jurada durante el año 2021 que la ANSeS dispondrá a estos fines y en reemplazo de la Libreta Nacional de Seguridad Social, Salud y Educación.

En atención a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las familias beneficiarias de la AUH, se elimina la Declaración Jurada del adulto responsable que formaba parte como requisito a cumplimentar en la Libreta Nacional de la Seguridad Social, Salud y Educación.

En ese orden se percibirá el ochenta (80%) mensual de la asignación, independientemente de la acreditación de los controles sanitarios, de vacunación y de escolaridad. La falta de acreditación de esos requisitos únicamente provocará la pérdida del derecho al cobro del veinte (20%) acumulado.

Quienes tenían denegada la asignación por no haber presentado la Libreta Nacional de la Seguridad Social, Salud y Educación de sus hijos o hijas correspondiente a los años 2017 y anteriores, podrán solicitar que se liquide el ochenta (80%) mensual de la asignación (sin derecho a retroactividad) con la cumplimentación de un formulario que se implementará para tal fin.

vii. Con el objetivo de que la ANSeS pueda dar por acreditados los requisitos sanitarios, de vacunación y de educación, con la información obrante en sus bases, se instruyó al Ministerio de Salud y al Ministerio de Educación a implementar los circuitos automáticos de intercambio de información que resulten necesarios para la liquidación de las asignaciones contempladas en la ley 24.714, sus complementarias y modificatorias.

viii. Finalmente, se facultó a la Secretaría de Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y a la ANSeS, en el ámbito de sus respectivas competencias (conforme a los arts. 12 y 13 del dec. 1245/1996 y al art. 10 del dec. 1602/2009), para dictar las normas aclaratorias y complementarias del Régimen de Asignaciones Familiares, instituido por la ley 24.714 y sus modificatorias.

II.2.b. Ley 27.611

La presente ley tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y

las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia.

Como fuera adelantado, las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el art. 75 de la CN y en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional **(35)**.

i. En lo que respecta a esta sección, se instauró la "Asignación por Cuidado de Salud Integral" (incorporada como inc. k del art. 6º y como art. 14 octies de la ley 24.714).

Así las cosas, la Asignación por Cuidado de Salud Integral consiste en el pago de una suma de dinero que se abonará una [1] vez al año por cada niño o niña menor de tres [3] años de edad que se encuentre a cargo del requirente, siempre que hayan tenido derecho al cobro de la AUH dentro del año calendario, y siempre que acrediten el cumplimiento del plan de vacunación y control sanitario, de conformidad con los requisitos que la ANSeS establecerá a tales efectos.

Corresponde a dicha prestación el monto de la mayor suma fijada en los incs. a o b, según corresponda.

ii. Por su parte se extendió la cobertura de la AUE, quedando establecida en una prestación monetaria no retributiva mensual que se abona a la persona gestante, desde el inicio de su embarazo hasta su interrupción o el nacimiento del hijo, siempre que no exceda de nueve [9] mensualidades, debiendo solicitarse a partir de la decimosegunda [12] semana de gestación (mediante la modificación del primer párrafo del art. 14 quater de la ley 24.714 y sus modificatorias).

De tal manera la AUE ha pasado de seis [6] a nueve [9] mensualidades, confiriendo —mediante esta— cobertura durante todo el período de gestación.

iii. La ley elimina, asimismo, el requisito de antigüedad laboral que los arts. 12 y 13 de la ley 24.714 exigían para acceder a las asignaciones por Nacimiento y por Adopción.

iv. Con la incorporación del art. 14 septies a la ley 24.714 se prevé que las personas titulares comprendidas en el subsistema no contributivo (definido en el inc. c del art. 1º) tendrán derecho a la percepción de las asignaciones por Nacimiento y Adopción.

Para acceder a dichas prestaciones, las personas requirentes deberán acreditar el hecho y/o el acto generador pertinente ante la ANSeS.

v. Finalmente se prevé que el Poder Ejecutivo Nacional, a través de sus organismos competentes, deberá articular procedimientos de intercambio de información a fin de facilitar la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para el cobro de las prestaciones instituidas en la ley 24.714.

Por otro lado, se prevé la provisión pública y gratuita de insumos esenciales durante el embarazo y para la primera infancia, coordinando y ampliando los programas existentes, y la creación del Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos y el Certificado de Hechos Vitales con el objeto de garantizar el derecho a la identidad de las niñas y niños recién nacidos.

(35) En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en virtud de la protección que les otorgan al derecho a la identidad, la salud integral, la alimentación saludable, a una vida digna y libre de violencias, a la seguridad social y al cuidado en los primeros años de la niñez.

Entre los insumos, se menciona la provisión de medicamentos esenciales, vacunas, leche, alimentos para el crecimiento y desarrollo saludable en el embarazo y la niñez.

Asimismo, se busca afianzar el "derecho a la protección en situaciones específicas de vulnerabilidad" para las "niñas y las niñas con necesidad de cuidados especiales en sus primeros años", "personas que cursen embarazos de alto riesgo" o padezcan "trombofilia", "mujeres u otras personas gestantes en situación de violencia por razones de género" y "niñas y adolescentes embarazadas".

Finalmente se crea en el ámbito del Ministerio de Salud una Unidad de Coordinación Administrativa "para la atención y el cuidado integral de la salud de las mujeres y personas gestantes durante el embarazo y de sus hijos hasta los 3 años".

El Ministerio de Salud de la Nación es designado como autoridad de aplicación de la presente ley.

Actualidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires 4/2021

Rafael E. Toledo Ríos

Sumario: I. Jubilación.— II. Trabajador jubilado.— III. Aportes a la seguridad social.— IV. Aportes previsionales.— V. Reajuste del haber.— VI. Discapacidad.— VII. Derecho a la salud.— VIII. Pandemia.— IX. Procedimiento administrativo y judicial.— X. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal.— XI. Riesgos del trabajo.

I. Jubilación

I.1. Intimación a iniciar trámite jubilatorio. Art. 252, LCT. Regímenes de la ley 24.241 y del dec.-ley 9650/1980. Caja otorgante asumida por el IPS. Insuficiencia del RIL. Mera discrepancia subjetiva

SCBA 18/08/2020, "Ankudowicz, Jorge P. c. Ente Administrador Astillero del Río Santiago. Despido" (L. 121.373)

— "[E]sta Corte ha señalado que es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que carece de la indispensable denuncia de infracción de las normas sustantivas y procesales relativas a los agravios que expone, exigencia de insoslayable cumplimiento de conformidad con las prescripciones establecidas por el dispositivo del art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com., no pudiendo suplirse de oficio por este Tribunal, por inferencias o interpretación, la omisión de las citas legales que debieron efectuarse por el recurrente".

— "[E]l órgano de origen expresamente destacó que al momento de ser intimado por el principal en los términos del art. 252 de la ley 20.744 el día 6 de diciembre de 2005, el trabajador cumplía las condiciones exigidas tanto por la ley 24.241 como por el dec.-ley 9650/1980. En este sentido, emerge con nitidez del fallo que el tribunal de grado consideró que la intimación formulada por el principal en los términos del art. 252 de la ley 20.744 se ajustó a derecho, por cuanto la circunstancia de poder acceder voluntariamente el trabajador a una prestación de otro régimen previsional más beneficiosa, no mutaba la naturaleza jurídica de la relación laboral, sujeta al régimen de la ley 20.744 y al Convenio Colectivo de Trabajo 91/1975 E".

— "A ello cabe agregar —aun cuando se soslayara que el propio actor fue quien optó por el sistema previsional al que, en definitiva, se acogió— que el interesado tampoco se hizo cargo de la definición expuesta por los magistrados de grado en torno a que recién en junio de 2006 —es decir, con posterioridad a la intimación cursada en los términos del art. 252, LCT— el organismo previsional provincial admitió la posibilidad de asumir el rol de Caja Otorgante que con anterioridad era invariablemente cumplido por ANSeS".

I.2. Caja de abogados. Obligación de cancelar la matrícula. Requisito válido respecto de la jurisdicción provincial. Arts. 45 y 46 de la ley 6716. Inconstitucionalidad de exigir cancelación de matrícula fuera de la jurisdicción bonaerense. Caso "Rebagliatti". Garantía constitucional de igualdad. Razonabilidad. Situación de desigualdad no demostrada. Derecho de propiedad. Doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires. Costas por su orden

SCBA, 18/08/2020, "Bengolea, Carlos A. s/ Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de los arts. 44 y 45, ley 6716" (I. 73.162)

— "En punto a la imposición señalada más allá de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, el reclamante expone —y el asesor general de Gobierno en su contestación reconoce (v. punto III.1, fs....)— que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la invalidez constitucional de las normas aquí impugnadas por su oposición a principios básicos del federalismo, al dictar sentencia en las causas 'Rebagliatti' (CS, Fallos: 310:2039); I.170. XX 'Iriarte', sentencia de 27/10/1987 y L.454. XXII, 'León', sentencia de 18/12/1990, en las que revocara decisiones de esta Corte, postura luego receptada por esta última al pronunciarse en la causa I. 2.036, 'Nieto Blanc', sentencia de 27/10/1998".

— "Por los motivos allí brindados —a los que remito por razón de la brevedad— debe hacerse lugar a la pretensión en este punto, declarándose la inconstitucionalidad de los arts. 44 y 45 de la ley 6716 (t.o. dec. 4771/1995) y su inaplicabilidad a la situación de hecho del abogado Carlos Alberto Bengolea, en cuanto imponen la cancelación de la matrícula profesional fuera del ámbito provincial, condicionando el concreto goce de su derecho jubilatorio a tal exigencia".

— "[E]l actor ambiciona, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 44 y 45 de la ley 6716 (t.o. dec. 4771/1995) y que se le permita gozar del beneficio jubilatorio 'sin la obligación de cancelar la matrícula incluso en la Provincia de Buenos Aires'".

— "[E]l asunto queda librado al margen de maniobra legislativo y en el caso la solución proporcionada no agravia a la Constitución provincial. Corolario que luce inalterado al cabo del proceso pues el demandante omite explicar en modo suficiente de qué manera los arts. 44 y 45 de la ley 6716 infringen lo dispuesto en los arts. 27 y 39 inc. 3º del ordenamiento constitucional local".

II. Trabajador jubilado

II.1. Precedente "Cachero". Art. 253 de la Ley de Contrato de Trabajo (texto ley 24.347). Antigüedad computable a los efectos indemnizatorios

SCBA, 08/07/2020, "Maiale, Mirta M. c. Jacinto Moss y otros. Diferencia indemnización" (L. 122.449)

— "La temática relativa a la antigüedad computable para el caso de extinción del contrato de un trabajador que obtuvo el beneficio jubilatorio sin cesar en el empleo ha sido examinada por esta Corte en autos L. 87.039, 'Liptak Ghiloni' (sent. de 05/05/2010), en el cual se modificó el criterio plasmado en antecedentes previos (causas L. 78.989, 'Frigerio', sent. de 04/06/2003 y L. 87.744, 'Herrera', sent. de 01/04/2004). Allí se estableció que el art. 253 de la Ley de Contrato de Trabajo (conforme ley 24.347), comprende tanto el caso del trabajador que hubiera cesado definitivamente y reingresado posteriormente a las órdenes del mismo empleador, como también, el supuesto de que hubiera continuado trabajando en la empresa, después de obtenida la prestación, sin solución de continuidad".

— "Tal directriz, ratificada en la causa L. 112.734, 'Cachero' (sent. de 20/03/2013; e.o.) —también individualizada en el recurso— ha despejado las discrepancias planteadas en torno a la temática que llega a conocimiento de esta Corte, según la cual, la disposición del art. 253, con el mandato incorporado por la ley 24.347, configura una verdadera excepción a la regla general del art. 18 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuya aplicación procede en la presente controversia".

III. Aportes a la seguridad social

III.1. Retención del empleador. Art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo. Sanción conminatoria mensual. Procedencia. Costas a la vencida

SCBA, 06/08/2020, "Macías, María Vanessa c. Molleker, Fabián A. Diferencia indemnización" (L. 121.878)

— "Ha declarado en forma reiterada esta Corte que el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (conf. ley 25.345) prevé la aplicación de la sanción conminatoria mensual a favor del trabajador en caso de haberse efectivizado retenciones sobre su remuneración en concepto de aportes con destino a los organismos o instituciones que allí se indican, no depositadas por el empleador al momento de la extinción del vínculo, ni al término del plazo de la respectiva intimación (causas... y L. 117.623, 'Alarcón', sent. de 02/09/2015)".

— "Asimismo, ha precisado este Tribunal que para la procedencia de dicha sanción deben concurrir los siguientes presupuestos: (i) la retención por parte del empleador de algunos de los aportes o contribuciones a los que la norma hace referencia; (ii) la omisión de ingresar en tiempo propio, total o parcialmente los mencionados aportes ante el organismo, entidad o institución a que estuvieran destinados; y (iii) que dicha omisión persista al momento de extinguirse el contrato de trabajo".

IV. Aportes previsionales

IV.1. Caja de abogados. Apremio por deuda de aportes. Ley 6716, arts. 12 y 14. Intereses. Tasa pasiva. Doctrina legal de SCBA

SCBA, 27/05/2020, "Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. Faiden, Sara E. Apremio" (121.040)

— "Los aportes y contribuciones del art. 12, inc. A), correspondientes a honorarios regulados judicialmente deberán ingresar a la Caja dentro de los sesenta [60] días corridos de quedar firme el auto regulatorio. Si transcurrido dicho plazo, no se hubieran pagado, solo se tendrán por cumplidos cuando se abonare el importe adeudado con más los intereses que fije la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para actualización de montos de honorarios".

— *"La doctrina legal que ha fijado la tasa pasiva para los intereses moratorios aplicables a los honorarios judiciales de letrados y procuradores, ha sido reafirmada en la causa B. 62.488, 'Ubertalli' (sent. de 18/05/2016); y de modo general en las causas C. 119.176, 'Cabrera' y L. 118.587, 'Trofe' (sents. de 15/06/2016), estableciéndose que los mismos debían calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (conf. arts. 622 y 623, Cód. Civil; 7º y 768 inc. c, Cód. Civ. y Com.; 7º y 10, ley 23.928 y modif.; 31 bis, ley 5827), debiendo ser esta aplicada al presente caso (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Com.)"* (destacado nuestro).

V. Reajuste del haber

V.1. Cargo Clase XIV, Técnico, 35 horas semanales, 16 años de antigüedad en Dirección de Vialidad. Ley 10.328. Desempeño como "conductor de obras". Régimen de 44 horas semanales. Principio de proporcionalidad (mayoría). Mayor jornada posterior al cese. Horario mayor eventual (minoría)

SCBA, 02/10/2020, "Di Bella, Rodolfo P. c. Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa" (B. 62.478)

— "[E]sta Corte sostuvo que se vulnera el principio de proporcionalidad, si el haber previsional es superior al que percibe el personal de su misma categoría en actividad".

— "[E]n aplicación de tal principio y considerando que la mejor función desempeñada por el señor Di Bella en actividad fue 'conductor de obra' (v. fs....), a la que el art. 48, inc. b de la ley 10.328 le atribuye un régimen horario de cuarenta y cuatro horas semanales, juzgo que corresponde reconocer al actor el derecho a que su haber previsional se liquide de conformidad con ese régimen horario" (mayoría).

— "[D]urante el desempeño del señor Di Bella en el mentado empleo, le asistía una carga horaria correspondiente a treinta y cinco horas semanales, en tanto que posteriormente —al cese— al mismo, se le incorporó el desempeño de una mayor jornada. Resulta ineficaz, a los fines de la pretendida asimilación, el adicional tendiente a compensar las particularidades inherentes a la función, dado que, si bien estaba

destinado a compensar un volumen horario mayor, el mismo se exhibe como eventual".

— "[E]llo impide admitir el reconocimiento de la pretensión incoada, pues lo contrario importaría avalar una especie impropia de modificación de la categoría acordada al momento de concederse el beneficio de pasividad, al no existir la necesaria correspondencia funcional entre el cargo ejercido por el interesado y el que luego pretende, lo cual no condice con el criterio reiterado de esta Suprema Corte" (minoría).

V.2. Cargo "psicóloga de hospital". Art. 41, dec.-ley 9650/1980. Plazo legal de tres años no acreditado. Traslado del lugar de trabajo. Licencia por un año sin goce de haberes. Insuficiencia recursiva. Discrepancia subjetiva con el fallo impugnado. Mera disconformidad personal. Improcedente remisión a fundamentos del voto en minoría

SCBA, 03/08/2020, "Vela, María Cristina c. Instituto de Previsión Social (IPS). Pretensión Anulatoria. Recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley" (A. 75.430)

— "[E]n la labor de determinar la permanencia mínima de tres años en el desempeño del cargo de mayor jerarquía, exigido por la citada normativa, ponderó [la Cámara] que la relación de la demandante bajo el régimen de la ley 10.471 abarcó desde el 1º de diciembre de 1988 hasta su cese por retiro voluntario el 24 de noviembre de 1992 y consideró determinante la licencia sin goce de haberes por el término de un año que registraba la actora, desde el 1º de abril de 1990 (cfr. resol. 2404/1990), en tanto dicho período no podía considerarse con actividad y debía excluirse del cálculo del citado artículo. A partir de allí, concluyó que la afiliada no alcanzaba el mínimo de tres años requeridos por la norma aplicable y desestimó el reajuste pretendido".

— "[E]l discurrir de la recurrente solo evidencia su discrepancia subjetiva con el fallo, pero en modo alguno demuestra la errónea aplicación de la norma actuada (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Com.)".

— "[N]o resulta idónea como sustento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la remisión a los fundamentos del voto que quedó en minoría; máxime si por esa vía se elude controvertir eficazmente los fundamentos que estructuran la construcción jurídica del fallo dictado por la mayoría del tribunal".

V.3. Caja del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdos Salariales de 2010 y 2011 entre Asociación Bancaria y Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina. Pagos no remunerativos. Aportes al régimen de Seguridad Social. Procedencia del traslado a pasividad. Insuficiente impugnación. Falta de demostración del absurdo. Errónea invocación de la doctrina legal de SCBA (mayoría). Carácter extraordinario de sumas sin aportes y por solo dos meses. Falta de generalidad. Acuerdos entre la patronal y los trabajadores (minoría)

SCBA, 18/08/2020, "Triaca, Julio A. y ots. c. Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (A. 74.626)

— "[E]l Tribunal de Alzada consideró que, conforme a la naturaleza de los aumentos, no era posible sustraerlos de los aportes previsionales y del derecho de los pasivos a integrarlos en su haber solo por mera convención".

— "Esta parcela del pronunciamiento no ha sido objeto de impugnación por el recurrente que pretende hacer prevalecer su propio criterio interpretativo sobre el alcance de los convenios salariales de los años 2010 y 2011".

— "[E]l impugnante no denuncia ni logra demostrar un vicio de esas características [el absurdo] que justifique revertir lo decidido por los jueces de grado. En particular, en cuanto la Cámara decidió que conforme los acuerdos salariales de fechas 15/03/2010 y 24/05/2011 la consignación de la absorción del suplemento al salario regular es demostrativa de que los importes allí establecidos constituyeron incrementos a la remuneración normal y habitual de los agentes en actividad, no supeditados para su percepción a ningún recaudo" (mayoría).

— "El recurso de inaplicabilidad de ley, si bien con notables deficiencias, se afianza en los términos y acuerdos arribados entre la patronal y

los trabajadores, reafirmando el carácter excepcional de tales pagos".

— "[L]as sumas entredichas fueron abonadas con carácter extraordinario, sin aportes y solo por dos meses. A ello se añade que serían percibidas por los empleados que trabajaran la jornada completa, lo cual —de alguna manera— quita el carácter de generalidad de las mismas" (minoría).

VI. Discapacidad

VI.1. Persona con retraso mental moderado. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Jerarquía constitucional. Ley 27.044. Ley 26.657 de Protección de la Salud Mental. Código Civil y Comercial, art. 38. Modelo social de discapacidad. Medidas de apoyo. Evaluación interdisciplinaria. Revocación de sentencia con restricciones que impiden administrar y disponer de bienes que superen el salario mínimo y percibir el beneficio previsional. Costas por su orden

SCBA, 29/04/2020, "G., I. G. s/ determinación de la capacidad jurídica" (C. 123.112)

— "Tiene dicho el Máximo Tribunal de la Nación que "A partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la ley 26.378 y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 18/07/2008 y dotada de jerarquía constitucional a través de la ley 27.044), se produjo un cambio sustancial en el régimen relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Se abandonó el sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y se lo reemplazó por un modelo social de la discapacidad con el objetivo de promover a la persona y garantizar el goce de sus derechos. En efecto, el art. 12 de la referida Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias proporcionales y revisables periódicamente".

— "[E]l referido modelo social de discapacidad ha sido consagrado con mayor amplitud en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). Según sus disposiciones, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume y la limitación a la capacidad para realizar determinados actos jurídicos es de carácter excepcional y se impone en beneficio de la persona...".

— "[L]a sentencia del Tribunal de Alzada recurrida confirmó el fallo de origen que estableció que el señor I. G. G. no podrá realizar por sí solo ciertos actos, entre los cuales se mencionó contraer matrimonio, votar, ingresar a una comunidad religiosa, autorizar el uso de su imagen para fines comerciales o públicos, autorizar la donación de sus órganos y cualquier intervención quirúrgica o estudio médico que conlleve riesgo para sí".

— "Conforme a las normas referidas, para restringir válidamente tales derechos y actos personalísimos debió determinarse que el señor G. carecía de capacidad para dichos actos específicos a través de evaluaciones que brindaran razones concretas por las cuales no se encontraba en condiciones de ejercerlos, ni aun con alguna medida de apoyo que lo permitiera sin sustituir su voluntad (conf. CS., fallo cit.)".

VI.2. Derechos de personas discapacitadas. Interés superior del niño. Convención sobre los Derechos del Niño. Máxima prioridad. Situación de adoptabilidad. Comunicación materno filial. Informes médicos desactualizados. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ley 26.378. Discriminación. Igualdad de trato. Evaluación interdisciplinaria. Obligación de los Estados. Incidencia del factor tiempo. Retraso mental leve de la progenitora. Principio favor minoris. Tratados Internacionales de Derechos Humanos (DUDH, DADDH, CADH, PIDESC, PIDCP)

SCBA, 29/09/2020, "R., M. L. Abrigo y R., S. I. Abrigo. Legajo art. 250, Cód. Proc. Civ. y Com". (C. 122.925)

— *"[E]l art. 3º, párr. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, como sucede aquí, tanto en la esfera pública como en la privada"* (destacado nuestro).

— "[L]a progenitora de los niños padece de un retraso mental leve, conforme al cual se dispu-

so en abril de 2015 su inhabilitación en los términos del inc. 2º del art. 152 bis del Cód. Civil vigente a esa fecha, con necesidad de supervisión permanente pero sin lograr acceder por el momento a una contención familiar ni a apoyos externos suficientes, con indicación de tratamiento psicofarmacológico y rehabilitación que han sido sistemáticamente rechazados por la progenitora, hallándose pendiente el registro actual sobre su evolución".

— "[E]n el aparente conflicto de derechos e intereses, el principio *favor minoris* (con expresa recepción en los arts. 3º *in fine*, ley 26.061 y 4º *in fine*, ley 13.298, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros".

— "[L]as estrategias para mantener o restablecer la comunicación entre los niños ya declarados en estado de adoptabilidad y su progenitora requieren de circunstancias propias de viabilidad y en todos los casos debe primar lo que resulte más beneficioso para los primeros. Por lo que no parece posible insistir con aquellas cuando —según cada caso concreto— ello pueda interferir o poner de algún modo en peligro sus derechos fundamentales a acceder, en forma seria, estable y tempestiva, a un ámbito que genuinamente resulte apto para brindarles protección afectiva, social y familiar personalizada, en garantía de su bienestar y desarrollo integral (arg. arts. 3º, 7º, 8º, 9º, 12, 19, 20, 21, CDN; arts. 1º, 14 bis, 31, 33, 75, inc. 22 y concs., CN; 16.3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 594, 595, incs. a y d, 607, 706 y concs., Cód. Civ. y Com.; 1º, 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.; 4º, 5º, 6º, 7º y concs., ley 13.298; 2º, inc. a y concs., ley 14.528)".

VII. Derecho a la salud

VII.1. Derecho a la salud. Derecho a la vida. Interés superior del niño. Art. 171, Const. Prov. Buenos Aires. Improcedencia de los recursos extr. de nulidad y RIL deducidos por la Municipalidad de La Plata. Inexistencia de absurdo. Servicio Hospitalario Especializado para menores con adicciones. Pactos Internacionales. Tutela judicial efectiva. Difusión en medios masivos de derechos y garantías de los menores. Ley 26.061. Asignación privilegiada de recursos. Condena al Estado. Procesos de "interés público". Comisión de seguimiento, Control y Monitoreo. Costas

SCBA, 26/02/2020, "Asociación Civil Miguel Bru y otros c. Ministerio de Desarrollo Social y otros s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (A. 72.161)

— "El Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales, dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad —arts. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, entre otros— y no puede desligarse válidamente de esos deberes bajo ningún aspecto, ya que, lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño ya cit.)".

— "Es al Poder Judicial a quien compete el rol de contralor y último garante de los compromisos asumidos a partir del marco legal que regula el sistema de política social (art. 4º, Convención sobre los Derechos del Niño). Por su parte, cabe recordar también que la exigibilidad del respeto a los derechos humanos recae en el Estado entendido como una totalidad orgánica (arts. 3º y 4º, CDN; Preámbulo de la DUDH; 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, PIDESC; 1º y 2º, CADH; 1º y 2º, PIDCP)".

— "El derecho a la salud si bien es autónomo, deriva del derecho a la vida y no se reduce a la abstención de daño, sino que trae aparejado la exigencia de prestaciones de dar y hacer (arts. 1º.1 y 2 en función del art. 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica; 12.2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 75, inc. 22, CN y 11, Const. prov.), que no pueden sino ser exigidas al Estado entendido como una totalidad orgánica".

— "[P]ropongo hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora, revocando la

sentencia del Tribunal de Alzada en lo que fue materia de agravio, ordenándose: 1) La creación y puesta en funcionamiento de un Servicio Hospitalario Especializado para la atención de la salud de niños con problemas de adicciones y 2) La amplia difusión de los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes consagrados por el ordenamiento jurídico con asignación específica y prioritaria de recursos a tal efecto".

— *"Para el adecuado control de efectividad de lo aquí dispuesto, el juez de ejecución, en caso que lo considere conveniente, podrá crear una Comisión de Seguimiento, Control y Monitoreo compuesto por todas las partes y los organismos de derechos humanos y sociales que han intervenido —en diversas calidades— en el presente proceso"* (destacado nuestro).

VIII. Pandemia

VIII.1. Abogados del Departamento Judicial de San Nicolá. Implementación de la modalidad de teletrabajo. Precedente con idéntica pretensión tramitando en La Plata. Causa "Nieves". Conflicto negativo de competencia. Doctrina legal de SCBA y la Corte federal

SCBA, 20/05/2020, "Culacciatti, Darío J. y otro c. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo (inforec 301) - Conflicto de Competencia art. 7º, ley 12.008" (B-76.420) **(1)**

— "Este Tribunal ha resuelto que corresponde, en las acciones de amparo, apartarse del B-76420 Suprema Corte sistema de adjudicación mediante sorteo ante "cualquier juez" establecido por las resoluciones 1358/2006 y 1794/2006 y decretar la competencia del juzgado en el cual medió prevención, cuando el objeto del primigenio proceso guarda suficiente relación de conexidad con la pretensión del amparo deducida por esa vía con posterioridad (doctr. causas... y B 75.165, 'Rojas', res. del 04/07/2018)".

— "Es evidente, también, que el objeto de ambas pretensiones es el mismo: la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones dictadas por el Tribunal y por su Presidente como consecuencia del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional ante la pandemia de COVID-19. Ello surge del texto de los escritos postulatorios, que es prácticamente idéntico".

— "Más allá de las diferencias señaladas por el magistrado que rehusó intervenir en este litigio, la identidad de objeto y argumentación con el que tramita en su sede hace que resulte indudable el riesgo de que en estos casos se dicten sentencias contradictorias y que la conexidad de los procesos resulte total, razón por la cual corresponde resolver que en el caso también resulta competente el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 3 del Departamento Judicial La Plata, quien deberá conocer y decidir en ambos casos".

VIII.2. Derecho a la salud. Prohibición de alojamiento en comisarías a personas de 65 años de edad, personas enfermas, menores de edad y mujeres embarazadas

SCBA, 11/05/2020, "Altuve, Carlos A. - fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa 102.555 (hábeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada 102.558 (hábeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal"

— "Apenas declarada la pandemia de la enfermedad COVID-19, tanto esta Corte, como el Procurador General ante este Tribunal, cada uno en el ámbito de sus respectivas incumbencias, dictaron sendas resoluciones, en especial las nros. 52/2020 y 158/2020, respectivamente, con el fin de colaborar con el objetivo primordial de reducción de riesgos de propagación de la COVID-19 respecto de los detenidos, con especial consideración del cuidado de la salud de aquellos que, con base en los criterios epidemiológicos establecidos pudieran quedar comprendidos dentro del universo de riesgo (conf. consid. 1º, resol. 52/2020 y art. 3º, resol. 158/2020)".

— "Procede confirmar lo indicado en el apart. VIII del dispositivo en revisión, en cuanto reitera la prohibición de mantener alojadas en Comisarías personas mayores de sesenta y cinco años de edad, según se estableciera en el art. 3º de la citada resolución 52/2020 del Tribunal".

(1) Caso de interés para todo litigante en la Provincia de Buenos Aires, entre ellos los justiciables de la Seguridad Social.

— "[M]antiene vigencia la prohibición de alojamiento en Seccionales Policiales de personas enfermas y de menores de edad, haciéndose extensiva esa interdicción a su vez a las mujeres embarazadas (arts. 2º y 3º, resol. 52/2020)".

— "Corresponde recordar, asimismo, la vigencia de la Norma Práctica dictada por esta Corte para la aplicación de los arts. 159, 163 y 165 del CPP respecto de las mujeres privadas de la libertad embarazadas y/o con hijos o hijas menores de 5 años (res. 3342/2019). La apreciación de las circunstancias del caso, dentro del universo de riesgo delimitado en la causa, ha de tener presente la perspectiva de género en relación con las mujeres privadas de su libertad, y ponderar la situación de personas que a la vez integran los grupos LGBTI (arts. 83, inc. 6º, CPP; 2º, inc.C,CEDAW;7º,incs.dyg,ConvencióndeBelem do Pará; Recomendación General Nº 33 del Comité CEDAW punto D; Recomendación General Nº 35 del Comité CEDAW, párr. 31)".

IX. Procedimiento administrativo y judicial

IX.1. Medida de no innovar. Lugar de residencia del niño. Cambio intempestivo. Sentencia no definitiva. Art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com. Insuficiencia del RIL. Costas

SCBA, 30/08/2020, "B. P. N. c. L. M. J. s/ medidas precautorias" (C. 123.988)

— "[E]sta Corte ha sostenido reiteradamente que los recursos extraordinarios son admisibles únicamente respecto de las sentencias definitivas, correspondiendo vincular tal concepto con la posibilidad de cancelar vías hábiles para lograr la reparación del derecho lesionado".

— "[L]a resolución impugnada, donde se resolvió hacer lugar a la medida de no innovar solicitada, ordenando a las partes '... no alterar el actual lugar de residencia y demás circunstancias de vida del niño L. B., afincado en la ciudad de Necochea, sin la conformidad expresa del otro progenitor o autorización judicial en su defecto, hasta tanto se defina la cuestión principal, tendiente a dilucidar el modo en que las partes ejercerán la responsabilidad que titularizan —puntualmente en orden al cuidado personal de su hijo y el régimen de comunicación— y evitar que cualquiera de ellos pueda avanzar por vías de hecho alterando las circunstancias que deben abordarse en el proceso de conocimiento, debiendo dicha medida instrumentarse por la instancia de origen' (v. fs....), no reviste tal carácter de definitivo en los términos del art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com., desde que no produce el indicado efecto, sin que se adviertan motivos suficientes para apartarse de tal criterio".

IX.2. Medios electrónicos. Precedente "Herrera". Progresiva despapelización. Domicilio y notificación electrónica. Sistema "Augusta". Cédulas electrónicas. Interpretación flexible. Doctrina de la Corte federal y de SCBA. Excesivo rigor formal. Vulneración del derecho de defensa. Costas por su orden

SCBA, 05/06/2020, "Cajal, Santos M. y otro/a c. Bigurrarena, Bernardo A. y otro/a. Daños y perjuicios" (C. 122.745) **(2)**

— "[R]esulta relevante analizar el contexto normativo, recordando que esta Corte ya efectuó una reseña de las normas que rigen la materia electrónica en el precedente 'Herrera' (causa C. 121.320, sent. de 03/10/2018). Se dijo allí que este Tribunal inició, con el dictado del Acuerdo 3399/2008 —y sus resoluciones previas—, un proceso de modernización en los mecanismos de notificaciones y demás actos de comunicación procesal, a través de la incorporación de adelantos tecnológicos y desarrollos informáticos en la materia".

— "Ello, en el entendimiento de que los mismos tendrían directa repercusión en la eficiencia del servicio de justicia, reduciendo los tiempos del proceso (arts. 15, Const. prov.; 18, CN y 8º, CADH) y procurando una paulatina disminución en la utilización del soporte papel en los expedientes judiciales (conf. aspiración de 'progresiva despapelización' reconocida con carácter general por el art. 48 de la ley 25.506, a la que la Provincia prestara adhesión por ley 13.666, y en la que por otra parte se encuentra interesada la protección del medio ambiente, conf. arts. 41, CN y 28, Const. prov.)".

(2) Si bien el fallo recayó en juicio sobre derecho de daños, el tema de los medios electrónicos que allí se analiza en profundidad resulta de interés respecto de cualquier proceso judicial, incluida la Seguridad Social.

— "[L]a ley provincial 14.142 —en lo que aquí interesa destacar— sustituyó los arts. 40 y 143, e incorporó el 143 bis al Cód. Proc. Civ. y Com. provincial. Dicha modificación sumó a la carga de constituir un domicilio procesal físico la exigencia de constituir un domicilio electrónico —en rigor, una casilla de correo electrónico oficial— y fijó los supuestos en que la notificación por cédula podría realizarse a dicho correo electrónico. Además, estableció como fecha de notificación el día de nota posterior a la recepción de la comunicación electrónica, debiendo la base de datos emitir avisos de fecha de emisión y de recepción en las casillas de correo electrónico" **(3)**.

— "A la luz de las particulares circunstancias de la presente causa, la normativa aplicable al caso y las pautas interpretativas fijadas precedentemente puede considerarse que el cambio de operatoria en la notificación electrónica pudo razonablemente llevar a la parte al error en el cómputo del plazo para expresar agravios ante el Tribunal de Alzada. Y que implica un excesivo rigor formal declarar desierto el recurso de apelación, al no considerar el escrito presentado por el apoderado de los demandados y la citada en garantía con fecha 21 de febrero de 2018 cuyo trámite en Augusta se titula 'expresa agravios', pieza que fuera presuntamente agregada a fs.... del expediente y luego desglosada y cuyo texto no se encuentra visible en el sistema (v. fs....)".

— "De allí que el apercibimiento fijado resultó sorpresivo y gravosamente desproporcionado para la parte recurrente, configurando una vulneración de su derecho de defensa en juicio (art. 18, CN), en tanto se privó a los litigantes de la oportunidad de ser oídos o de hacer valer sus derechos mediante la vía apelatoria incoada".

IX.3. Competencia. Acción contra la ART. Competencia prorrogable. Arts. 1º y 2º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires

SCBA, 15/04/2020, "Larin, Carlos A. c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ recurso contra decisión de la Comisión Médica Jurisdiccional. Ley 14.997" (L-125.343)

— "Esta casación ha resuelto en forma reiterada que, siendo la competencia territorial prorrogable en asuntos patrimoniales, el juez ante quien ha sido articulado el reclamo no puede inhibirse de oficio (arts. 1º y 2º, Cód. Proc. Civ. y Com.; causas L. 114.603, 'Ingeniería Matheu SA', resol. de 01/06/2011; L. 115.895, 'Menna', resol. de 05/10/2011 y L. 121.922, "Barrios", resol. de 03/10/2018), resultando ello suficiente a los fines de resolver la presente contienda, sin que corresponda ingresar en consideraciones de otro orden"

— "[S]iendo que el actor —por derecho propio solicitó expresamente la intervención de la justicia laboral de Olavarría y presentó el escrito de inicio de las presentes actuaciones ante la Receptoría de Expedientes de dicha ciudad (v. fs....), ello importó el ejercicio de la prórroga de la competencia (arts. 1º y 2, Cód. Proc. Civ. y Com.), por lo que consecuentemente, la declaración oficiosa de fs.... —más allá de sus fundamentos— resulta prematura".

X. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal

X.1. Indemnización del art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo. Beneficiarios. Remisión al art. 38 de la ley 18.037. Interpretación. Doctrina legal del Tribunal. Improcedencia de exigir el requisito de haber estado a cargo del causante

SCBA, 19/07/2020, "Romero, Javier L. y otro/a c. Empresa San Vicente SA de Transporte. Indemnización por muerte" (L. 122.180)

— "Esta Corte tiene dicho que el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo incorporó a su texto la nómina de beneficiarios del art. 38 del dec.-ley 18.037/1969. Por lo tanto, las posteriores modificaciones introducidas a este último dispositivo no se proyectaron sobre tal incorporación en la norma laboral, que en todo caso habría requerido de una modificación expresa en ese sentido".

— "[C]abe también recordar que la doctrina legal de este Tribunal señala que la remisión que hace el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo

(3) Puede consultarse doctrina sobre "domicilio electrónico" en LA LEY, 08/09/2020: "El domicilio electrónico y alguna otra digresión afín al tema", de Edgardo I. Saux y Cecilia Rodríguez Calderón.

a la norma previsional se refiere exclusivamente a las personas y no a las personas y condiciones que ella misma establece, de modo tal que estas últimas no son exigibles para legitimar el reclamo del beneficio consagrado en la ley laboral".

XI. Riesgos del trabajo

XI.1. Planteo de inconstitucionalidad de la ley 14.997. Declaración de incompetencia del Tribunal de Trabajo. Precedente "Orellana". Aplicación inmediata de la nueva legislación. Arts. 5º y 7º, Cód. Civ. y Com. Precedente "Marchetti". Test de constitucionalidad. Sin costas (mayoría). Invalidez constitucional de la ley 14.997. Minoría en el caso "Marchetti". Poderes reservados o no delegados por las provincias. Adhesión a la ley nacional 27.348. Comisiones Médicas jurisdiccionales (minoría)

SCBA, 13/10/2020, "Ibarra, David R. c. Prevención ART SA. Accidente de trabajo-acción especial" (L. 121.755)

— "[C]orresponde señalar que si bien la ley 27.348 (BO, 24/02/2017) impone un sistema de competencia específico, de carácter administrativo previo y obligatorio, respecto de las controversias suscitadas por reclamos derivados de las consecuencias dañosas ocasionadas por accidentes y enfermedades del trabajo (tít. I, arts. 1º a 4º), dicha normativa fue adoptada en el ámbito local a partir de la sanción de la ley 14.997 (BO 08/01/2018), que dispuso la adhesión sin reservas de la Provincia de Buenos Aires al nuevo régimen legal complementario de la Ley de Riesgos del Trabajo".

— "Y, más específicamente, aquellas nuevas reglas de orden procesal resultan —prima facie— aplicables a toda acción judicial que se promueva en el ámbito de los Tribunales de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires a partir del octavo día de su publicación oficial (art. 5º del Cód. Civ. y Com.), es decir, desde el 17 de enero de 2018 en adelante".

— "[C]orresponde señalar que este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el tópico debatido —en sentido adverso a la pretensión del recurrente— declarando, por mayoría de fundamentos que integré, la validez constitucional de la citada ley local (v. causas L. 121.939, 'Marchetti', sent. de 13/05/2020; L. 124.309, 'Delgadillo' y L. 123.792, 'Szakacs', sents. de 02/06/2020)" (mayoría).

— "En la causa L. 121.939, 'Marchetti' (sent. de 13/05/2020), y en otras que le siguieron, he dejado plasmada mi postura en torno a la inconstitucionalidad de la citada norma por los fundamentos allí expuestos, que me permito resumir a continuación".

— "En el caso, por imperio de la evocada 'adhesión' a la ley nacional 27.348, se altera el régimen de la administración de justicia en el fuero laboral local, mediante la instauración de una instancia administrativa previa a la intervención de los tribunales de trabajo y ello —per se— es inconstitucional, más allá de que —luego— los jueces laborales se limiten, en el texto de la ley vigente al momento del dictado del fallo impugnado, a controlar la validez de lo resuelto en el marco de las Comisiones Médicas, o, si fuera el caso, a ejercer un contralor pleno —en un juicio de conocimiento posterior— de lo decidido".

— "[L]as reglas contenidas en los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 27.348 implican un indisimulable avance sobre facultades exclusivas de los gobiernos provinciales no delegadas al gobierno nacional (arts. 5º y 121 a 123, CN)". (minoría).

XI.2. Art. 39 de la ley 24.557. Inconstitucionalidad. Indemnización integral. Solidaridad. Trastorno de angustia o trastorno de pánico. Obrar omisivo de la ART. Incumplimiento de obligaciones de prevención, control y vigilancia. Absurdo en la apreciación de prevención, control y vigilancia. Absurdo en la ponderación de dictámenes periciales. Responsabilidad civil de la ART. Nexo causal entre incumplimientos de la aseguradora y daño a la salud de la actora. Doctrina legal de SCBA. Jurisprudencia de CS (minoría). Responsabilidad civil de la aseguradora no comprobada. Necesidad de un nuevo examen (mayoría)

SCBA, 13/08/2020, "Prevettoni, Silvana S. c. Telefónica Móviles Argentina SA. Enfermedad profesional" (L. 121.086)

— "Puesto que no se advierte (ni se ha probado) que se trate de dos males diferentes los que

aquejan a la actora (se ha acreditado uno único, de naturaleza psíquica, que se traduce en depresión), al agregarse ambos porcentuales (en una suma que es puramente aritmética) se ha duplicado (aproximadamente) la incidencia en la total obrera de una misma lesión".

— "[J]uzgo que debe declarase procedente este tramo del recurso traído y, en consecuencia, revocar la sentencia impugnada en cuanto consideró acreditado que la demandante era portadora de dos patologías diferentes, debiendo volver la causa al tribunal de origen a fin de que, nuevamente integrado, renueve los actos procesales que correspondan, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide y determine el porcentaje de incapacidad que porta la actora como consecuencia de la afección contraída durante el período en el que prestó tareas a órdenes de Telefónica Móviles Argentina SA".

— "[N]o logra la recurrente desvirtuar la sentencia en cuanto juzgó configurada la responsabilidad civil de la aseguradora de riesgos del trabajo y la condenó a pagar —solidariamente con el empleador codemandado— la suma que específicamente determinó en concepto de indemnización por daños y perjuicios con sustento en el derecho común" (minoría).

— "En el contexto en que fuera elucidado el riesgo de la actividad cumplida por la accionante como administrativa y recepcionista durante los poco más de quince meses de duración del contrato —con virtualidad para adjudicarle responsabilidad civil a la empleadora, materia ajena al conocimiento del presente recurso— no se vislumbra que los incumplimientos atribuidos a la aseguradora en la sentencia posean entidad suficiente para tornar aplicable al caso los presupuestos de los arts. 1109 y 1074 del Cód. Civil (v. fs....), como allí se concluyera".

— "Acierta la impugnante al afirmarse que el razonamiento plasmado por el juzgador no evidencia concretamente de qué manera la realización de una visita o una capacitación e incluso una denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo hubiesen podido mitigar el daño motivo de reclamo, dadas las singulares circunstancias de su origen".

— "Lo expuesto lleva a rescindir también este tramo del pronunciamiento y disponer que el tribunal de origen, debidamente integrado y previa renovación de los actos procesales pertinentes, examine la responsabilidad civil de la aseguradora de riesgos del trabajo codemandada, teniendo en consideración los escritos constitutivos de la *litis*, las defensas opuestas, los posibles riesgos propios del establecimiento y las constancias objetivas de la causa" (mayoría).

XI.3. Prestación dineraria del art. 14, apart. 2º, inc. "a", ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT). Adicional art. 3º, ley 26.773 —régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales—. Doctrina legal de SCBA. Precedente "Carbajal". Procedencia del RIL (mayoría). Crítica inadmisible. Inexistencia de denuncia de violación a la doctrina legal. Improcedencia del RIL (minoría)

SCBA, 17/06/2020, "Galván, Marisa S. c. Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial" (L. 121.422)

— "[A]siste razón a la recurrente al impugnar la condena al pago de la indemnización adicional contemplada en el art. 3º de la mencionada ley 26.773. Sobre el punto, considero suficiente remitirme a la parte pertinente del voto emitido por el doctor Soria al votar en la causa L. 119.002, 'Carabajal' (sent. de 25/04/2018), en la que se pronunció sobre la inaplicabilidad de la mentada norma en los casos de accidentes *in itinere*".

— "[L]a finalidad de la disposición legal [art. 3º, ley 26.773], la intención de estimular la promoción de las acciones que persiguen los resarcimientos previstos en el régimen especial por sobre las que puedan entablarse al amparo de la ley civil, posibilita interpretar que el accidente *in itinere* no se encuentra alcanzado por la norma, la razón emerge manifiesta: es sabido que en estos casos devienen improcedentes los reclamos que pretenden encontrar sustento en una supuesta responsabilidad civil del empleador" (mayoría).

— "[E]n el acotado marco de revisión que provee el art. 55, primer párrafo *in fine* de la

ley 11.653 la crítica resulta inadmisible, por no mediar en el recurso denuncia de violación de doctrina legal alguna vinculada al agravio que se expone, presupuesto esencial e inicial para pretender la revisión de lo resuelto por conducto de la excepcional hipótesis habilitante prevista en el mencionado precepto".

— "Tampoco resultan aptos para respaldar el reproche, la mención de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (así como de otros tribunales de justicia) y la opinión de los autores, ya que, no constituyen la 'doctrina legal' a la que se refiere el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com." (minoría).

XI.4. Ley 24.557, art. 12. Valor IBM. Cuestión de hecho. Insuficiencia argumental. Indemnización adicional. Art. 3º, ley 26.773. Doctrina de SCBA y CS. Precedentes "Fleita" y "Espósito".

SCBA, 09/06/2020, "Ramírez, María Paula c. Prevención ART SA. Accidente in itinere" (L. 121.642)

— "[E]n las causas L. 119.002, 'Carabajal' (sent. de 25/04/2018); L. 120.170, 'Fleita' (sent. de 29/07/2015) y L. 120.205, 'Pereyra' (sent. de 11/03/2020), este Tribunal ha resuelto que en el caso de un accidente *in itinere* no corresponde la indemnización adicional de pago único consagrada en la citada disposición, ya que, su propósito es eliminar o restringir las eventuales diferencias habidas —en cuanto a sus valores— entre las reparaciones del sistema de la ley 24.557 y las fundadas en el derecho común (de la que pudiera ser pasible el empleador), hipótesis que es ajena al presente caso.

— "Lo dicho se encuentra en línea con el temperamento adoptado por la CS en la causa 'Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial', sentencia de 07/06/2016 (v. consid. 5º, seg. párr.)".

XI.5. Monto del litigio inferior al límite legal. Art. 278, Cód. Proc. Civ. y Com. Excepción del art. 55, ley 11.653. Falta de violación a doctrina legal de SCBA (minoría). Doctrina legal vigente de SCBA. Precedente "Fleita". Indemnización del art. 3º de la ley 26.773. Improcedencia en caso de "accidente in itinere" (mayoría)

SCBA, 11/03/2020, "Esquivel, Cecilia B. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente in itinere" *(L. 121.330)*

— "Se impone señalar que en la especie el valor de lo cuestionado no supera el límite establecido por el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com. (texto según ley 14.141, Acordada 3867/2017), razón por la cual el remedio procesal deducido fue concedido por el tribunal de trabajo en el marco de la excepción que contempla el art. 55, primer párrafo *in fine* de la ley 11.653".

— "[L]a función revisora de esta Corte queda circunscripta a verificar si lo resuelto en autos contradice la doctrina legal vigente a la fecha del pronunciamiento impugnado, destacándose que la violación de esta última se configura cuando este Tribunal ha determinado la interpretación de las normas que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y el fallo impugnado la transgrede, precisamente, en un caso similar".

— "[A]dvierto que el impugnante no ha denunciado la violación de ninguna doctrina legal idónea que habilite la revisión del pronunciamiento de origen por conducto de la excepción contemplada en el art. 55, primer párrafo *in fine* de la ley 11.653" (minoría).

— "En las causas L. 119.002, 'Carabajal', sentencia de 25/04/2018 y L. 120.170, 'Fleita', sentencia de 29/08/2018, este Tribunal ha establecido —en un criterio semejante al que contiene la impugnación— que en el caso de un accidente *in itinere* no corresponde la indemnización adicional de pago único prevista en el art. 3º de la ley 26.773 pues no se verifican los presupuestos a los que esta norma condiciona su aplicación"

— "[L]o resuelto por el tribunal de grado es contrario a la doctrina legal vigente y debe ser modificado" (mayoría).

XI.6. Límite del art. 278, Cód. Proc. Civ. y Com. Doctrina legal de la SCBA. Ley 24.557. Dec. 472/2014. Inconstitucionalidad. Aplicación del RIPTE. Ley 26.773. Caso "Godon". Interés moratorio. Precedente "Trofe"

SCBA, 21/06/2020, "Rivera Escobar, Luis O. c. Asociart ART SA. Accidente in itinere*" (L. 119.634)*

— "[L]a cuestión debe ser resuelta por aplicación de la doctrina legal actualmente vigente... En la causa L. 118.532, 'Godon' (sent. de 05/04/2017), esta Corte determinó que los conceptos sobre los que opera la aplicación del índice RIPTE previsto por la ley 26.773, a partir de una razonable lectura de los preceptos en juego, son los valores mínimos establecidos en los arts. 3º y 4º del dec. 1694/2009 para las indemnizaciones de los arts. 14, apart. 2º y 15, apart. 2º; las compensaciones adicionales de pago único previstas en el art. 11, apart. 4º; y los 'pisos' fijados para la reparación adicional del art. 3º establecida en la primera de las leyes citadas (arts. 8º y 17, apart. 6º de la ley 26.773; resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social 34/2013 y 3/52014 —y las que siguieron su línea—; dec. 472/2014)".

— "[L]a posición que conformó allí la mayoría de opiniones [causas 'Trofe' y 'Cabrera'], sostuvo que la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial, impone precisar la doctrina que el tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal. En ese marco, se declaró que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días".

XI.7. Ley 24.557, art. 14, apart. 2º, inc. a). Ley 26.773, art. 3º. Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 28/2015. Improcedencia. Resolución 34/2013. Aplicación índice RIPTE. Precedente "Godon". Intereses a "tasa pasiva" más alta fijada por el Banco de la Provincia en sus depósitos a 30 días. Doctrina legal del Tribunal. Fecha de comienzo del cálculo de intereses. Hecho generador. Momento que se verificó el infortunio. Irregularidades en el dictado de sentencias

SCBA, 13/07/2020, "Bruno, Estela L. c. Provincia ART SA. Enfermedad accidente" (L. 120.061)

— "[A]siste razón a la recurrente en cuanto sostiene que no corresponde calcular dicho índice [RIPTE] sobre el piso mínimo ya ajustado, pues tal método no se condice con lo dispuesto en la normativa de aplicación conforme la interpretación que le ha dado la doctrina legal de esta Corte anteriormente citada".

— "[C]orresponde hacer lugar a este tramo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y revocar la sentencia de grado en cuanto dispuso ajustar, según el índice RIPTE previsto en la ley 26.773, el piso mínimo de la res. 28/2015, debiendo volver los autos al tribunal de origen a fin de que practique una nueva liquidación utilizando la res. 34/2013, conforme lo ordenado en el apartado anterior".

— "En la causa L. 118.587, 'Trofe' (sent. de 15/06/2016), esta Suprema Corte —por mayoría—, en atención a la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires y en pos de la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, precisó la doctrina que venía manteniendo hasta ese momento (v. también causa C. 119.176, 'Cabrera', sentenciada en la misma fecha), determinando que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días".

— "El tribunal de la instancia estableció que la fecha del comienzo del cálculo de los acrecidos coincida con el momento en que se verificó el infortunio (14 de marzo de 2013; v. fs....). Al respecto, se observa que lo expuesto por la impugnante, en cuanto pretende que los accesorios sean computados a partir de la fecha en que adquiera firmeza la sentencia (conf. art. 2º, resol. 414/1999), solo evidencia una discrepante opinión, que no revela la existencia de un *error in iudicando* en la decisión".

XI.8. Doctrina de la Corte federal. Inaplicabilidad retroactiva de la ley 26.773. Intereses moratorios. Caso "Trofe"

SCBA, 03/07/2020, "Sosa, Romina S. c. Provincia ART SA. Accidente de trabajo-acción especial" (L. 121.154)

— "[C]onsidero que el embate contra la aplicación retroactiva de la ley 26.773 efectuada por el órgano de grado, resulta procedente".

— "Esta Suprema Corte —por mayoría— en la causa L. 118.695, 'Staroni' (sent. de 24/05/2016), estableció que, en lo que respecta al ámbito temporal de aplicación, la citada ley ha reiterado —como principio— el criterio adoptado por las normas jurídicas que anteriormente habían establecido modificaciones sobre el sistema de prestaciones previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo (decs. 1278/2000, BO de 03/01/2001 y 1694/2009, BO de 06/11/2009), por lo que las mejoras introducidas en la nueva legislación solo operan para el futuro, resultando aplicables, a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca con posterioridad a su fecha de entrada en vigencia (y no así a las que hubieran acaecido con anterioridad a ese hito)".

— "[T]eniendo en cuenta que, a la fecha de ocurrencia del infortunio laboral (23 de diciembre de 2010), se encontraba vigente la ley 24.557 con las modificaciones introducidas por el dec. 1694/2009, asiste razón al recurrente en cuanto postula que las disposiciones de la ley 26.773 no resultan aplicables al caso, por lo que cabe casar la sentencia en cuanto dispuso incrementar, con apoyo en dicho régimen legal —y por aplicación de lo dispuesto en la resolución de la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 387/2016—, el importe de las prestaciones dinerarias que fueron objeto de la condena".

XI.9. Aplicación de la ley 26.773. Arts. 8º y 17, apart. 6º. Índice RIPTE. Dec. 472/2014. Resoluciones Secretaría Seguridad Social 34/2013 y 3/2014. Tasa de interés pasiva digital. Doctrina legal de la SCBA

SCBA, 08/07/2020, "Rodríguez, Francisco C. c. Fiscalía de Estado - Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial" (L. 119.954)

— "[R]esulta acertado el planteo de la recurrente en cuanto propugna que la decisión del *a quo* se aparta de las prescripciones de los arts. 8º y 17, apart. 6º de la ley 26.773 porque dispone la aplicación del índice RIPTE sobre un 'piso' ajustado".

— "[E]n dicho precedente ['Godon', L. 118.532] se definió cuáles son los conceptos que están sujetos a la aplicación del índice previsto por dicha normativa, entendiendo como razonable lectura de los preceptos en juego que el parámetro de ajuste debe operar sobre: (i) los valores mínimos establecidos en los arts. 3º y 4º del dec. 1694/2009 para las indemnizaciones de los arts. 14, apart. 2º y 15, apart. 2º; (ii) las compensaciones adicionales de pago único previstas en el art. 11, apart. 4º... (iii) los "pisos" fijados para la reparación adicional del art. 3º de la ley 26.773".

— "[T]eniendo en cuenta la fecha de ocurrencia del infortunio laboral, esto es, el día 5 de noviembre de 2012, lo cierto es que el mismo no cae bajo la órbita de aplicación de la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 28/2015, sino de la res. 34/2013. En consecuencia, cabe revocar la sentencia en cuanto dispuso incrementar, con apoyo en esa normativa, el importe de las prestaciones dinerarias que fueron objeto de la condena".

— "[C]orresponde rechazar la impugnación referida a la aplicación de la tasa de interés (pasiva digital) fijada por el tribunal de grado sobre los rubros de condena".

XI.10. Competencia del Tribunal del Trabajo. Ley 14.997. Vigencia. Demanda de fecha anterior. Art. 7º del Cód. Civ. y Com. Doctrina de la Corte nacional. RIL de la Fiscalía de Estado. Improcedencia. Costas a la vencida

SCBA, 17/06/2020, "Orellana, Ángel M. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial" (L. 121.895)

— "[L]a cuestión a dilucidar radica —exclusivamente— en la aplicación temporal de la ley 14.997".

— "[S]i bien la ley 27.348 (BO de 24/02/2017) impone un sistema competencial específico, de carácter administrativo previo y obligatorio, respecto de las controversias suscitadas por reclamos derivados de las consecuencias dañosas ocasionadas por accidentes y enfermedades del trabajo (tít. I, arts. 1º a 4º), dicha normativa fue adoptada en el ámbito local a partir de la sanción de la ley 14.997 (BO de 08/01/2018), que dispuso la adhesión sin reservas de la Provincia de Buenos Aires al nuevo régimen legal complementario de la Ley de Riesgos del Trabajo".

— *"[S]in que corresponda aquí abrir juicio sobre la validez o invalidez constitucional de dicha normativa —pues, como anticipé, la cuestión ha quedado circunscripta a dilucidar su vigencia temporal— resulta evidente que a la fecha de interposición de la demanda (20 de diciembre de 2017; v. cargo de fs....) e, inclusive, del pronunciamiento —firme y consentido— que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 8º, apart. 3º, 21, 22 y 46 de la ley 24.577, así como del dec. 717/1996, y la competencia del tribunal de trabajo para intervenir en las presentes actuaciones (26 de diciembre de 2017; v. fs....), la citada ley de adhesión 14.997 no se encontraba vigente, por lo que corresponde confirmar la decisión de dicho órgano jurisdiccional en cuanto decretó su inaplicabilidad al caso de autos"* (resaltado nuestro).

XI.11. Ley 24.557. Índice RIPTE. Piso de cálculo. Resolución 28/2015 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Improcedencia. Indem-nización adicional del art. 3º de la ley 26.773. Improcedencia. Intereses a la tasa pasiva. Doctrina legal de la SCBA

SCBA, 11/03/2020, "Pereyra, Marcos D. c. Provincia ART SA. Accidente in itinere*" (L. 120.205)*

— "En la causa L. 118.532, 'Godon' (sent. de 05/04/2017) esta Corte señaló que los conceptos sobre los que opera la aplicación del índice RIPTE previsto por la ley 26.773, a partir de una razonable lectura de los preceptos en juego, son los valores mínimos establecidos en los arts. 3º y 4º del dec. 1694/2009 para las indemnizaciones de los arts. 14, apart. 2º y 15, apart. 2º; las compensaciones adicionales de pago único previstas en el art. 11, apart. 4º; y los 'pisos' fijados para la reparación adicional del art. 3º establecida en la primera de las leyes citadas (arts. 8º y 17, apart. 6º, ley 26.773; resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social 34/2013 y 3/2014 —y las que siguieron su línea—; y dec. 472/2014)".

— "En virtud de ello, teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia del infortunio laboral (3 de mayo de 2013), el mismo no cae bajo la órbita de aplicación de la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 28/2015, sino de la res. 34/2013".

— "También debe prosperar la impugnación vinculada con la condena al pago de la indemnización adicional contemplada en el art. 3º de la mencionada ley 26.773. Para brindar respuesta al tópico, por razones de brevedad, considero suficiente remitir —en lo aplicable— a las consideraciones expuestas por este Tribunal en la causa L. 119.002, 'Carabajal' (sent. de 25/04/2018), donde se resolvió que el accidente *in itinere* no se encuentra alcanzado por el citado precepto".

— "Tanto en la causa L. 118.587, 'Trofe', como en la causa C. 119.176, 'Cabrera', sentencias de 15/06/2016... declarándose por esta Suprema Corte (y conformándose así su doctrina legal al respecto) que dicho cómputo debe llevarse a cabo, en principio, usándose la tasa pasiva más alta de las que ofrezca el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días".

XI.12. Comisiones Médicas. Ley 14.997. Adhesión de la provincia al régimen de la ley 27.348. Inconstitucionalidad. Facultades de los gobiernos provinciales no delegadas al gobierno nacional. Arts. 5º y 121 al 126 de la CN. Art. 15 de la Constitución Prov. Bs. As. Art. 46, ley 24.557. Principio in dubio pro actionis. Test de constitucionalidad (minoría). Razonabilidad de normas impugnadas. Acceso a la justicia. Doctrina de la Corte federal. Convenio 17 de la OIT. Casos "Fernández Arias" y "Ángel Estrada". Instancia administrativa previa. Finalidad protectora. Declaración Universal de Derechos Humanos. Revisión judicial suficiente. Art. 39.1, Constitución provincial. Costas en el orden causado (mayoría)

SCBA, 13/05/2020, "Marchetti, Jorge G. c. Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial" (L. 121.939)

— "Las reglas contenidas en los primeros tres artículos de esta última ley [ley 27.348] implican un '... indisimulable avance sobre facultades exclusivas de los gobiernos provinciales no delegadas al gobierno nacional (arts. 5º y 121 a 123 de la CN)'".

— "[N]o resulta admisible constitucionalmente que las provincias, mediante una ley ordinaria de sus legislaturas, acepten la invita-

ción propuesta en la ley nacional porque ello importa —de modo concluyente— la renuncia a las atribuciones que se reservaron mediante la Constitución".

— "[M]ediante la adhesión dispuesta por la ley 14.997 a la ley 27.348 existe una transferencia de competencia jurisdiccional de la provincia al Estado federal no prevista por el art. 116 de la CN".

— "[D]e acuerdo con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, no puede desconocerse la facultad que le es propia de organizar el poder judicial sin injerencias del gobierno central, dotando a sus órganos de la competencia que considere necesaria para que funcione".

— "Por otra parte, la ley bajo análisis tampoco supera el test de constitucionalidad porque la adhesión en ella dispuesta conlleva la cesión total y absoluta de la competencia para legislar en un organismo administrativo nacional" (minoría).

— "No advierto sustracción alguna a los órganos jurisdiccionales competentes en la materia. Por el contrario, se trata de la incorporación de una etapa previa ante las Comisiones Médicas a fin de encausar un pronto abordaje de las pretensiones sistémicas".

— "Dicho aserto ha sido recogido por el legislador local al instituir un procedimiento concreto de revisión amplia y plena en el art. 2º, inc. j de la ley 15.057, cuya operatividad es inmediata (art. 103, ley cit.). Queda, entonces, en este aspecto superado el test de constitucionalidad".

— "Toca el turno ahora de confrontar la disposición reseñada a la luz de la previsión del art. 15 de la Constitución local en tanto garantiza el acceso inmediato e irrestricto a la justicia. No parece en este esquema de planteamiento y ante la ausencia de una situación límite y concreta, que el plazo ya indicado [se refiere al plazo del art. 3º, ley 27.348], por sí mismo y en abstracto, luzca irrazonable".

— "Este esquema no impide al trabajador el acceso a la jurisdicción, sino esta vía queda supeditada a que se agote una instancia administrativa previa de carácter obligatorio, circunstancia que, en definitiva, no reviste más que una finalidad protectora, desde que tiende a asegurar al afectado —en cuanto sujeto de tutela preferente— o sus derechohabientes una más rápida percepción de sus acreencias (art. 14 bis, CN);

— "considero que la ley 14.997 y, por su conducto, la aplicación de las normas pertinentes de la ley 27.348, no importan la conculcación de los derechos constitucionales de la parte actora de acceso a la jurisdicción, tutela judicial continua y efectiva y debido proceso legal (arts. 18 y 75, inc. 22, CN; Tratados internacionales cit.; art. 15, Const. prov.)".

— "De más está aclarar que el sistema de reglas controvertido en autos tampoco infringe lo dispuesto en el art. 39, inc. 1º, segundo párrafo de la Constitución provincial. Esta norma, sabido es, garantiza a los trabajadores que la tutela judicial en materia de conflictos laborales habrá de asignarse a tribunales especializados en la materia" (mayoría).

XI.13. Obligaciones de la Aseguradora en materia de seguridad, prevención y control de riesgos laborales. Provisión de elementos de seguridad. Capacitación. Incumplimiento de la ley 24.557. Argumentación tardía. Onus probandi. Regla de la sana crítica y sistema de apreciación de la prueba en conciencia. Doctrina legal de la SCBA. Mera discrepancia subjetiva. Intereses

SCBA, 19/02/2020, "Portillo, Pablo E. c. Bazar Avenida SA y otro/a. Daños y perjuicios" (L. 121.253)

— "[D]eterminar si la aseguradora ha cumplido —o no— con las obligaciones que el sistema de la ley 24.557 pone a su cargo en materia de seguridad, prevención y control de los riesgos del trabajo, como igualmente, establecer la existencia de nexo causal entre su eventual inobservancia y el daño ocasionado en la salud de los trabajadores, constituye el ejercicio de una facultad privativa de los jueces de grado no revisable en casación, salvo absurdo".

— "... [E]l sentenciante explicitó en el fallo que aquella [la aseguradora de riesgos del

trabajo] debió efectuar visitas, realizar estudios de factores de riesgos, aconsejar y exigir la adopción de medidas de seguridad y planes de mejoras, verificar que se realizaran los exámenes médicos periódicos y controlar la asignación de tareas de acuerdo con la capacidad de los dependientes, estando obligada a denunciar todo incumplimiento ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; y que habiéndole sido impuesta esta actividad por la ley, la carga de su cumplimiento efectivo estaba en su cabeza, sin que aportara ninguna prueba al respecto".

— "El agravio que refiere a la utilización de una fórmula matemática para fijar un importe indemnizatorio calificado de 'excesivo' (v. fs....) y ajeno a los elementos objetivos de la causa, no puede tener cabida en tanto traduce una mera discrepancia subjetiva de la interesada respecto de la conclusión que impugna (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Com.)".

Actualidad en Jurisprudencia Provincial 4/2021

La ejecución de sentencia previsional: fallos de las Cámaras Federales de Mar del Plata y Salta

Rosanna E. Bermúdez

Sumario: I. Introducción.— II. La resolución en el proceso de ejecución de sentencias.

I. Introducción

En este artículo daremos tratamiento a tres fallos dictados en procesos de ejecución de sentencias emitidos por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata y de Salta.

A lo largo de estas sentencias veremos las particularidades a la hora de resolver, en este acotado y encorsetado proceso de ejecución previsional, y las particularidades de cada Cámara Federal.

II. La resolución en el proceso de ejecución de sentencias

II.1. La concesión y el efecto del recurso de apelación

En los autos caratulados "López, Juan Carlos c. ANSeS s/ reajuste de haberes s/ incidente de recurso de queja" **(1)**, intervino la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.

Aquí, contra la providencia del Juez de Grado que concedió el recurso de apelación en relación y con efecto diferido, la accionante interpuso recurso de queja, agraviándose del efecto diferido con que el recurso de apelación fue concedido, de conformidad con el párr. 2º del art. 509, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Y atento a que la vía procesal para obtener la modificación de los efectos de un recurso es la prevista por el art. 284 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, es decir, debe interponerse ante el Tribunal *ad quem* recurso de queja, para que este resuelva la cuestión, la Alzada se avocó al análisis de la cuestión planteada.

En el marco de la ejecución de sentencia, el *a quo* había hecho lugar a las impugnaciones planteadas por la actora respecto a la indebida retención en concepto del Impuesto a las Ganancias y aprobado la liquidación por ella acompañada, intimando a la ANSeS a restituir los montos retenidos por dicho impuesto. Resolución que fuera confirmada por esa Alzada.

Una vez vencido el plazo dispuesto sin que la demandada hubiera efectuado el pago, la actora solicitó —conforme art. 502, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— se decrete embargo ejecutorio sobre las cuentas del Organismo Previsional hasta cubrir las sumas adeudadas, y el *a quo* decidió intimar nuevamente a la accionada a que acreditara el depósito, o en su defecto acompañara constancia de haber efectuado reserva presupuestaria de las sumas adeudadas.

(1) Expte. 41049454/2010/1/RH1, fallo de fecha 02/02/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Posteriormente, y sin que se hubieran acreditado ninguno de los dos extremos, ante la insistencia de la actora para que se decretara el embargo ejecutorio, el juez *a quo* dispuso una nueva intimación para que el Organismo cumpla con su obligación.

Resolución que fue apelada en forma subsidiaria por la actora, concediéndose el recurso en relación y con efecto diferido, motivando la queja en tratamiento.

Al momento de efectuar sus consideraciones, la Cámara Federal de Mar del Plata sostuvo que el *a quo* había equivocado el efecto con el cual debía concederse el recurso interpuesto, por cuanto al existir en autos una liquidación practicada por la propia parte actora y aprobada judicialmente, teniendo en cuenta las particularidades propias de la ejecución de sentencia previsional y lo dispuesto por el art. 503 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, correspondía conceder la apelación con efecto suspensivo.

Al respecto recordó que en ese mismo sentido lo había resuelto la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando en autos "Pérez Gómez, Carlos F. c. ANSeS" **(2)** estableció: "... Conforme lo dispuesto por el art. 509, párr. 2º, del Cód. Proc. Civ. y Com., todas las apelaciones que fueran admisibles en las diligencias para la ejecución de la sentencia se concederán con efecto diferido, hasta tanto no haya un pronunciamiento final del juez de grado sobre la liquidación ordenada según sentencia... (cfr. CFed. Seg. Social, Sala I, sent. del 17/11/1997, "Fridel, Jacobo").

En base a tales consideraciones, el Tribunal Federal resolvió hacer lugar al recurso de queja deducido por la parte actora, debiendo el *a quo* conceder el recurso de apelación interpuesto, en relación y con efecto suspensivo, conforme art. 284 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

II.2. La suspensión del recurso de apelación

En los autos caratulados "García, Norma A c. ANSeS s/ reajuste de haberes" **(3)**, procedentes del Juzgado Federal Nº 2, Secretaría Nº 5 de Mar del Plata, intervino la Cámara Federal de Apelaciones de la misma ciudad.

Aquí, la actora había solicitado que se dejara sin efecto el trámite del recurso de apelación que fuera incoado oportunamente contra la resolución del *a quo* en cuanto rechazaba las impugnaciones efectuadas por la accionante y aprobaba en cuanto ha lugar por derecho la liquidación presentada por la demandada.

Los argumentos utilizados por la parte actora para que se dejara sin efecto el trámite del recurso interpuesto, se relacionaban directamente con la existencia de errores en las certificaciones de servicios emitidos por parte del Departamento de Personal del Instituto de Loterías y Casinos en varias causas análogas a la presente contienda, que incidían sobre el monto de los salarios activos sobre los cuales se basó la liquidación presentada por la accionada para la aplicación del fallo "Villanustre" **(4)**.

Al respecto sostuvo, que de continuar con el recurso interpuesto se correría el riesgo de convalidar una liquidación cuya base de cálculos devenía errónea, so pena de socavar el principio de dar primacía a la verdad jurídica objetiva.

A su turno y frente al traslado conferido, la Administración contestó el mismo, oponiéndose a la solicitud efectuada por la contra parte, por considerar que tal petición encuadraba en la figura del desistimiento procesal y frente al cual no correspondía prestar su conformidad.

Una vez delimitados los actos procesales acaecidos, observó la Cámara Federal de Mar del Plata, que la cuestión traída a conocimiento se circunscribía a determinar si correspondía hacer lugar al pedido de suspensión del trámite del recurso de apelación interpuesto por la actora, *so pena* de convalidar una liquidación cuya base de cálculos resultaría errónea.

En primer lugar y efectuando el análisis del planteo articulado por la demandada con la finalidad de oponerse a la suspensión del trámite del recurso de apelación, advirtió el Tribunal que los mismos estaban dirigidos a ponderar la figura del desistimiento del proceso, afirmando

(2) CFed. Seg. Social, S. III, fallo de fecha 10/02/2003, Boletín de jurisprudencia CFed. Seg. Social, Nº 35.

(3) Expte. 22093966/2011, fallo de fecha 02/02/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(4) CS, V.30.XXII, 17/12/1991.

que lo planteado por la actora implicaba lisa y llanamente el desistimiento del recurso.

En ese punto señaló que, en la legislación procesal argentina, se distinguen dos formas de desistimiento: de la pretensión y del derecho.

Así, el desistimiento de la pretensión —que es el que aquí interesa analizar— tal como lo establece el art. 304 de la ley de rito, se traduce en la declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar el ejercicio de la pretensión en el proceso que ya está iniciado, implica abandonar la posición procesal creada por la presentación de la demanda, así como a la facultad del examen judicial de la misma en aquel proceso y a la sentencia en concreto.

Significa la expresa defección del proceso y la cesación de la pretensión (objeto del proceso), sin alterar el derecho sustancial de la parte, quien puede posteriormente intentar idéntica pretensión en otro proceso, excepto que entretanto se haya producido la prescripción de ella.

Dentro de la doctrina especializada se lo ha definido como: "(...) [E]l acto mediante el cual el actor declara su voluntad de poner fin al proceso pendiente, sin que este avance, por lo tanto, hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva..." **(5)**.

Por ello, y dada la gravedad de las consecuencias del acto jurídico en estudio, entendió la Cámara Federal que, para hacer valer ese instituto, el mismo debía ser expreso, claro, incondicional, redactado por escrito y de interpretación restrictiva, ya que conforme al art. 306 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el desistimiento no se presume.

En el caso de autos, y tal como se desprendía de los términos verbales utilizados por la parte actora en su escrito, la misma había solicitado "la suspensión" y no el "desistimiento" del recurso de apelación, por lo tanto, no se podía colegir que la verdadera intención de la recurrente fuera desistir del proceso.

Destacó que al utilizar el vocablo "suspender", lo que ha querido la actora es lograr detener o interrumpir durante un tiempo el desarrollo del recurso de apelación, hasta tanto se expidiera el Departamento de Personal del Instituto de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires, acerca de posibles errores en las certificaciones de salarios emitidas.

Consecuentemente la Alzada sostuvo, que sin perjuicio de que la semántica de ambos vocablos resultaba diferente, no podía concluir que "suspender" resultaba asimilable a "desistir", ya que la naturaleza jurídica de este último indicaba que se trataba de un acto procesal de disposición que se formaliza por escrito en el proceso, a través de la manifestación de voluntad del litigante y que aparece como una renuncia o expreso abandono del proceso, que no es el sentido que quiso darle la parte accionante.

En ese sentido la jurisprudencia ha calificado al desistimiento como una actividad procesal compleja cuya eficacia reside en la declaración de voluntad hecha por el actor o el recurrente con el fin de poner de manifiesto su deseo de abandonar el desarrollo de la pretensión que interpuso y está pendiente en el proceso **(6)**, que no es la planteada en esos autos.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resolvió hacer lugar al pedido de suspensión del trámite del recurso de apelación incoado por la parte accionante, dejar sin efecto este y en consecuencia remitir las actuaciones al Juzgado de origen a los efectos que pudieran corresponder (arts. 36, 304, 306 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), imponiendo las costas de la Alzada en el orden causado (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

II.3. La impugnación de la liquidación

En los autos caratulados "Percivaldi, Roberto R. c. ANSeS s/ expedientes civiles" **(7)**, originarios del Juzgado Federal N° 1 de Jujuy, intervino la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

(5) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", t. V, p. 535.

(6) SCBA, AyC 1958-I-290.

(7) Expte. 31000160/2009, fallo de fecha 01/02/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Aquí, el Juez de grado había aprobado la liquidación por la suma de pesos doscientos setenta y siete mil trescientos, veintiuno con cincuenta y seis centavos ($277.321,56) en concepto de capital con más la de pesos quinientos veintiocho mil doscientos noventa y seis con noventa y dos centavos ($528.296,92) al 31/12/2019 por intereses.

Ante ello, la demandada interpuso recurso de apelación señalando inicialmente que el actor no había aplicado el precedente "Villanustre". Ejemplificó que para el mes de enero de 2019 la remuneración informada por el empleador era de pesos treinta y cuatro mil setecientos cincuenta y dos con doce centavos ($34.752,12) y el actor consignaba como haber reajustado la suma de pesos cuarenta y seis mil doscientos ochenta y dos con treinta y cinco centavos ($46.282,35), aseverando que resultaba evidente que el reajuste ordenado superaba los haberes activos para el cargo del actor.

Objetó también que no se adjuntó el cálculo de movilidad para el período 2002 a 2006, lo que a su entender dificulta la tarea de control.

Por último, se agravió de la omisión de efectuar descuentos en concepto de Impuesto a las Ganancias.

Corrido el traslado de ley, el accionante solicitó el rechazo del recurso.

Al ingresar en sus consideraciones, la Cámara Federal de Salta destacó que surgía de los antecedentes de la causa, que el Juez había dispuesto que se reajustara el haber del Sr. Roberto R. Percivaldi según el precedente de la CS, "Badaro" **(8)** aplicando el Índice de Variación Anual de Salarios, Nivel General, elaborado por el INDeC a partir del 01/01/2002 hasta el 31/12/2006 y con posterioridad al mes 01/2007 ordenó que se aplicaran las disposiciones pertinentes de la ley 26.198 y decs. 1356/2007, 279/2008 y la ley 26.417 más la inclusión de intereses según la Tasa Pasiva que publica el BCRA.

Dispuso, además, como límite de los haberes reajustados, los porcentajes dispuestos por las leyes de fondo, conforme al fallo "Villanustre, Raúl F.", aclarando que dicha circunstancia estaba a cargo de la ANSeS acreditar, sentencia que esa Sala de la Cámara de Apelaciones de Salta modificó en lo referente a la falta de legitimación pasiva de la provincia de Jujuy con fecha 4 de abril de 2016.

Transcurrido el plazo legal para el cumplimiento de la sentencia previsto en el art. 22 de la ley 24.463 modificado por art. 2º de la ley 26.153, el Juez de grado facultó a la parte actora a presentar la correspondiente liquidación y al diligenciamiento de los oficios que requiriera para obtener información de los organismos pertinentes.

También ordenó —a pedido de la accionada— que se librara oficio al Ministerio de Salud de la provincia de Jujuy a fin de que certificara el salario activo de la categoría "E" 30 hs. planta permanente —médico—, cuya respuesta se adjuntó en esos actuados.

Posteriormente, la actora presentó liquidación por el monto total de pesos dos millones ciento noventa y ocho mil quinientos noventa y ocho con noventa y tres centavos ($2.198.598,93) por el período 24/02/2007 al 31/07/2019, incluyendo capital e intereses conforme la Tasa Pasiva que elabora el BCRA, la que fue impugnada por la demandada.

En ese estadio, el *a quo* ordenó que la actora readecuara su liquidación conforme los precedentes de la CS, "Padilla, María Teresa" **(9)** y "Villanustre, Raúl F.", debiendo tener en cuenta el límite que impide todo reconocimiento de un monto mensual del beneficio que supere el haber de actividad.

Frente a ello, la actora acompañó nueva liquidación por el mismo período por la suma total de pesos ochocientos cinco mil seiscientos dieciocho con cuarenta y nueve centavos ($805.618,49), integrada por pesos doscientos setenta y siete mil trescientos veintiuno, con cincuenta y seis centavos ($277.321,56) en concepto de capital y pesos quinientos veintiocho mil doscientos noventa y seis con noventa y dos centavos ($528.296,92) por intereses.

(8) Fallos 330: 4866.

(9) CS, Fallo 29/04/2008, 2675 XXXVIII.

Ante el traslado conferido, la accionada señaló que la actora había incurrido en los mismos errores de la liquidación anterior.

Puestos los autos a despacho el juez de grado aprobó la planilla readecuada considerando que cumplía con lo ordenado por su parte.

Luego de considerar todo lo acontecido en esta etapa, consideró el Tribunal que, los agravios de la demandada no conmovían los fundamentos de la decisión cuestionada, ello atento que no revelaba o identificaba los errores que pudiera contener, de modo de excitar debidamente la intervención revisora de esa Alzada, dado que, si la parte recurrente pretende cuestionar la aprobación de la planilla determinativa del monto final de condena, debería señalar puntualmente los errores en que se pudo haber incurrido, de modo de posibilitar su eventual corrección.

Sostuvo que los agravios estaban dirigidos a cuestionar la liquidación presentada en la primera oportunidad y no la readecuada, ya que no advirtió que en la liquidación readecuada y aprobada, en la columna "Sal. Act." el actor había consignado para el período 01/2019 el monto de pesos treinta y cuatro mil setecientos cincuenta y dos con once centavos ($34.752,11) y en la columna "Art. 49 Act." el 82% de ese valor, es decir veintiocho mil cuatrocientos noventa y seis con setenta y tres centavos ($28.496,73). Con lo cual la actora, por aplicación del citado precedente y de conformidad a lo ordenado por el sentenciante, había limitado la diferencia adeudada al valor de pesos mil quinientos ocho con setenta y tres centavos ($1508,73), suma que sin la aplicación de tal límite hubiera resultado en pesos diecinueve mil doscientos noventa y cuatro con treinta y cinco centavos ($19.294,35), conforme idéntico período de la primera liquidación.

Asimismo, resolvió rechazar el agravio que planteaba la falta de cálculo de movilidad atento a que la actora sí lo había acompañado en la primera liquidación especificando cada coeficiente de actualización empleado, resultando infundadas las manifestaciones vertidas por la demandada.

Sostuvo la Cámara por último, en cuanto a la falta de liquidación del Impuesto a las Ganancias, que correspondía remitirse a la doctrina legal emergente del Acuerdo Plenario celebrado en autos, sentencia del 29 de diciembre de 2020, que pasaba a formar parte de ese resolutorio, en el que se determinó que los retroactivos adeudados por la Administración Nacional de la Seguridad Social por reajustes ordenados en sentencias judiciales no resultan ser ganancias gravadas, de conformidad con las disposiciones de la ley 20.628.

En consecuencia, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la ANSeS y confirmar la resolución del *a quo* con imposición de costas a la vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Actualidad Internacional en Seguridad Social 4/2021

Estela R. Martí de Minutella

Sumario: I. Bibliografía.— II. Salud.— III. Seguridad social en general.— IV. Previsión social.— V. Riesgos del trabajo.

I. Bibliografía

I.1. "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 Y después de ella guía práctica, del equipo del grupo de condiciones de trabajo y experto técnico de la OIT", ed. ILO, 23/10/2020, disponible online, 52 ps.

Bajo el liderazgo del experto técnico de la OI, Jon Messenger, y con la colaboración de una serie de profesionales de diversos países, este documento de investigación acerca de las nuevas modalidades del trabajo en tiempos de confinamiento aborda todos los beneficios que tanto para las empresas como para los trabajadores han sido materia de una impronta que superó con inmediatez las previsibles adaptaciones, pronosticadas en "ERUROSAT, 2018".

Este nuevo desarrollo de un contexto conocido por la fuerza de las circunstancias reporta el campo de trabajo, en una de cuyas exploraciones se desprenden algunos riesgos que deben "preverse y prevenirse, como el aislamiento (en particular para las personas que viven solas) y la pérdida de contacto con los compañeros de trabajo".

Un teletrabajo eficaz, sustentado en políticas actualizadas, en un marco flexible sea en el sector público o en el privado, requiere conocer las prácticas habidas y reformularlas, al corriente de los escollos asimilados en las variantes cursadas, en vistas a futuros acuerdos de teletrabajo más allá de la pandemia.

I.2. "Las personas adultas mayores y el acceso a los sistemas de protección social en el ámbito rural", Ed. Secretaría General OISS, octubre 2020, disponilbe online, 136 ps.

La publicación aborda la temática, presentada en el "Seminario Internacional Vejez, Ruralidad y Servicios Sociales", celebrado en Chile en diciembre de 2018.

No modificado a la fecha, el documento ilustra como en una foto que se traslada al presente, aunque razonablemente es dable estimar que, por el impacto de lo ocurrido en el 2020, las condiciones serán inferiores a las allí contenidas, el escenario iberoamericano, que particulariza en los adultos mayores, del país de encuentro, España, Paraguay, Portugal, y en forma más general de América Latina y el Caribe.

Las ponencias, asumen el ineluctable sesgo de una perspectiva de género, en cuanto al nivel ingresos, salud y servicios sociales. El contexto rural, en casi todas las comunas que aparecen, conllevan un matiz indígena, lo cual confiere un panorama diferente según la zona en desarrollo traída a consideración.

II. Salud

II.1. Francia: Donación de días libres a favor del personal sanitario en reconocimiento del esfuerzo realizado durante la crisis de la COVID-19

Francia, amplió la ayuda generada por la donación de días libres de un trabajador reglado originariamente en su Código de Trabajo, a favor de un compañero en vistas a la atención de un hijo a cargo menor de 20 años gravemente

enfermo; para ayudar a un familiar con pérdida de autonomía especialmente grave; o que presentase una discapacidad; o bien para quienes se hubieren comprometido a prestar servicios en la reserva operacional; a imputar análogos tiempos, a favor de los cuidadores y en general, del personal de los sectores sanitario, médico social y de ayuda a domicilio, en respuesta a su trabajo durante la pandemia de COVID-19.

La modalidad adoptada, fue la de su inclusión en "cheques de vacaciones", que mediante una normativa estacional y voluntaria, permitió que los empleados y funcionarios públicos renunciaran a días de descanso o a una fracción de la remuneración de días laborables con el fin de contribuir a un fondo gestionado por la Agencia Nacional de Cheques de Vacaciones (ANCV), facultada a distribuirlos en las cantidades correspondientes a los favorecidos en forma de tales libranzas de asuetos, para su utilización dentro del propio territorio nacional.

De esa forma, el gobierno francés estimuló una variedad de esta especie de subsidio al turismo, que a su vez gratificó con un "regalo" a los colectivos que hubieron estado en primera línea en la lucha contra la pandemia, como el personal sanitario, empleados de la limpieza y trabajadores en los sectores de alimentación, transporte y distribución. La asignación de esos cheques de vacaciones, establecidos en la ley 2020-938, de 30/07/2020, debió agotarse antes del 31 de diciembre de 2020.

El esquema de donación de días se fue extendido el año pasado también para el caso de empleados que han perdido un hijo menor de 25 años. Quien dona días de descanso renuncia a sus días libres de forma anónima y sin compensación, sean vacaciones pagadas, días de "reducción de tiempo de trabajo" —RTT— o días donados por la empresa. Esta donación está sujeta al acuerdo del empleador que puede rechazarla sin estar obligado a motivar su negativa, y sin existir un procedimiento para impugnar esta decisión. El trabajador que se favorece de la autorización de días de descanso conserva su remuneración durante su ausencia, así como todos los beneficios que había adquirido antes de iniciar el lapso de ausencia, período este que se computa como de trabajo efectivo a los efectos de su consideración para establecer los derechos relacionados con la antigüedad adquirida en la actividad.

La medida de donación de días específicos para los agentes esenciales fue muy criticada por una parte de la oposición, resaltando con relación a médicos, profesionales de la sanidad y enfermeros en general, que lo necesario era una mejor remuneración, sin perjuicio de resaltar que el complemento, no debería distraer los esfuerzos en la mejora general de los servicios en salud.

El desconfinamiento, y la vuelta a este, con cíclicas recurrencias regionales y zonales, como pareciera lo será por un largo tiempo, pronostica que estas formas de compensación son un diseño económico que técnicos han comenzado a perfeccionar en vistas a un diseño, de aplicación atemporal.

III. Seguridad social en general

III.1. Irlanda: Trabajos de cuidados no remunerado. Prestaciones económicas a cuidadores familiares

En toda la UE, el análisis de coberturas de la Seguridad Social se realiza bajo la impronta de diseños futuro, con una perspectiva de género. La Foundation For European Progressive Studies (FEPES) y la Think-Tank For Action On Social Change (TASC), bajo el título "Cherishing All Equally 2020: inequality and the care economy", en el final que corresponde a la síntesis del tema de la referencia, resalta que un sistema de bienestar social desarrollado *aborda la necesidad de cuidados de tres formas fundamentales:*

— prestaciones económicas directas a familias o individuos con responsabilidades de cuidado de cualquier tipo, que impiden que estén integrados en el mercado laboral;

— prestación pública de servicio de cuidados profesionales, en el que gran parte de la necesidad de atención se provee directamente por el estado;

— desgravaciones fiscales a familia y cuidadores, que les permiten contar con mayor disponibilidad económica, de modo que pueden invertir más en contratar externamente los cuidados.

De las tres modalidades, la primera es la que menos incentiva el acceso y mantenimiento del empleo remunerado.

Si bien no es del caso citar aquí lo actuado en nuestro país —que ameritaría su inclusión en justamente la primera de las políticas señaladas— lo cierto es que el estudio configura a Irlanda como un país que depende de las ayudas económicas, pero que no cuenta con un sistema de servicios de cuidado directo bien desarrollado, pauta que sin perjuicio de mantener las apoyos dinerarios en cuestión, aconseja circunscribirlas a una vigencia temporal, en tanto se desarrolla un sistema público de cuidado más sólido.

La crítica basal, es la descripción fáctica de lo que se considera como un caso peculiar en el ámbito europeo, que estimando a Irlanda como un "Estado de bienestar liberal", provee el gasto estatal para la atención, y los servicios públicos en general, comparativamente bajo.

Allí, el cuidado profesional pagado no cuenta con suficiente apoyo estatal, se lleva a cabo en el hogar por las familias y, en particular, por las mujeres, siendo así por naturaleza "no remunerado". Consecuentemente, la escasa financiación pública encarece la atención experta que a cargo directo del interesado y convierte el trabajo del cuidado en una opción profesional poco atractiva.

Ello, aunque mediante un esquema de transferencias brinde un apoyo significativo para facilitar los cuidadores no remunerados, y sea una forma de contar con cierto tipo protección social (cotizaciones, licencias remuneradas), aunque en definitiva facilite su exclusión del mercado laboral.

Las mujeres de los grupos poblacionales con ingresos más bajos destacan por asumir más volumen de esta actividad trabajo de cuidados no remunerado. En cuanto a los hombres de grupos de ingresos inferiores realizan la mayor parte del trabajo de cuidados no remunerado entre el total de hombres, con considerablemente menos tiempo asignado al cuidado entre hombres de los grupos de ingresos medios y altos.

En lo que respecta a las prestaciones económicas a cuidadores, pueden acceder a las ayudas del Ministerio de Protección Social, los "familiares" que cuidan a niños, adultos discapacitados o mayores, puede solicitar alguna de las prestaciones previstas. El grueso es el cuidado infantil, con una ayuda a económica a progenitores o en su caso a tutores, de menores de 16 y hasta los 18 con discapacidad que requiera atención constante: 140.

La prestación por maternidad es de naturaleza contributiva, a favor de la madre por 26 semanas: 245 por semana, independientemente del salario previo a la baja por maternidad. Y desde 2016, existe la baja por paternidad, por 2 semanas, remunerada con la misma cuantía.

En adición, existe la Ayuda para Familias Trabajadoras (PMA): pago semanal, libre de impuestos, para trabajadoras con hijos en una franja salarial baja, como un complemento a los ingresos familiares por debajo de un umbral económico.

Otros dos sostenes, son para cuidadores a tiempo completo, son la prestación contributiva de hasta 24 meses, si las personas que renuncian a su empleo, con una regulación especial. Y el subsidio para cuidadores, también para cuidados y atención a tiempo completo durante al menos 12 meses, sujeta a vulnerabilidad económica y residencia habitual.

La serie de incentivos que se concatenan, y que el estudio —vale reiterar— estima con un estímulo para la desconexión laboral, incluyen otros como el subsidio mensual por atención domiciliaria al cuidador de un niño con una discapacidad grave que vive en casa; etcétera.

Vale hacer mención del Programa para Responsables del Hogar, por el cual, si se suspende el trabajo remunerado para cuidar a tiempo completo de un niño menor de 12 años o de una persona discapacitada, computa ese tiempo como cotizado a efectos de la seguridad social y de cara a la pensión contributiva.

De lo sintéticamente expuesto, queda claro que Irlanda es el país de la UE en el que más trabajo de cuidados no remunerado se efectúa y que el motivo principal es su sistema de protec-

ción social que facilita esta forma de provisión del cuidado, empero que condiciona al abandono del cuidador del mercado laboral, que es un no profesional, sino un familiar.

El estudio, exhorta a un sistema público profesionalizado sistémico, que asista al grupo familiar en forma integral, y se proyecte cuando cese la causa generadora de la situación causante de la medida. En defecto del esquema articulado de ayudas paulatinas, que deja desprotegido al cuidador mismo cuando desaparece la razón de ser su actividad.

Técnicamente, en una estrategia a largo plazo, los incentivos en la atención que se distribuyen en el ámbito familiar, y que conllevan el alejamiento de la persona que desarrolla la actividad en concreto, de la posibilidad de acceder a un trabajo decente remunerado, sea dependiente o por cuenta propia, al final de la historia, implican que esa detracción, ha dejado de ingresar recursos a la Seguridad Social, con los cuales hacer razonablemente sustentable todos sus subsistemas. De ello, que lejos de verificarse en estas posturas un menoscabo ético, lo cierto es que, en el momento del efectivizarse el estipendio, se afectan ingresos. Y en lo ulterior, es el germen de un desfinanciamiento que impactará contra los futuros jubilados y pensionados, amén de quienes necesariamente deban ser asistidos. Por contrario imperio, un sistema integral profesionalizado, sobrelleva trabajos regulares, que mantienen en mejora continua las altas en la afiliación, capacitación de trabajadores, y alientan el progreso social. Es para pensarlo.

IV. Previsión social

IV.1. España: Falsos autónomos detectados por inspección de trabajo durante la pandemia. Otras cuestiones que afectan a las labores por cuenta propia

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no detuvo su actividad durante la pandemia, sino que regularizó a más de 9200 falsos autónomos el año pasado, normalizando solo en el 2020 una liquidación total de 56,53 millones de euros, en cuotas no ingresadas a la Seguridad Social. El total de casos anómalos, detectados en los últimos 3 años, asciende aproximadamente a casi 50.000 afiliados.

Son las típicas situaciones de empleadores individuales y de empresas que pactan a una o más personas como autónomas con el fin de ahorrarse el coste de las cotizaciones sociales, que legalmente les corresponden como asalariados.

Las localizaciones laborales fraudulentas verificadas por el "Plan Director por un Trabajo Digno", se constatan tanto en el sector público, como en el privado. Aerolíneas; clínicas dentales; mandaderos de todo tipo; agentes del sector de seguros; veterinarias; despachos de abogados; medios de comunicación; típicas tiendas de ultramarinos; talleres de reparaciones; negocios de todo tipo de tamaño y no solo corporaciones, han sido conminados a pasar del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), al Régimen General, en virtud de comprobarse una relación laboral, en defecto de la mercantil con la que figuraban inscriptos.

El impulso que han conferido a esta política de fiscalización, la génesis de los fallos dictados contra plataformas demandadas como "Glovo o Deliveroo", han sido terminantes en marcar jurisprudencia, a favor de los "*riders*" de reparto de comida —entre otros rubros de distribución— que configuran una verdadera "relación laboral" : un trabajador que va en bicicleta no es un emprendedor, sin autonomía en su vínculo dependiente. En línea con este criterio, la Seguridad Social, está devolviendo las cuotas a los repartidores que han sido reconocidos como falsos autónomos según la sentencia firme de un tribunal.

En cuanto a la problemática que realmente afecta al trabajo por cuenta propia ATA —Asociación de Trabajadores Autónomos— reclama como injusto que un autónomo limitado a trabajar al 50% o menos, deba pagar el 100% de la cuota a la Seguridad Social. Ello, aun cuando se les hayan prorrogado sus vencimientos.

Por otro lado, después del estallido de la pandemia, miles de trabajadores por cuenta propia dedicados a actividades de temporada, vieron afectado su acceso a la prestación por cese de actividad, a pesar de que Gobierno habilitó

una modalidad especial, pues los retrasos son notorios, de la medida para los denominados autónomos de temporada. Son los feriantes ambulantes que recorren los pueblos de España**,** "... con frutas y verduras, palomitas y algodón de azúcar, hasta churros y pollos asados, pasando por los típicos puestos de ropa, artesanía y, por supuesto, las atracciones de las fiestas".

Las propuestas, conllevan modificar la definición de "autónomo de temporada" con carácter retroactivo, variando los meses en los que se debía estar dado de alta, del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, y haber cotizado "por lo menos durante cinco meses, durante los meses de marzo a octubre de los años de 2018 y 2019" y que se cambie por los cuatro meses de "junio a diciembre de 2019 y 2019". También que se eliminen los requisitos de "cuyo único trabajo" *y* "durante los meses de".El agravamiento indetenible la crisis sanitaria, laboral, hace a nuevos reclamos tales como:

1. Eliminar el requisito de haber sido beneficiario del cese de actividad durante la primera ola para serlo ahora durante la tercera: según ATA, muchos profesionales no se acogieron a esta ayuda en su momento porque no quisieron o porque gozaban otra prestación (baja por enfermedad, paternidad o maternidad), y ahora la necesitan.

2. Asimilar las exoneraciones de cotización de los ERTE al cese: un nuevo cese de actividad para aquellos profesionales que no sufren una suspensión de su negocio, sino una limitación. Tal y como ocurre con os ERTE, que está el de suspensión y el de limitación. El primero permite una exoneración de la cuota al 100% y el segundo gradual cada mes (desde un mínimo de 80%).

*3. Congelar la subida de las cuotas prevista para 2021***:** A pesar de que aumento previsto para enero de 2020 se aplica desde octubre el incremento de los tipos de cotización en el cese de actividad del 0,7% al 0,8% y por contingencias profesionales del 0,9% a un 1,1%, que lleva pagar un mínimo más de 3 euros todos los meses.

En otro orden, al cierre del 2020, informes bancarios, han señalado que el colectivo de autónomos son los que más ahorran de cara a su jubilación.

V. Riesgos del trabajo

V.1. Comisión Europea: Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: V. Estrategia laboral para estar seguros frente al COVID-19 durante el invierno. Impronta general

Sobre el final del 2020, Bruselas, comunicó a las instituciones de la UE mediante el documento "COM (2020) 786 final", la estrategia para la gestión sostenida de la Pandemia a desarrollar en el mundo del trabajo durante los meses de invierno.

Básicamente, la táctica encierra una serie de recomendaciones para controlar la Pandemia hasta que las vacunas estén cumplidamente utilizables. Algunas medidas ya conocidas y muy difundidas abordan los siguientes puntos.

1. La frágil situación: el acápite asume el relajamiento y las consecuencias de las conductas observadas durante el período estival, y la necesidad de que todas las acciones lo sean tomadas en coordinación y *targeted manner* de manera específica. Las medidas aisladas, tienen una alta incidencia negativa, en las regiones vecinas y en las fronteras con los inmigrantes.

2. El distanciamiento físico y limitación de los contactos: uso de las mascarillas; trabajo remoto; cierre de lugares públicos; etcétera.

3. El refuerzo de las pruebas y el rastreo de contactos, priorizar las detecciones rápidas de 30 minutos.

4. Viajes seguros: dentro y fuera de la UE.

5. Planes de continuidad de los centros sanitarios para garantizar que los brotes de COVID-19 puedan controlarse y se mantenga el acceso a otros tratamientos, estrategias nacionales de vacunación.

6. La toma en consideración de la fatiga pandémica y los problemas de salud mental los cuales son reacciones naturales a la situación actual.

7. Importancia de las estrategias de vacunación.

8. Un diferente final de año: seguir las orientaciones de la OMS, extendiendo el apoyo público a la lucha contra la fatiga pandémica. E intensificarse el apoyo psicosocial.

En lo que respecta a los trabajadores en sí, varias entidades privadas que hacen al seguimiento de los recursos humanos en el ámbito europeo, que respaldan el trabajo "webinar" —conferencia, talleres, seminarios— desarrollados vía plataforma informática, por caso "zoom", vienen puntualizando que los desafíos por los nuevos trances laborales a cubrir han desplazado a los tradicionales, incluso en los psicosociales, en vistas a garantizar la salud y la seguridad de los empleados.

En contextos laborales no domiciliarios o de trabajo remoto, cuando se dan traslados de personal fuera de planta, una preocupación es la de aplicar protocolos incontestables que garanticen la "posibilidad de evacuación del personal", asimilando la detección de infectados o posibles y en más de una oportunidad a los contextos que aparecen por conflictos sociales, a las situaciones de emergencia conocidas de antaño.

Ello, implica, el tener los recursos preparados y proporcionados para afrontar las alternativas derivas por el riesgo de la pandemia: movilidad; atención sanitaria; asilamiento; etcétera.

En ese orden de ideas, ha se habla de "*infodemia*", un exceso de datos incordinados que desalinea conductas, y dispersa el conocimiento de una "información precisa y adecuada sobre los riesgos de la salud y seguridad en el trabajo", que se estima deben hallarse con relación a cada puesto.

Este extremo, se vincula directamente con la "instrucción y el adiestramiento", de los trabajadores en materia de los nuevos riesgos coligados al condicionamiento por las recientes circunstancias.

Un asunto en el cual todos coinciden y que cobra relevancia por el agotamiento que se viene produciendo en trabajadores, tanto del primer umbral calificado como esencial, como en los de segunda consideración, en tanto no han dejado la concurrencia personal a los lugares de trabajo, es la de la atención de la salud mental. Que se une a las condiciones particulares de quienes prestan su faena a distancia, aunque en menor medida, pues en estos últimos casos, el impacto negativo se circunscribe al propio condicionamiento del ámbito domiciliario a un tema no menor, cual es el "derecho a la desconexión".

Como se puede apreciar, el horizonte de riesgos laborales será seguramente sacudido por planteos que deberán ser encauzados.